

DIREITO : : : : : ADMINISTRATIVO ENTRE TRADIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO

os desafios da gestão
pública no Estado de
Direito contemporâneo

Uma homenagem a Cristiana Fortini

Mariah Brochado
Onofre Alves Batista Júnior
(orgs.)

CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
António Miguel Simões Caceiro
Bruno Camillotto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Helena Maria Ferreira
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis
Ligia Barroso Fabri

Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Marcelo Campos Galuppo
Marco Aurélio Nascimento Amado
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinícius Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Milena de Cássia Rocha
Mortimer N. S. Sellers
Níglia Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

DIREITO ADMINISTRATIVO ENTRE TRADIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO

os desafios da gestão pública no Estado de Direito contemporâneo

Uma homenagem a Cristiana Fortini

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Copyright © 2023 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2023 by Onofre Alves Batista Júnior,
Mariah Brochado (Orgs.)



DIALÉTICA
EDITORA

/editoradialectica

@editoradialectica

www.editoradialectica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Tiago Aroeira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Designer Responsável

Daniela Malacco

Produtora Editorial

Yasmim Amador

Controle de Qualidade

Marina Itano

Capa

Gabriele Oliveira

Diagramação

Gabriele Oliveira

Preparação de Texto

Nathália Sôster

Revisão

Responsabilidade do autor

Assistentes Editoriais

Jean Farias
Ludmila Azevedo Pena
Rafael Herculano de Andrade
Thaynara Rezende

Estagiários

Diego Sales
Laís Silva Cordeiro
Maria Cristiny Ruiz



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598a Direito Administrativo entre tradição e transformação : os desafios da gestão pública no Estado de Direito contemporâneo / organização Onofre Alves Batista Júnior, Mariah Brochado; colaboração João Kleber Vaz e Isabela Damasceno. – Belo Horizonte : Editora Dialética, 2023.
404 p.
Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-9385-1

1. Direito Administrativo. 2. Gestão pública. 3. Estado de Direito.
I. Organizadores. II. Título.

CDD-340

SUMÁRIO

**SOBRE A HOMENAGEADA, ORGANIZADORES,
COLABORADORES E AUTORES, 11**

INTRODUÇÃO, 17

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:
UMA REVISÃO JURÍDICA E FILOSÓFICA, 21**

Mariah Brochado

**O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NO
DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 41**

Onofre Alves Batista Júnior

**A COEXISTÊNCIA DE CONTRATOS DE PROGRAMA
E CONTRATOS DE CONCESSÃO E OS DESAFIOS
CONCRETOS PARA A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS
PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO, 73**

Gustavo Magalhães e André Villani

A INICIATIVA ECONÔMICA PÚBLICA
E A VISÃO INSTRUMENTAL DO SERVIÇO
PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO, 95

Murilo Melo Vale

A LICITAÇÃO PARA ALÉM DA CONCEPÇÃO MERAMENTE
FORMAL: FUNÇÃO REGULATÓRIA E CONFORMAÇÃO AOS
PRINCÍPIOS DA BOA GESTÃO PÚBLICA COMO PILARES DO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DISPUTA PÚBLICA, 117

Daniela Mello Coelho Haikal

CONTRATAÇÕES ABERTAS: A NECESSÁRIA
ADOÇÃO DOS PRINCÍPIOS GLOBAIS DE
CONTRATAÇÃO PÚBLICA ABERTA NO BRASIL, 135

Sarah Campos e Edgar Maturana

CONTRATUALIZAÇÃO DE SANÇÕES
ADMINISTRATIVAS – EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA, 161

Maria Fernanda Pires e Greycielle Amaral

CRITÉRIOS E PROCEDIMENTO PARA A SELEÇÃO
DO ÁRBITRO E DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL NO
ÂMBITO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS – LEI N.º 14.133/2021, 175

Federico Nunes de Matos

DECISÃO COORDENADA COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: REFLEXÕES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA MINEIRA DE CONFERÊNCIA DE SERVIÇOS, 197

Maria Coeli Simões Pires

DESAFIOS DOS MODELOS DE CONTRATAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS BASEADOS NA AMORTIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS REALIZADOS PELO CONTRATADO, 217

Benjamin Zymler e Francisco Sérgio Maia Alves

EROSÃO FISCAL DO CUSTEIO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 243

Élida Graziane Pinto

EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA POR PESSOAS DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E A TESE DO STF SOBRE O TEMA 532, 251

Florivaldo Dutra de Araújo

IMPACTOS DA EROSÃO CONSTITUCIONAL NA GESTÃO DO ESTADO BRASILEIRO, 273

José Dos Santos Carvalho Filho

INFRAESTRUTURA E PLANEJAMENTO COMO
INSTRUMENTOS DA PROMOÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL, 287

Emerson Gabardo e João Miguel França Corcovado

LICITAÇÕES PÚBLICAS: RESSIGNIFICAÇÃO DE UM
INSTITUTO APARENTEMENTE ENGESSADO, 301

Sirlene Nunes Arêdes

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS:
O MOVIMENTO REGENERATIVOS DOS
PROCESSOS DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, 321

Tatiana Camarão

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
EFICIÊNCIA E A DESJUDICIALIZAÇÃO
NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA, 335

Sérgio Pessoa de Paula Castro

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM ILUMINAÇÃO
PÚBLICA: INTEROPERABILIDADE PARA SMART CITIES, 351

Luciano Ferraz

REGIME DAS CONTRATAÇÕES DE CONSÓRCIOS
INTEGRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS, 363

Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE
SOCIAL(REURB-S): ANÁLISE DA LEI Nº 13.465/2017
À LUZ DE REFLEXÕES DE SCHMIDT-ASSMANN, 383

Caroline Bastos Dantas e Maria Tereza Fonseca Dias

SOBRE A HOMENAGEADA

Cristiana Fortini. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1995) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Professora do Mestrado, Doutorado e Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Professora da Faculdade Milton Campos. Visiting Scholar na George Washington University. Professora Visitante na Universidade de Pisa. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Atualmente é representante MG do Instituto Brasileiro de Direito Sancionatório (IDASAN) e Diretora em Minas Gerais do Instituto Brasileiro de Estudos da Infraestrutura (IBE-JI). Membro do corpo de árbitros/mediadores - Corpo de Mediadores e Árbitros do Centro Brasileiro de Litígios Econômicos. Diretora-editora da Rbep, Revista Brasileira de Estudos Políticos da Universidade Federal de Minas Gerais. Columnista do Conjur. Foi Presidente da Comissão de Parcerias Público Privadas da OAB/MG. Foi Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB/MG. Foi Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo (IMDA) e Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Foi Procuradora Geral Adjunta de Belo Horizonte. Foi Controladora Geral de Belo Horizonte.

SOBRE OS ORGANIZADORES

Mariah Brochado. Professora Titular de Filosofia da Tecnologia e do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Visitante do Leibniz Institut für Medienforschung – Universität Hamburg, Alemanha. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com Pós- Doutorado em Filosofia pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Foi Secretária de Estado Adjunta de Casa Civil e Relações Institucionais de Minas Gerais e Chefe do Núcleo de Relações Internacionais do Estado de Minas Gerais (2015-2018).

Onofre Alves Batista Júnior. Pós-doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela UFMG.

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor Associado III de Direito Público da Graduação e da Pós-Graduação da UFMG. Ex-Advogado Geral do Estado de Minas Gerais. Ex-Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

SOBRE OS COLABORADORES

Isabela Damasceno. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Especialista em Direito Constitucional Aplicado e Gestão Pública e desenvolvimento pelo IFMG. Advogada. Professora. Coordenadora pedagógica Adjunta da Escola Superior de Advocacia OAB/MG.

João Kleber Vaz. Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Trainee no escritório Coimbra, Chaves & Batista Advogados.

SOBRE OS AUTORES

André Rosilho. Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela FGV Direito SP.

André Villani. Mestre em Direito Público pela UFMG. Associado Sênior do Madrona Fialho Advogados.

Benjamin Zymler. Ministro do Tribunal de Contas da União. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB.

Carlos Ari Sundfeld. Professor Titular da FGV Direito SP Doutor e Mestre em Direito - PUC/SP Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SDBP.

Caroline Bastos Dantas. Doutoranda em Direito pela UFMG (2022). Possui mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Atualmente é Pró-Reitora Acadêmica e professora do Cen-

tro Universitário de Sete Lagoas - UNIFEMM. Membro da Comissão de Direito Urbanístico da OAB/MG.

Daniela Mello Coelho Haikal. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (1997). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001) Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2007) Professora adjunta da Universidade Federal de Minas Gerais (2013) Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (2002).

Edgar Maturana. Especialista em Direito Público. Advogado. Cientista Social. Engenheiro. Ocupante do cargo de assessor jurídico na Procuradoria-Geral do Município de Contagem-MG.

Élida Graziane Pinto. Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo e Professora de Finanças Públicas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Livre-Docente em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP), com estudos pós-doutoriais em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (EBAPE/FGV) e Doutora em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FD/UFMG).

Emerson Gabardo. Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR. Professor de Direito Administrativo da UFPR. Pós-doutorando pela Fordham University School of Law – EUA e pela University of California - UCI.

Federico Nunes de Matos. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP.

Florivaldo Dutra de Araújo. Professor de Direito Administrativo na UFMG; Procurador da Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

Francisco Sérgio Maia Alves. Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Greycielle Amaral. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. MBA em Direito e Economia pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Mediação, Conciliação e Arbitragem pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático – IDDE. Advogada e professora.

Gustavo Magalhães. Doutor e Mestre em Direito Público pela UFMG. Sócio do Madrona Fialho Advogados.

João Miguel França Corcovado. Técnico em Informática pelo Instituto Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil). Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do PIBIC – CNPq.

José Dos Santos Carvalho Filho. Mestre em Direito (UFRJ); Professor de Direito Administrativo; Professor Conferencista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Membro do IBDA – Inst. Bras. de Direito Administrativo; Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado).

Luciano Ferraz. Advogado e consultor de entidades públicas e privadas; Professor Associado IV de Direito Administrativo na UFMG; Professor Adjunto III de Direito Administrativo e Financeiro na PUC Minas (Coração Eucarístico); Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG, com pós-doutorado pela Nova Lisboa (UNL).

Maria Coeli Simões Pires. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais -UFMG. Professora Adjunta de Direito Administrativo junto à mesma instituição. Procuradora aposentada da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais - ALEMG. Advogada. Membro de diversos institutos culturais e científicos.

Maria Fernanda Pires. Graduada em Direito pela PUCMINAS. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Doutora em Direito Público pela PUCMINAS. Professora de pós-graduação da PUCMINAS. Advogada, sócia da Carvalho Pereira Fortini Advogados.

Maria Tereza Fonseca Dias. Doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Associa-

da do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Visiting Scholar no King's College Londres (2020) pelo Programa Capes/Print.

Murilo Melo Vale. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi professor de Direito Administrativo e Gestão Pública na UFMG e Professor Visitante da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor de Direito Administrativo em diferentes instituições de ensino. Vice-presidente da Associação Mineira de Direito e Economia. Advogado.

Sarah Campos. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Advogada, ocupante do cargo público de Procuradora-Geral do Município de Contagem-MG.

Sérgio Pessoa de Paula Castro. Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

Sirlene Nunes Arêdes. Mestre e Doutora em Direito Administrativo. Professora de Direito Administrativo. Procuradora e Diretora de Administração e Finanças da Câmara Municipal de Belo Horizonte. Contato: sirlenearedes@gmail.com.

Tatiana Camarão. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1993) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), Vice-presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo – IMDA, professora da pós-graduação da PUC/MG. Palestrante e instrutora de cursos de capacitação.

INTRODUÇÃO

DIREITO ADMINISTRATIVO ENTRE TRADIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO: OS DESAFIOS DA GESTÃO PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

(HOMENAGEM À PROFESSORA CRISTIANA FORTINI)

Organizadores: Mariah Brochado¹ e Onofre Batista²

INTRODUÇÃO

O Estado contemporâneo tem passado por transformações sem precedentes no histórico do Estado constitucional e da *práxis* republicana. Alguns teóricos do Estado nomeiam esse

1 Professora Titular de Filosofia da Tecnologia e do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Visitante do Leibniz Institut für Medienforschung – Universität Hamburg, Alemanha. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com Pós-Doutorado em Filosofia pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Foi Secretária de Estado Adjunta de Casa Civil e Relações Institucionais de Minas Gerais e Chefe do Núcleo de Relações Internacionais do Estado de Minas Gerais (2015-2018).

2 Pós-doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor Associado III de Direito Público da Graduação e da Pós-Graduação da UFMG. Ex-Advogado Geral do Estado de Minas Gerais. Ex-Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

momento como *pós-democrático*, elencando características referentes ao *exercício do poder* e à condução dos *processos públicos* que vão da *legitimização popular* das atividades estatais até a *espetacularização* dos procedimentos judiciais, como nunca antes. Evidentemente que a *gestão do Estado* não está imune a essa reviravolta na concepção de poder e de mecanismos de *funcionamento* do Estado; esta obra igualmente.

O propósito desse livro é trazer a debate *temas clássicos* do Direito Administrativo, mas postos sob o crivo da contemporaneidade, da feição pós-democrática de Estado em seus diversos institutos, os quais são, ao termo e ao cabo, o *modus operandi* dessa máquina complexa em sua *funcionalidade* e única em seus *propósitos* chamada **“Estado Administração”**, cujo sentido maior é a realização do *bem comum*, entendido como o bem de todos à medida em que realiza o bem de *cada um*.

Vários juristas estarão presentes nesse projeto de reflexão sobre o que *mudou* e o que *segue* como referencial principiológico inabalável sempre *atualizado* do Estado em qualquer tempo. E *cada um* deles, nesse todo dirigido a refletir sobre o projeto de Estado como *bem comum*, nos brindará com seu olhar para o “novo” sem perder de vista o pórtico seguro sobre o qual equilibram suas *expertises*: a tradição da doutrina administrativista ocidental. Como figuras exemplares que são no cenário jurídico atual, nomes reconhecidos na ciência administrativista do direito, são os juristas capazes de promover a releitura dos institutos jurídicos tradicionais para responder às demandas por **transformação** desse momento emblemático de rupturas por que passa o Estado brasileiro. “Transformação”: esta palavra guia os propósitos dessa coletânea, com a certeza de que os processos de mudança são, antes de tudo, comprometimento com valores inscritos na **tradição**, pois é dela que se parte sempre. E o valor que aqui nos inspira é a acolhida de *novos perfis* na condução de *rumos na evolução* do Direito Administrativo atual, marcada pela inserção de jovens intelectuais, cônscios do seu papel de *vanguarda*, ao mesmo tempo comprometidos com o *passado de excelência* que esse ramo do Direito traz na bagagem da história da ciência jurídica em nosso país.

Entre esses perfis, figura a Professora Cristiana Fortini, jurista notável, *liderança* incontestável que hoje **chega à presidência do Instituto**

Brasileiro de Direito Administrativo por *méritos próprios* e sempre *referidos* à Faculdade de Direito da UFMG, sua *morada* desde os primeiros passos no Direito. Trata-se de feito único de uma *mulher* mineira e *filha* da Vetusta Casa de Afonso Pena, que a todos dessa Casa orgulha com sua *competência* técnica, sua *integridade* profissional e sua carreira plena de *êxitos*, júbilo deste Estado mineiro.

Esta obra é uma homenagem a esta jurista que carrega em seus passos a marca de Minas e o nome da UFMG, expressos na forma de *liberdade* acadêmica e de *excelência* intelectual: porque liberdade não é apenas *agir*; é também a consciência sobre o *fim* da ação, que é a liberdade de todos na forma de *funcionamento* eficiente do Estado *para todos*, na busca pelo bem comum. Esta é a única noção de liberdade que pode se prestar a explicitar o cotidiano de luta pela liberdade de Minas, tal como registrado em nossa bandeira “*libertas quae sera tamen*”: porque a conquista *dessa* liberdade, *realizada* na funcionalidade proba do Estado, é projeto que só os juristas *sensíveis* são capazes de captar e reproduzir em suas atitudes e escolhas profissionais, o que a Professora Cristiana Fortini faz com maestria, razão maior desta *homenagem* na forma de livro.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA REVISÃO JURÍDICA E FILOSÓFICA

Mariah Brochado¹

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais revisitados no direito contemporâneo e que demanda constante atualização hermenêutica é a aplicação dos *direitos fundamentais*, seja pelo Estado-Jurisdição, seja pelo Estado-Administração.

A efetivação de tais direitos implica em não exclusão de qualquer um deles, firmando-se estes como plexo axiológico cada vez mais diverso e quantitativamente positivado nas declarações de direitos e em seus desdobramentos técnico-pragmáticos no plano da legislação e da gestão pública.

O problema da declaração desses direitos, desde as revoluções burguesas desencadeadas na modernidade, encontra complexidades no momento da sua aplicação, haja vista pode-

1 Professora Titular de Filosofia da Tecnologia e do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Visitante do Leibniz Institut für Medienforschung – Universität Hamburg, Alemanha. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com Pós- Doutorado em Filosofia pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Foi Secretária de Estado Adjunta de Casa Civil e Relações Institucionais de Minas Gerais e Chefe do Núcleo de Relações Internacionais do Estado de Minas Gerais (2015-2018).

rem ocorrer conflituosidades várias entre o exercício desses direitos entre si ou entre o exercício deles pelos cidadãos e os princípios que resguardam o Estado Democrático de Direito. Esta possibilidade latente de conflitos tem exigido da Administração Pública olhar atento à jurisprudência constitucional a propósito dessas *colisões fático-normativas*, exigindo da Doutrina acentuado esforço hermenêutico.

Pretende-se, neste capítulo, a integrar o conjunto de ensaios em homenagem à querida amiga, Professora Cristiana Fortini, abordar o tema do princípio da proporcionalidade, quer sob a ótica teórico-jurídica, quer sob o prisma do seu desenvolvimento prático, apontando ainda uma leitura filosófica possível do mesmo. Releituras de um princípio tão fundamental impacta evidentemente o Direito Administrativo, eis se tratar de um dos seus princípios mais frutíferos, seja em sede de aplicação concreta no âmbito da gestão pública, seja no plano da regulação *in abstrato* nas modalidades peculiares da área administrativista, tais como Decretos, Portarias, Resoluções, Instruções Normativas, dentre outros.

Propõe-se expor as posições doutrinárias mais destacadas sobre o assunto, apontando a necessidade de elevar o tema a uma consideração *jusfilosófica superior e meta-dogmática*, dada a relevância pragmática desse princípio para o Direito de modo geral e para o Direito Administrativo em particular, debate este de inegável atualidade e presença na prática jurídica atual.

1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE E SUA APLICAÇÃO EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Podemos conceituar o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade como “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça” (BARROSO, 1998, p. 204). A ideia de proporcionalidade nasceu no Direito Administrativo, mas hoje constitui um princípio de Direito Constitucional e, portanto, com foro constitucio-

nal. “Disso resulta que não apenas a Administração e o Poder judiciário vinculam-se a ele, mas também o Legislativo” (STUMM, 1995, p. 110).

Com esse sentido de garantia constitucional, vinculando a qualquer poder, como imperativo das práticas democráticas, o princípio tem sua origem no *due process of law* substantivo americano, e na Alemanha é considerado norma constitucional não escrita, derivada do próprio Estado de Direito (BARROSO, 1998, p. 213). O maior problema colocado pela Ciência Jurídica atualmente é sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em casos de restrições legislativas a direitos fundamentais individuais.

No tocante à relação entre normas que declaram direitos fundamentais e outras normas constitucionais, asseguramos de imediato que realmente há uma prevalência ou hierarquia das primeiras com relação às outras, como interpretação de uma constituição material, “deve-se observar a preponderância das normas, segundo a ideologia adotada ou segundo os valores que formam o seu conteúdo” (SALGADO, 1996b, p. 32). Assim, num Estado social-democrático, sob o ponto de vista axiológico, os direitos fundamentais subordinam *a priori* todas as outras normas constitucionais, tendo maior peso nesse sentido (axiológico mesmo). “Nesse caso, dentro da própria declaração ou outorga de direitos há uma ‘hierarquia’ ou ponderação, segundo formação escalonada da própria ordem valorativa” (*Ibidem*, p. 33).

A doutrina alemã caracteriza o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) como o meio empregado pelo legislador, que deve ser ao mesmo tempo adequado e exigível ao fim almejado. Segundo o pronunciamento do Tribunal Constitucional Alemão, tal como citado por Barroso, “O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental” (BARROSO, 1998, p. 208). Ainda, segundo Barroso, os alemães preferem o uso do termo “proporcionalidade”, mais utilizado como razoabilidade entre os americanos. Todavia pode um termo ser tomado pelo outro (BARROSO, 1998, p. 204).

2. PROPORCIONALIDADE COMO PONDERAÇÃO E COMO COORDENAÇÃO

2.1. Proporcionalidade como ponderação entre normas

Robert Alexy faz exaustiva análise do problema da aplicação do método ponderativo no caso de colisão entre princípios de natureza constitucional fundamental, utilizando, inclusive, demonstrações com recursos à lógica simbólica. Resumiremos aqui em poucas linhas algumas das suas considerações sobre o tema. O autor parte do pressuposto de que normas-regra se excluem e normas-princípio simplesmente colidem. Disso decorre que, num conflito entre regras que geram consequências contraditórias, uma delas, pelo menos, deverá ser considerada inválida, caso a contradição não possa ser eliminada mediante a introdução de uma cláusula de exceção. A teoria dos princípios de Alexy parte, portanto, da distinção por ele consagrada entre normas-regra e normas-princípio, *in verbis*:

A base da teoria dos princípios é a distinção teórico-normativa entre regras e princípios. Regras são normas que exigem algo determinado. Elas são comandos definitivos. A sua forma de aplicação é a subsunção. Em contraste, princípios são comandos de otimização. Como tais, eles exigem “que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas”. (...) A determinação do grau apropriado de cumprimento de um princípio relativamente às exigências de outros princípios é feita através da ponderação. Assim, a ponderação é a forma específica de aplicação dos princípios. (ALEXY, in: TRIVISONNO *et. al.*, 2022, p. 112)

Sobre esse tema, Emilio Betti já considerava que os conflitos entre normas jurídicas no tempo são considerados como geradores de lacunas de colisão, “colisión entre las discrepantes valoraciones legislativas viejas y nuevas”, surgindo a necessidade de eliminá-las, segundo a exigência de um cânones hermenêutico fundamental, qual seja, o da *totalidade hermenêutica* (BETTI, 1975, p. 119).

Assim, a aplicação das velhas regras de escolha sobre conflitos entre normas contraditórias, com a prevalência da *lex posterior* sobre a *lex anterior*, ou da *lex especialis* sobre a *lex generalis*, com a reserva de que a *lex posterior generalis non derogat legi priori special* (desde que não haja absorção total da matéria), nada mais é do que *aplicações particulares* daquele *cânone fundamental*.

Hipótese distinta, assevera Betti, é o caso de incongruência ou desarmonia, que pode assumir o caráter de uma “inconstitucionalidade material sobrevinda” quando a lei posterior confluente seja constitucional (uma *superlei*). No que diz respeito a leis que tenham surgido anteriormente com procedimento formal regular,

puede hablar-se de una invalidación sucesiva de la ley sólo respecto del contenido de la disciplina jurídica, y no ya en el sentido de una inconstitucionalidad formal sobrevenida, obstando a ésta el postulado general de la persistencia de los valores jurídicos, que se hace valer también en la conservación de los preceptos jurídicos. (BETTI, 1975, p. 119-120)

Alexy entende que, no caso de colisões entre princípios, a solução é totalmente distinta, não se valendo das regras mencionadas por Betti. Assim esclarece:

Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción, más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. (ALEXY, 1993, p. 89).

É isso que significa dizer que um princípio tem “maior peso” que outro, ou seja, não se trata de *invalidade*, pois que ambos os princípios são igualmente válidos; a questão é que, diante de certas circunstâncias

fáticas, um irá *prevalecer* (apenas naquele caso concreto) sobre o outro. A isso se chama “*mais peso*”, e não validez ou invalidez, pois, se a questão é de validade, há necessariamente a exclusão do que não é válido, o que não se verifica no caso de colisão entre princípios. Para a solução de colisões entre princípios, aparece a figura da “*ponderação de bens*”, realizada constantemente pelo *Tribunal Constitucional Alemão*, ao que Alexy recorre para dar muitos exemplos.

Tomados em si mesmos, os princípios podem limitar a possibilidade jurídica do cumprimento do outro. Porém, como já esclarecemos, isso não quer dizer que se invalidam, mas que um terá prevalência sobre o outro sob certas condições oferecidas pelo caso concreto, o que Alexy chama “*relação de precedência condicionada*”.

A questão sobre a violação do princípio da proporcionalidade ocorre quando há dois princípios, como tais presumidos igualmente válidos, que regulam de maneira diversa interesses confluentes e conflitantes, e um deles deverá ser necessariamente excluído diante das circunstâncias de fato. Alexy cita um caso concreto: a possibilidade de realização de uma audiência oral contra um acusado que, devido à tensão própria de tais atos, corre o risco de sofrer um enfarto (ALEXY, 1993, p. 90).

Um conflito dessa magnitude deve ser solucionado, segundo Alexy, recorrendo-se a uma *ponderação* dos bens em questão, qual seja: o dever do Estado de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado em salvaguardar direitos fundamentais garantidos pela constituição (direitos individuais à vida e integridade física e moral), cuja proteção também compete ao Estado. Se da *ponderação* resultar que o interesse do acusado tem, no caso concreto em questão, peso maior que a intervenção estatal no sentido de realizar a audiência oral, e, se ainda assim, a audiência for realizada, haverá discrepante *violação ao princípio da proporcionalidade*.

Como já anotado acima, o princípio da proporcionalidade se materializa na *ponderação*, que implica a melhor *adequabilidade dos meios aos fins*. E a melhor adequação é aquela que também é *exigível, necessária*, em última análise, a menos prejudicial ao “interesse fundamental” oposto. Nas palavras de Alexy,

A máxima da proporcionalidade, que nas últimas décadas tem obtido um reconhecimento internacional cada vez maior na prática e na teoria da jurisdição constitucional, consiste em três máximas parciais: a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais expressam a ideia de otimização [a qual se refere] às possibilidades fáticas [para] evitar custos evitáveis. Porém, custos são inevitáveis quando princípios colidem. A ponderação torna-se, então necessária. A ponderação é o objeto da terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade, a saber, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa máxima expressa o que significa a otimização no que diz respeito às possibilidades jurídicas. Ela é idêntica a uma regra que pode ser denominada “lei da ponderação”, que reza: Quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição a um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro. (ALEXY, in: TRIVISONNO *et. al.*, 2022, p. 112-113)

Em síntese, o meio é *adequado* quando, com o seu auxílio, pode-se promover o resultado desejado; ele é *exigível* quando não se poderia ter escolhido outro que, apesar de igualmente *eficaz*, traria como consequência o *prejuízo ou limitação* ao exercício de algum direito fundamental.

Ora, no caso analisado por Alexy, se o objetivo de dar satisfatória aplicabilidade ao direito penal pode ser alcançado por outra via que não a audiência oral e que não coloque em risco a vida do acusado, é mais *ponderado* que se recorra a essa outra via, e não que se coloque em risco uma vida. Mesmo porque, segundo o conceito de que o processo é a reconstituição dos fatos ocorridos em Juízo, nessa reconstituição pode ficar provado que o acusado *sequer cometeu* algum crime.

Dessa feita, o objetivo da audiência é comprovar a *realidade* dos fatos alegados, realizar a justiça formal e não prejudicar institucionalizadamente a vida ou a integridade física de alguém. E se assim o juiz procedesse, insistindo na realização da audiência, poderia estar mesmo incorrendo em dolo eventual, ao descartar a *proporcionalidade em sentido estrito*. Vale dizer: “a otimização no que diz respeito às possibilidades jurídicas”, a “lei da ponderação” *in casu*, reza que o maior grau de descum-

primento da regra relativa à preservação da vida do réu não tem maior importância que o cumprimento da regra relativa à oitiva do mesmo em Juízo para a comprovação dos fatos. O lastro probatório no processo não tem maior peso que o risco de vida do réu.

Ao pensamento de Alexy aditamos a posição de Juan Carlos Gavara de Cara, para quem

el principio de proporcionalidad significa que la norma más débil es desplazada en su aplicación tan solo en la medida en que es obligatoria desde un punto de vista lógico y sistemático. Este planteamiento implica que cuanto más intensa sea la intervención en el ejercicio de un derecho fundamental a causa de la protección de los derechos de terceras personas o bienes jurídicos de rango constitucional, mayor debe ser la jerarquía de las razones que justifiquen dicha intervención. (GAVARA DE CARA, 1994, p. 284-285)

2.2. Proporcionalidade como coordenação de bens protegidos

Konrad Hesse trata dessa questão em termos um pouco diversos, sustentando a tese de que “a *colisão* entre direitos deve ser solucionada não pela ponderação de bens, mas pelo princípio da *concordância prática*, segundo o qual os bens protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na *resolução* do problema, ser *coordenados um ao outro* de tal modo que cada um deles ganhe realidade” (HESSE, 1998, p. 66).

O princípio da unidade da Constituição imprime a necessidade de que a eficácia satisfatória dos bens por ela tutelados só possa ser alcançada quando traçados limites de exercício para ambos, o que ele chama “tarefa de otimização.” “Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto, ser proporcionais; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos” (HESSE, 1998, p. 67).

A crítica que Hesse faz ao critério da ponderação de bens é o fato de que a *finalidade* da proporção fica sempre adstrita à *variabilidade* dos

meios, fazendo prevalecer um determinado valor de acordo com os elementos dados num caso. Proporção para Hesse é justamente uma “coordenação”, definida por uma necessidade *a priori* imposta pela *unidade constitucional* de que os bens devem alcançar a sua *máxima eficácia* em acordo com outros bens que também devem alcançar sua eficácia. Toma-dada nesse sentido, não há precedência de princípios, segundo a variação de dados concretos, mas uma *predeterminação principiológica* de que bens devem ser coordenados *autolimitativamente* nas suas eficácia.

Hesse exemplifica com o problema da liberdade de opinião *versus* lei geral limitadora, em que deve haver uma coordenação proporcional entre o exercício da liberdade de opinião e os bens jurídicos protegidos pela lei geral. A proporcionalidade é, nesse sentido, uma *diretiva de coordenação* para os casos particulares, diretiva essa que, segundo Hesse, falta ao critério da ponderação de bens, “que cai sempre no perigo de abandonar a unidade da Constituição” (HESSE, 1998, p. 67).

Segundo Joaquim Salgado (1996b), não se trata precisamente de ponderação, mas de “ponderabilidade”, como veremos, ao referir-se ao critério de *hierarquização* que, deve haver no momento da *aplicação* dos direitos fundamentais, já que se consubstanciam, acima de tudo, em “valores fundamentais”, como defende o jusfilósofo. Segundo ele, há uma resistência entre os constitucionalistas em admitir o conceito de “hierarquia”, ao se referirem a direitos fundamentais. Disso decorrem propostas como “coordenação” de normas dessa natureza, ou “colisões” entre princípios de tal índole, que devem ser solucionadas por ponderações de bens, etc. O que não se cogita é estabelecer uma hierarquia entre direitos considerados igualmente fundamentais.

3. PROPORCIONALIDADE EM PERSPECTIVA FILOSÓFICA: VALORES SÃO ESSENCIALMENTE HIERARQUIZÁVEIS

A questão é analisada em outros termos quando levada à Filosofia do Direito, especificamente à axiologia jurídica. Todo o problema da questão gira em torno do *conceito de hierarquia*, dos sentidos em que é tomado e do momento em que é empregado. Afinal, há ou não a possibilidade de se estabelecer uma “hierarquia entre direitos fundamentais” e, se de fato existe tal hierarquia, em que momento e como ela realmente aparece? Paulo Bonavides ressalta que nenhuma norma constitucional deve ser interpretada em contradição com outra norma da Constituição:

atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano –, chega-se de necessidade ao ‘princípio da concordância prática’, cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade. (BONAVIDES, 1996, p. 386-387).

Como podemos observar, o constitucionalista adere à posição de Hesse, que não admite hierarquia entre normas de direitos fundamentais. Relembando, o princípio da concordância prática implica na concepção de que os bens jurídicos sob análise devem sofrer limitações recíprocas e necessárias para que, no caso concreto, possam vir a ter a maior efetividade possível, não se cogitando de uma “hierarquia entre eles” (DINIZ, 1998, p. 344-345). A jurística constitucionalista adere quase unanimemente a essa posição.

Alexy, como vimos, acaba por defender a possibilidade de uma hierarquização, não em nível formal, quando da declaração daqueles direitos, visto que a Constituição não hierarquiza os direitos considerados por ela *igualmente fundamentais*, mas em sede de aplicação. Se se admitisse a priori uma hierarquia, alguns deixariam de ser tão fundamentais quanto outros, o que estabeleceria infinitamente um grupo menor

de “direitos fundamentais”, levando ao último, o mais fundamental dos direitos, o que é totalmente incompatível com o paradigma de Estado de Direito, aquele em que a lei se sobrepõe a qualquer ato de autoridade, sendo ainda o Estado que *declara direitos*. No entanto, já há o diferencial de cada um ter sua *esfera de incidência própria*, como adverte Hesse. Mas o problema salta quando se fala em solução de conflitos ou colisões entre direitos fundamentais.

A questão é complexa, pois aqui aparecem figuras clássicas do direito, tais como “o interesse das partes”, “a pretensão resistida”, “o terceiro imparcial e equidistante” que pretende a melhor solução, ainda que por *equiprobabilidade* (VAZ *apud* BROCHADO, 2021), sendo que, em última instância, haverá de se recorrer a uma opção pelo “melhor direito” (expressão herdada do direito privado arcaico, mas que deve ter acepção ampliada).

Veja: formalmente todos aqueles direitos estão em pé de igualdade, mas quando aparece o conflito de interesses, ainda que se tente solucionar o problema de maneira coordenada, de modo que cada um alcance sua realidade, como propõe o princípio da proporcionalidade de Hesse, fato é que o interesse de uma das partes terá de se sobrepor ao da outra, para que seja efetivamente exercido. Evidentemente se se está diante de uma situação jurídica em que não é possível o *exercício absoluto* de dois direitos ao mesmo tempo, um será exercido e outro não.

Pode-se argumentar que, na verdade, um foi exercido limitadamente em face do outro, pois este era o alcance máximo de sua realidade (Hesse); mas veja que, para se delimitar esse alcance máximo, terá sido necessário previamente ter comparado as possibilidades de “alcances máximos” dos dois direitos. E porque prevaleceu um deles é que foi possível estabelecer o alcance máximo de cada um. Ou seja, o *alcance axiológico* de um foi mais amplo do que o alcance axiológico do outro. Isso significa que o alcance de cada um fica condicionado pelo alcance do outro *dialeticamente*, o que reclama, em última análise, o estabelecimento de uma hierarquia que possibilite pôr fim à controvérsia.

Ressaltemos uma vez mais que a hierarquia não se estabelece *formalmente*, como previne Bonavides, mas no momento da aplicação é

que se faz necessária, não como identificação pré-estabelecida na lei, mas extraída de todo um esforço exegético-axiológico para solver o conflito.

A essa proposta hermenêutica Salgado denomina “princípio de ponderabilidade”, o que esclarece: “há uma ‘hierarquia ou ponderação’ segundo a formação escalonada da própria ordem valorativa”, que não se confunde com o “pesar” dos alemães, que parte de uma hermenêutica lógica, e não axiológica (SALGADO, 1996b, p. 32-33), aqui proposta. Nesses termos, o posicionamento crítico do filósofo dirige-se para a conclusão de que a falácia da discussão entre os juristas constitucionalistas é a tentativa de solucionar o problema dos direitos fundamentais, problema axiológico por excelência, intra-sistematicamente, o que não se resolve com critérios jurídicos simplesmente.

Tal erro se assemelha à tentativa epistemológica kelseniana em explicar o sistema jurídico a partir dele mesmo, o que o levou a recorrer a uma espécie de deus *ex machina* sob a forma de *norma fundamental*. Soluções de índole axiológica não são possíveis senão pela superação filosófica, com recurso às categorizações da Filosofia do Direito.

São características do valor a sua transcendência, a sua dialética (valor e contra-valor convivem necessariamente) e a sua hierarquização (pois que valores não são iguais, se não, não seriam valores, havendo a necessidade de hierarquizá-los em face da sua heterogeneidade) (VAZ, 1997). Sendo da natureza do valor a hierarquia, ou seja, a preponderância de um valor sobre o outro, ao incorporá-los em declarações de direitos, as Constituições não os desfiguram dos seus respectivos pesos, embora do ponto de vista formal sejam aparentemente iguais.

Nesse sentido, o critério de solução de qualquer *antinomia* entre direitos fundamentais é o da ponderabilidade, segundo o qual há prevalência de uns sobre os outros no momento da aplicação, considerando-os sempre como valores que são e que não deixam de ser por estarem positivados em cartas jurídicas (SALGADO, 1998).

Opta-se pelo termo *ponderabilidade* porque há sempre a possibilidade de *sopesamento* em instância de aplicação, mas que jamais macula a declaração universal positiva e formal, tal como ocorre com a coercibilidade, que nunca afasta do fenômeno jurídico a possibilidade de

convivência entre cumprimento espontâneo e cumprimento *forçado* do preceito normativo.

4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DEVIDO PROCESSO LEGAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio da proporcionalidade é tido hoje como princípio norteador da própria atividade do poder legislativo, que pode ser questionada judicialmente quanto a sua razoabilidade.

Fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência do Estado de Direito. (BONAVIDES, 1994, p. 283).

No constitucionalismo alemão, o princípio é invocado como o próprio fundamento do moderno Estado de Direito. Já no constitucionalismo americano, encontra sua sede no devido processo legal substantivo. Nos Estados Unidos, o devido processo é considerado o princípio por excelência do Estado Democrático de Direito, estando aí embutida a ideia de proporcionalidade ou razoabilidade, como um de seus diversos conteúdos.

A Constituição Brasileira de 1988 positivou o devido processo em seu art. 5º, inciso LIV, mas, no nosso sistema, não tem o mesmo significado que no americano, pois a própria Constituição elenca todas as principais garantias processuais (contraditório, ampla defesa, juízo competente etc.), o que corresponderia ao devido processo adjetivo; e ainda elenca exaustivamente todos os direitos e garantias fundamentais individuais, coletivas, sociais e políticas, o que corresponderia ao devido processo substantivo.

Alguns autores interpretaram sua adoção pelo sistema jurídico brasileiro no seu sentido estritamente adjetivo, como Pinto Ferreira, que assim o definiu:

o devido processo legal significa o direito a regular o curso da administração da justiça pelos juízes e tribunais. A cláusula constitucional abrange de forma compreensiva: a) o direito à citação, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação; b) o direito de arrolamento de testemunhas, que deverão ser intimadas para comparecer perante a justiça; c) o direito ao procedimento contraditório; d) o direito de não ser processado por leis *ex post facto*; e) o direito de igualdade com a acusação; f) o direito de ser julgado mediante provas e evidência legal, e legitimidade obtida; g) o direito ao juiz natural; h) o privilégio contra a auto-incriminação; i) a indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada; j) o direito aos recursos; l) o direito à decisão com eficácia de coisa julgada. (FERREIRA, 1989, p. 175-176).

O art. 44 do projeto constitucional de 1988 previa o princípio da razoabilidade como requisito de legitimidade dos atos da administração pública, o que foi suprimido da redação final. No entanto, ficou o princípio inscrito na cláusula do devido processo legal, nos moldes americanos. Assim, há uma tendência da Doutrina em afirmar que o princípio da proporcionalidade, que não está expressamente positivado na Constituição, tem sua referência normativa na positivação do devido processo legal.

Outra tendência, de bases germânicas, entende ser o *princípio inherente* ao Estado de Direito, sendo desnecessária sua inscrição constitucional nesse sentido. De qualquer modo, juízes e tribunais brasileiros “têm encontrado no princípio da razoabilidade, direta ou indiretamente, fundamento constante para as suas razões de decidir”. Em julgados do século passado já encontrávamos:

É de se deferir liminar em ação direta de inconstitucionalidade com relação a lei estadual que determina a pesagem de botijões de gás liquefeito de petróleo entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor. Além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos, há evi-

dente plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a ser declarada a constitucionalidade. [...] A norma legal que concede ao servidor inativo vantagem pecuniária cuja razão de ser revela absolutamente desituída de causa... ofende o princípio da razoabilidade, que atua, enquanto projeção caracterizadora da cláusula do substantivo *due process of law*, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado (BARROSO, 1998, p. 217-219).

Não poderíamos finalizar este pequeno ensaio sobre tema tão festejado na contemporaneidade sem antes suscitar mais uma questão jusfilosófica: todo esse desenvolvimento remonta a um tema antigo em direito – a *equidade*.

5. PROPORCIONALIDADE E EQUIDADE

A equidade é aqui considerada não apenas como método de *integração* de lacunas jurídicas. Pelo contrário, é ela o *supremo princípio* do direito, tanto na sua fase de formação das normas gerais, como elaboração, quanto na fase da aplicação de tais normas às circunstâncias concretas relevantes juridicamente (o que engloba, evidentemente, a *integração* no caso de lacunas nestas normas gerais).

A equidade é definida por Aristóteles como *ponto intermediário*, uma espécie de *termo proporcional*, pois que em toda espécie de ação em que há o mais e o menos também há o igual. “Se, pois, o injusto é iníquo, o justo é equitativo, como aliás pensam todos mesmo sem discussão. E, como o igual é um ponto intermediário, o justo será um meio-termo” (ARISTÓTELES, 1991, p. 84-85). O equitativo e o justo são, na verdade, a mesma coisa, com uma única diferença, que torna o equitativo melhor:

lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenient-

temente por medio de disposiciones generales (ARISTÓTELES *apud* MAYNEZ, 1956, p. 373).

Ponderar é justamente estabelecer um meio termo entre propostas radicais, fazendo concessões a ambas, pois se o excesso é o mal, a carência também o é, como ensinava Aristóteles. O próprio conceito de direito traz em si a concepção do *adequado*. O *jus*, diz o filósofo Henrique Cláudio de Lima Vaz, é o que é adequado ao indivíduo na sociedade. Daí conceber-se a característica da *eunomia* da lei, que, segundo o filósofo, é o fato de a lei ter de necessariamente ser aplicada *equitativamente*.

Ainda segundo Vaz, não seria possível uma *equidade aritmética* que implicaria “dar um pedacinho da lei para cada um”, mas ela é por excelência *geométrica*, ou seja, a sua aplicação se dá segundo as *necessidades* colocadas *em questão*, em cada caso concreto. Assim, o conceito de equidade sempre ronda o direito, não só como método de integração normativa, mas como o próprio *critério* de aplicação da lei (em sentido amplo, envolvendo, inclusive, princípios jurídicos), que, se for aplicada em todo o seu rigor, levada aos seus extremos, acaba por gerar injustiça, como enfatiza Vaz: *summum jus, summa in iuria* (VAZ *apud* BROCHADO, 2021).

Aqui não podemos olvidar uma espécie de *voluntarismo* que mancha o Estado Democrático de Direito quando se entende por equidade um corretivo do direito positivo, autorizando decisões *contra legem*. Nesse sentido, Lênio Streck adverte que o nosso Código de Processo Civil, mesmo com a reforma de 2015, alberga essa compreensão de equidade *corretiva*:

O novo CPC não foge à tradição e estabelece que “[o] juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” e “só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” (art. 140, parágrafo único). Ao tratar dos procedimentos de jurisdição voluntária, reza que o “juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna” (artigo 723, parágrafo único). Ora, é manifesta a abertura decisionista oriunda dos referidos dispositivos, cujo contrassenso fere significativamente as bases do Estado Democrático de Direito. [...] Se é verdade que o texto legal traz limites semânticos cujo respeito se

impõe a qualquer intérprete, parece certo afirmar que a equidade, nos moldes especificados pelo CPC-2015, foi mesmo delineada para funcionar como expediente de *retificação* da lei supostamente injusta para a solução do caso concreto suscitado em juízo. Parece que o fantasma de Büllow não dá folga aos instrumentalistas brasileiros. Eles adoram um voluntarismo. [...] O que se tem aí, de um lado, é uma licença para o legislador infraconstitucional criar exceções à legalidade (artigo 140, parágrafo único) e, de outro, a autorização expressa para que o juiz se afaste dela em procedimentos de jurisdição voluntária (artigo 723, parágrafo único). (STRECK; DELFINO, 2015, *on-line*).

Não obstante, o conteúdo da equidade como princípio supremo do direito, como *ideia imanente* ao fenômeno jurídico, ultrapassa em muito o seu *caráter metodológico*, ou seja, como um caminho corretivo dos rigores legais. Não seria a proporcionalidade (ou razoabilidade) embutida no devido processo legal nada mais que manifestação do princípio supremo da equidade, que se traduz, em última instância, na adequabilidade dos meios aos fins aristotélica? É aquela razão ou *proporção imanente* à própria ideia de direito, seja no momento da elaboração, seja no momento de aplicação das leis e princípios. É o que o jurista vai encontrar como a *ratio* suprema do fenômeno jurídico.

Nessa perspectiva, temos valiosa contribuição de Recaséns Siches, para quem o problema da equidade não é o de corrigir a lei, ao aplicá-la a determinados casos particulares: “no se trata de ‘corregir la ley’. Se trata de otra cosa: se trata de ‘interpretarla razonablemente’” (SICHES, 1975, p. 654). Do exposto, podemos deduzir que, ao interpretar-se uma lei para aferir se seu conteúdo está ou não em consonância com o princípio supremo da razoabilidade (ou proporcionalidade) contido na expressão substantiva do *due process of law*, está-se, indiscutivelmente, submetendo essa lei ao rigoroso “controle” do justo razoável expresso na ideia de equidade.

CONCLUSÃO

Da tentativa de apreensão do verdadeiro significado do princípio da proporcionalidade, concluímos que, enquanto matéria de natureza constitucional, os direitos e garantias típicas dos Estados Democráticos de Direito(s) são, antes de tudo, contemporânea conquista *positivante* dos imemoriais direitos naturais.

O *princípio da proporcionalidade* como critério de compatibilização de direitos fundamentais e controle dos atos do poder público é expressão suprema da grande evolução por que tem passado o Estado de Direito, que caminha hoje para sua efetivação como verdadeiro Estado Social de Direito.

Pouca relevância prática tem qualquer discussão sobre a forma de positivação deste princípio superior axiologicamente, dada a importância de sua efetiva aplicação no âmbito da efetivação de direitos, seja pelo Judiciário, seja no âmbito da Administração pública.

Se sua expressão se encontra na cláusula constitucional do *devido processo legal*, ou se ele tem autonomia principiológica própria, como “princípio não-escrito decorrente do próprio Estado de Direito”, trata-se de elucubração desnecessária, haja vista o amplo reconhecimento que este princípio tem na atualidade, como o princípio coordenador de todos os outros princípios, um autêntico ditame da justiça hoje, evolução bastante refinada da ideia de *máxima decisional* vetorial à qual os juristas antigos atribuíram o nome de *epieikeia* ou *aequitas* (equidade).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores).

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BETTI, Emilio. *La interpretación de las leyes y actos jurídicos*. Traducción y prólogo por José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 34, 1994.

BROCHADO, Mariah. *Ética e direito*. Pelas trilhas de Padre Vaz. Curitiba: Editora CRV, 2021.

DINIZ, Márcio de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Domat Mont-chrestien, 1947.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 7. ed. México: Porrua, 1956.

RADBACH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácio de L. Cabral de Moncada. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1961. v. 2.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 82, 1996a.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, jul./set. 1996b.

SICHES, Luis Recacéns. *Tratado general de filosofia del derecho*. Mexico: Porrua, 1975.

STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio. Novo CPC e decisão por equidade: a canibalização do Direito. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito>. Acesso: 10 set. 2022.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BROROWSKY, Martin. *O debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy*. São Paulo: Marcial Pons, 2022.

VAZ, Henrique Cláudio Lima. *Notas do curso de ética sistemática*. Belo Horizonte: Centro de Estudos Superiores da Companhia de Jesus, ago./ nov. 1997.

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Onofre Alves Batista Júnior¹

1. INTRODUÇÃO

Introduzido expressamente pelo art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988),² o assento constitucional dado à “moralidade” importa que ela não deve ser negligenciada quando da aplicação da norma jurídica. Ainda que haja discussão acerca de sua abrangência positiva para além da Administração Pública (AP),³ é certo que a moralidade se volta

1 Pós-doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor Associado III de Direito Público da Graduação e da Pós-Graduação da UFMG. Ex-Advogado Geral do Estado de Minas Gerais. Ex-Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

2 CRFB/1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

3 O Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, entendeu na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.306 que a moralidade do art. 37 não se aplicava ao Poder Legislativo. Para uma discussão sobre o tema, ver: SCAFF, Fernando Facury. O Poder Legislativo deve respeitar o princípio da moralidade? *Consultor Jurídico (Conjur)*, São Paulo, 21 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-21/contas-vista-poder-legislativo-respeitar-princípio-moralidade>>. Acesso: 11/03/2017.

a todos os órgãos e servidores que compõem a máquina pública. Mas, a fluidez com que o conceito de moralidade comporta significação traz dúvidas a respeito da viabilidade de seu emprego na prática, para avaliação e identificação das condutas morais (supostamente jurídicas) e imorais (supostamente antijurídicas).

Muitas vezes, a moralidade é trazida como expressão de reforço para aplicação de outros princípios que norteiam a conduta da AP.⁴ No meio administrativo-fiscal, por exemplo, a inobservância da moralidade indica, no mais das vezes, ausência de transparência do fisco, violação de tratamento isonômico aos contribuintes, aplicação de penalidades desproporcionais nas autuações ou mesmo a transgressão à não-surpresa.

Mas, afinal, qual a utilidade da previsão de que a AP deve respeitar a moralidade? Qual a necessidade de mencioná-la, se as disposições normativas às quais ela se coliga já carregam os preceitos a serem utilizados? Quais são seus elementos constitutivos? O que o respeito à moralidade tem de diverso com o respeito à ordem jurídica e à legalidade? Enfim, qual o conteúdo jurídico do princípio administrativo da moralidade?

O que aqui se busca são respostas para essas indagações. Primeiramente, trabalha-se o conceito de moralidade para, em seguida, se discutir o princípio da moralidade administrativa propriamente dita e seus

4 Nesse sentido, dentre outros, Ives Gandra Martins, ao escrever antes da Emenda Constitucional (EC) nº 19, que introduziu o princípio da eficiência administrativa no art. 37 da CRFB/1988, diz que, de um exame pormenorizado dos três princípios (legalidade, impessoalidade, publicidade), todos terminam por desaguar na moralidade pública. E esta faz com que torne “[...] a Administração confiável perante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado”. Por essa análise, o Autor aparenta sustentar que a moralidade funcionaria como um “teste” de legitimidade de atuação da AP, mais do que como um teste de juridicidade. Não se vislumbra como, nesse sentido, haveria diferenciação entre o “agir moral” e o “agir de acordo com a ordem jurídica”. O “princípio da moralidade administrativa”, assim, expressamente previsto no *caput* do art. 37 da CRFB/1988, parece mesmo esvaziado de sentido jurídico. Ver: MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da moralidade no Direito Tributário. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 204, p. 352-365, fev. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46791>>. Acesso em: 19 Mar. 2017. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v204.1996.46791>.

elementos constitutivos de aplicabilidade prática. No final, brevemente, discute-se o controle judicial da moralidade.

2. O QUE É MORALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA?

A moralidade é apenas uma das ordens normativas de conduta que norteiam a sociedade. Existem outras: a “ordem do trato social”, a “ordem religiosa”, e a “ordem jurídica”.⁵ A ordem normativa da sociedade, como um todo, é fruto desse complexo de ordens, que se influenciam reciprocamente, sendo infrutífera qualquer tentativa de acondicioná-la em comportamentos estanques e incomunicáveis. Ao contrário, o que se verifica é a frequente coincidência substancial de preceitos.⁶

Definir o conteúdo da moral é uma tarefa trabalhosa, algo que atormenta a humanidade desde os seus primórdios. Durante a história, foram os mais diversos princípios reitores e as mais diversas pessoas ou entidades que deram conteúdo à moral. E a moral não se apresenta nem mesmo como uma realidade unitária e indiferenciada. Ela é dotada de considerável imprecisão e proporciona a abertura de diversas esferas: moral da consciência individual (situada no íntimo da consciência de cada pessoa); morais particulares (atinentes a grupos determinados de pessoas, como a ética médica); moral dos sistemas religiosos ou filosófi-

5 Cf. OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998, v. I, t. I, p. 242-243. Para o Autor, a “ordem do trato social” diz respeito a regras de cortesia e civilidade entre os membros da coletividade; a “ordem religiosa” fixa os deveres de cada um para com DEUS, buscando seu fundamento na fé e tem sua expressão principal no comportamento de cada homem perante si próprio, sem prejuízo de abranger também manifestações em sua atuação perante os outros membros da sociedade.

6 Cf. OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998, v. I, t. I, p. 242-244.

cos (traduzindo doutrinas e teorias de base éticas definidas por religiões ou movimentos políticos); e a moral social.⁷

Por certo, é a sociedade, com sua moral social, que impõe padrões morais de conduta à AP.⁸ Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello,⁹ a ideia de moralidade administrativa tem relação com os “bons costumes da administração”, ou seja, com aquilo que a sociedade acredita ser a prática correta que a AP deva observar. Não se trata de converter a praxe administrativa como referencial de moralidade, mas de se perquirir os valores que a sociedade acredita que a AP deva observar e fazer efetivos.¹⁰

A moral social apenas pode ser compreendida se for possível perceber a historicidade dos valores morais, superando o entendimento desses valores como realidades absolutas e transcendentais. A própria historicidade condiciona a interpretação da moralidade. É impossível reduzir a pluralidade vital do ser humano e marcar um ponto de chegada normativo alicerçado em um consenso moral amplo, absoluto e, atemporal. O ser humano, em sua historicidade, sempre reinventa suas convicções morais, da mesma forma como reinventa, também, os referenciais dessa reinvenção. Ele sempre está reinterpretando o que deve ser o conteúdo da moralidade.

7 Cf. OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998, v. I, t. I, p. 266-272.

8 Como afirma Ricardo Marcondes Martins (Princípio da moralidade administrativa. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 319), existem normas morais que transcendem a intimidade e repercutem na esfera dos demais indivíduos. Estas normas podem, assim, serem imputadas a uma pessoa jurídica, e é isso que faz o princípio da moralidade administrativa que imputa normas éticas ao Estado.

9 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da moralidade. *Revista de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, v. 69, 1995, p. 180-181.

10 Nesse sentido, também, LOPES, Maurício Ribeiro. *Ética e administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17. Como afirma Weida Zancaner (Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito administrativo e constitucional – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2, p. 619-632), a moralidade deve tomar por parâmetro não conduta social das pessoas, mas o que elas entendem ser socialmente correto.

Embora, neste ritmo, todas as perspectivas morais sejam relativas (porque provisórias e situadas no tempo e no espaço), o relativismo não é absoluto. Isso quer dizer que reconhecer a relatividade dos valores não significa negar-lhes qualquer objetividade, porque os valores portam uma ideia nuclear dotada de validade objetiva que não oscila segundo o juízo de cada um dos indivíduos (que não varia incessantemente de pessoa para pessoa).

É possível identificar aspectos circunstanciais e universais coincidentes da ideia de moralidade, desde que seja esta percebida em um movimento histórico.¹¹ O reconhecimento do caráter relativo das perspectivas morais deve coincidir com o reconhecimento de seu caráter universal. Nessa tensão entre universalismo e relativismo, a construção de uma ideia de “moralidade administrativa” pressupõe que se contemple uma pluralidade de perspectivas, sem que se possa descuidar dos critérios de aperfeiçoamento recíproco das perspectivas morais. Em outras palavras, impõe-se o compromisso cotidiano de (re)construção recíproca dessas diferentes fundamentações.¹²

Por certo, existe uma ideia de “moralidade administrativa” que já vem universalizada, em alguma porção, a partir do momento que se pode constatar que a CRFB/1988 reconhece, assume e marca um conjunto de valores, que assim são positivados. Mesmo assim, os referenciais morais (sociais) que fundamentam a ideia de moralidade administrativa, que o

11 Cf. BARROS, Juliano Napoleão. *Da relação entre direito e moral – Breves considerações sobre a moralidade administrativa a partir do raciovitalismo de José Ortega y Gasset e do realismo político de Nicolau Maquiavel*. Monografia de conclusão da disciplina “Temas de direito administrativo comparado”, ministrada pelo Prof. Onofre Alves Batista Júnior, na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2011. Belo Horizonte: inédito, p. 16.

12 É certo que, nesse cenário, a ideia de “moralidade administrativa” não conta com o conforto de se poder pressupor um consenso social apriorístico acerca de quais sejam os valores morais essenciais à gestão pública. Entretanto, como observa Helmut Coing (*Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 258-259) mesmo em um Estado que permita uma multiplicidade de opiniões, o sistema jurídico pressupõe uma “ampla concordância com relação aos valores fundamentais em uma sociedade”, sendo o “pluralismo de concepções” mais limitado “do que a expressão deixa transparecer”.

agente público deve ter como lastro para sua atuação, exigem ainda a verificação atualizada dos valores norteadores do sistema jurídico, ainda que dissonantes do entendimento subjetivo sobre o que deveria ser moralmente adequado ao interesse público.

Em outras palavras, o PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA demanda do administrador a adequação de sua atuação aos valores constitucionalmente reconhecidos, mas reclama, também, a verificação e a adequação da conduta administrativa aos valores morais partilhados pelos membros da sociedade (naquele momento histórico) que guardem estrita relação com o exercício da função pública.¹³

Os princípios jurídicos,¹⁴ como o PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA, contêm necessariamente certo grau de abstração, e somente a análise da situação concreta pode revelar a possibilidade de sua aplicação aos problemas específicos.¹⁵ Nesse compasso, é possível a juridicização da ideia de moralidade administrativa, entretanto, o administrador público deve, sempre, ponderar os interesses envolvidos e não se furtar da verificação, no caso concreto, de quais são os valores mais caros à sociedade, naquele momento.¹⁶ É a partir da determinação das circunstâncias que envolvem o caso concreto que se consegue substantivar a aplicação do princípio da moralidade administrativa.

13 Nesse sentido, BARROS, Juliano Napoleão. *Da relação...*, cit. p. 25 e 33.

14 Para Helmut Coing (*Elementos...*, cit. p. 251-252), os valores éticos foram por séculos caracterizados na ciência jurídica como direito natural. Na realidade, como observa o autor, melhor seria tratá-los, por se tratar de direitos culturais historicamente modelados, como princípios de justiça. Os princípios de justiça se relacionam com a ordem social, sendo desenvolvidos em comunidades bem determinadas, com certas relações de força e certos problemas sociais.

15 Nesse sentido, COING, Helmut. *Elementos...*, cit. p. 257.

16 Nessa mesma direção, BARROS, Juliano Napoleão. *Da relação...*, cit. p. 34. Entretanto, para Ricardo Marcondes Martins (Princípio..., cit. p. 323), “o princípio da moralidade não determina que as normas éticas mencionadas sejam concretizadas pela Administração na maior medida possível; ele não impõe, em si, uma ponderação. Trata-se de uma determinação no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas da Administração para que ela se conduza de maneira proba e honesta. A Administração não deve ponderar para saber até que ponto deve ser honesta e agir com boa-fé. Não: trata-se de uma regra, não de um princípio.”

A ideia de “moralidade administrativa” descende das sementes plantadas por Maurice Hauriou,¹⁷ que ousou em sua época, no início do século XX, distinguir uma moral institucional (fruto exclusivo das leis) de uma moralidade administrativa, apta a condicionar o próprio exercício discricionário do poder administrativo. A moralidade administrativa, entretanto, não pode ser vista, nos dias de hoje, como um conjunto de “regras de conduta tiradas da disciplina interior da AP”¹⁸

Não previsto nas Constituições nacionais anteriores, o PRINCIPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA na CRFB/1988, distinto do princípio da legalidade, portanto, norma dotada de vigor e imperatividade,¹⁹ trouxe ao sistema administrativo ferramentas mais eficazes para o afastamento de doenças administrativas crônicas dos “países em desenvolvimento”, como a corrupção, o nepotismo etc. É norma que vincula não só a AP direta e indireta, como também os sujeitos privados em sua relação com os entes públicos, determinando para o administrador público um dever de atuação pautado por uma conduta moral, conforme aos valores sociais prevalecentes, voltada para a justa realização dos fins estatais.²⁰

-
- 17 Nesse sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa – Do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 190, p. 1-44, out./dez. 1992. p. 5.
- 18 Cf. HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. 11. ed. Paris: Sirey, 1926, p. 347. Vale registrar o seguinte trecho: *La moralité administrative est souvent plus exigeante que la légalité. Nous verrons que l'institution de l'excès du pouvoir, grâce à laquelle sont annulés beaucoup d'actes de l'Administration, est fondée autant sur la notion de la moralité administrative que sur celle de la légalité, de telle sorte que l'Administration est liée dans une certaine mesure par la morale juridique, particulièrement en ce qui concerne le détournement du pouvoir.*
- 19 Nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 100.
- 20 Nesse mesmo sentido, afirma Juarez Freitas (*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 69) que, “em suma, o princípio da moralidade no campo administrativo, não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, é extremamente mais: diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer perecer os liames sociais”.

Como pondera José Augusto Delgado, “a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum”, mas diz respeito a preceitos morais socialmente reconhecidos relativos à atuação funcional que se espera do agente público. Nesse compasso, a moralidade administrativa não tem relação com uma postura irrepreensível do agente, mas diz respeito à sua atuação enquanto agente público e no que interessa à ideia de “boa administração”.²¹

O “dever de boa administração” está intrinsecamente associado à ideia de “moralidade administrativa”,²² embora não se possa incorporar a ideia de eficiência administrativa na de moralidade.²³ As ideias de

21 CF. DELGADO, José Augusto. Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993, p. 208-223. Como afirma o Autor (p. 211), “a moralidade administrativa vincula-se à finalidade pública da atividade executada, pelo que não se confunde com a moral comum”. Como afirma, “as regras de moralidade administrativa não têm uma forma determinada e concreta”, mas elas estão “na consciência dos indivíduos, fruto dos padrões assimilados de cultura, e repercutem na consciência social da coletividade”.

22 Este é o entendimento iniciado com Maurice Hauriou (*Précis...*, cit. p. 460), que relacionou a moralidade administrativa às garantias de boa administração. Da mesma forma, há mais de meio século, na Itália, esta já era a ideia de Raffaele Resta (L'onestà di buona amministrazione. In: *Scritti in onore di Santi Romano*. Padova: Cedam, 1940, v. II, p. 128): *Buona amministrazione esprime un concetto finale: a l'attività amministrativa perfettamente adeguata nel tempo e nei mezzi al fine specifico da raggiungere*. Nesse mesmo sentido, considerando a ideia de moralidade administrativa intimamente relacionada com a de boa administração, dentre outros, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 63; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade..., cit. p. 15). Esta também é a lição de Antônio José Brandão (Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 25, jul./set. 1951, p. 454), que observa que a atividade dos administradores públicos deve traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, além de corresponder à vontade de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um aquilo que lhe pertence.

23 Nesse sentido, dentre outros, na doutrina brasileira, SOARES, José Ribamar Barreiros. *O Controle judicial do ato administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. 15-57. Também, Maurício Ribeiro Lopes (*Ética...*, cit. p. 29), que entende que, ao distinguir o honesto do desonesto, ou por outras considerações morais, o administrador procede a uma escolha cingido à que seja mais eficiente. Mais à frente afirma (p. 69): “A extensão do princípio da moralidade conduz ao entendimento de que a Administração Pública tem o dever de ‘melhor administrar’, que ultrapassa o conceito de

moralidade e eficiência administrativa aparecem por vezes misturadas na doutrina, destacadamente nos seus aspectos probidade administrativa (da moralidade) e economicidade (da eficiência), em especial pelo fato de ambas dizerem respeito a aspectos materiais, financeiros.^{24,25}

Como norma jurídica, a moralidade administrativa apresenta duas funções essenciais: (1) reclama a conformidade da finalidade da atuação administrativa concreta às finalidades de interesse público; (2) exige que os meios e as formas de atuação da AP, da mesma maneira, não se afastem dos padrões moralmente acolhidos.

Quanto aos fins, o PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA exige que a atuação administrativa seja pautada pela persecução do bem comum.²⁶ Entretanto, não é qualquer pretenso “interesse” imaginado pelo agente como benéfico à coletividade que deva ser buscado pela AP, mas o “interesse público” que deve ser perseguido deve vir modelado pela lei, sob pena de se entregar ao agente público um poder incontrolável.

No processo administrativo decisório, o administrador público se depara com uma série de interesses igualmente públicos que precisam ser ponderados para que bem se possa formatar a decisão do caso concreto e o PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA deve

‘bem administrar.’ Para o citado autor (p. 33), a moralidade põe duas necessidades: a de justiça para com os cidadãos e eficiência para a própria AP. Exatamente por isso é que entende que a moralidade administrativa (p. 34) é composta por regras de boa administração, internas da própria AP.

- 24 Em que pese a relevância de suas colocações, esta despreocupação com a distinção pode ser observada em Maurício Ribeiro Lopes (*Ética...*, cit. p. 73), quando o Autor mistura exigências de probidade (moralidade) com as de economicidade (eficiência), ao afirmar: “O princípio-fim de probidade administrativa, que reveste o interesse de observância de máxima economia dos recursos do Estado, que em tese e por princípio devem sempre ser tidos como escassos, implicando nas dificuldades de acesso aos créditos, de observância estrita às formalidades orçamentárias, [...].”
- 25 Para um maior aprofundamento no estudo da questão, BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, *passim*.
- 26 A propósito, como afirma José Augusto Delgado (Princípio..., cit. p. 213), “o simples fato de o administrador usar de suas atribuições para fins diversos daqueles conferidos por lei, implica uma violação direta ao princípio da moralidade”.

balizar a formatação desse “interesse público de síntese”. Mesmo quando a decisão busque proporcionar vantagens e resultados para a máquina pública, mesmo quando a alternativa escolhida for perfeitamente sintonizada com a persecução de determinado interesse público, a atuação administrativa pode ser antijurídica por imoralidade. Tudo isso pode ser evidenciado a partir do momento que a AP não pode visar a fins imorais de vantagem para o Estado que, embora considerados eficazes, sejam condenáveis pela ideia de moralidade administrativa. A Administração Tributária, por exemplo, que deve zelar pelo regular fluxo de recursos para os cofres públicos, não pode estabelecer como finalidade a emissão de autos de infração.

Por outro giro, na escolha e articulação dos meios para satisfazer determinado fim, não basta que essa relação propicie eficiência administrativa, mas o ordenamento jurídico pátrio determina, ainda, que os meios usados atendam aos padrões de moralidade. O interesse público legalmente alinhavado, ou o “interesse público de síntese” (resultante de uma ponderação de interesses públicos intervenientes), assim, não pode ser perseguido de qualquer maneira ou por qualquer meio, mas a AP deve observância a princípios juridicizados e a regras legais, tanto quanto aos fins, como quanto aos meios.²⁷ Nesse compasso, a Administração Fiscal não pode, por exemplo, valer-se de escutas ilícitas ou coagir o contribuinte para obter dados para autuações fiscais.

Em síntese, na atuação administrativa não pode prosperar a ideia de que os fins justificam os meios, ou, em outras palavras, não é correto afirmar que todos os meios sejam juridicamente aceitáveis quando seu emprego propiciar a concretização de determinado interesse público.²⁸

27 Por isso, autores como Maria Silvia Z. Di Pietro (*Discricionariedade...*, cit. p. 110) entendem que o princípio da moralidade administrativa diz respeito aos próprios meios de ação escolhidos pela AP, sendo que, mais do que em qualquer outro elemento do ato administrativo, a moralidade é identificável em seu objeto, que na realidade expressa o meio de atuação escolhido pela AP para atingir suas finalidades.

28 Maurício Ribeiro Lopes (*Ética...*, cit. p. 72) detecta: “Há uma indiscutível tendência da Administração, em nome de um duvidoso princípio do interesse público, comportar-se na gestão de seus negócios com procedimentos de tímidos escrúpulos,

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Enquanto princípio jurídico, a ideia universalizável de “moralidade administrativa” não pressupõe a identificação de interesses, vontades, desejos ou preferências, uma vez que esses são variáveis e contingentes, mas o que se reclama são “referenciais objetivizados” mais perenes, que apenas racionalmente podem ser firmados.²⁹

Tomando como referência grandes vetores éticos, as facetas da ideia de moralidade administrativa podem ser encontradas a partir de dados empíricos recolhidos da experiência prática, levando-se em consideração aquilo que interessa ao desempenho da função pública. Entretanto, a identificação dos aspectos fundamentais do núcleo essencial do PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA apenas é possível após o crivo kantiano da universalização.³⁰

comportando-se, por vezes, como se particular fosse e estivesse a usar sem moderação de uma espécie de *dolus bonus*, ou quase, em sua conduta rotineira”.

- 29 É verdade, porém, como afirma Juliano Napoleão Barros (*Da relação...*, cit. p. 6-9), que a própria razão não pode mais ser percebida como meio autossuficiente para estabelecer uma concepção moral de justiça. Por isso, a necessidade de se descobrir novas maneiras de se relacionar com a pluralidade de acepções morais. Mesmo quando o sistema moral é consolidado a partir de discursos racionais, tal estratégia de legitimação continua passível de crítica.
- 30 Para Marco Aurélio Greco, a influência kantiana na análise da moralidade sofreu uma revisão nos últimos tempos, sobretudo com a popularização dos estudos sobre Martin Heidegger. A ontologia kantiana – estudo do mundo a partir do ser – trouxe uma perspectiva de que os indivíduos agem de acordo com a moralidade que é formulada aprioristicamente no campo racional. Em Heidegger, não basta compreender o ser enquanto tal, mas o ter presente enquanto ser e circunstância. Só se pode enxergar uma ação humana se enxergar-se o contexto em que ela se insere, o conjunto das circunstâncias fáticas que ela permeia. Conclui Greco que “a conduta imoral é aquela que agride o conceito de justiça à luz das circunstâncias do caso concreto.” [Cf. GRECO, Marco Aurélio. Notas sobre o princípio da moralidade – uma abordagem apoiada no elemento alteridade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 38, abril/maio/junho de 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDE-38-ABRIL-2014-MARCO-AURELIO-GRECO.pdf>>. Acesso em: 19/03/2017. p. 5-6, 13].

A partir dessa universalização, é possível assinalar alguns aspectos fundamentais do PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: veracidade; tratamento isonômico; transparéncia; probidade; lealdade; e proteção da confiança e da boa-fé objetiva, que serão analisados aqui.

3.1. Veracidade

Existe forte tendência no sentido de que o respeito à moralidade administrativa se limite às aparências. Mesmo no contexto de um Estado Democrático de Direito, a tensão entre os interesses oligárquicos de dominação e instrumentalização da massa e o anseio de emancipação popular, presentes em qualquer comunidade política, parece dirigir o Estado rumo à hipocrisia, reduzindo a moralidade administrativa a uma moralidade de fachada, alheia ao governo, mas presente em sua retórica e *marketing* institucional.³¹ Entretanto, a consolidação do Estado Democrático de Direito reclama, inarredavelmente, veracidade dos administradores públicos e, por isso, um aspecto relevante da moralidade administrativa vem traduzido na necessidade de a AP reverenciar a verdade.

De nada adiantariam as exigências do princípio da publicidade, ou mesmo o direito de informação do art. 5º, XXXIII, da CRFB/1988, se as informações dadas fossem inverídicas, maquiadas ou torcidas. Com relação à eficiência administrativa, estar-se-ia, assim, inviabilizado o próprio *feedback* na atuação administrativa, o que fatalmente conduziria à ineficácia da atuação dos órgãos de controle, que contariam com relatórios e dados inúteis. O agente público não pode mentir e, em sua atuação, não pode ocultar do administrado a verdade. Na realidade, mais do que sujeito a um “dever de verdade”, o administrador público deve motivar suas decisões, de forma que o administrado possa saber as razões que a fundamentaram. Apenas por isso é que os atos administrativos podem gozar de presunção de veracidade.

No Estado Democrático de Direito, no qual todo poder emana do povo, não existe, por certo, qualquer atribuição de poder administrati-

31 Nesse sentido, BARROS, Juliano Napoleão. *Da relação...*, cit. p. 34.

vo que possibilite a ultrapassagem da verdade. A nenhum administrador é atribuído poder de atuação que permita a mentira a quem outorgou o poder. Nesse compasso, o núcleo essencial da ideia de “moralidade administrativa” (quanto aos meios), indubitavelmente, independentemente da perspectiva que se possa usar para abordar a questão, reclama a veracidade como um dos aspectos necessários do PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. O agente público deve reverência à verdade, não podendo valer-se da mentira (meios imorais). Nesse sentido, a título de ilustração, para coletar provas de “sonegação fiscal”, o agente do Fisco não pode, por exemplo, “fabricar” indícios contra o contribuinte, visando recolher somas que entende devidas. A ação fiscal, nesse compasso, há de ser digna, justa e verdadeira.

3.2. Tratamento isonômico

Dispensar um tratamento isonômico aos administrados faz parte da ideia nuclear de “moralidade administrativa”. Evidentemente, agiria em ofensa ao mandamento do princípio constitucional da moralidade administrativa o agente que estabelecesse solução em um sentido para um administrado e, em outro sentido, sem razão ou motivação razoável, para outro; da mesma forma, seria inarredavelmente ofensivo à moralidade administrativa o tratamento cordial dispensado a um administrado e grosseria no trato a outro, estando ambos pleiteando o mesmo perante a AP.³²

O mandamento de isonomia, enquanto aspecto da moralidade administrativa, deve ser observado no planejamento da atuação administrativa. Reclama-se que essa atuação contemple, na medida do possível, o universo maior de administrados. Tomando-se mais um exemplo na

32 A propósito, esse aspecto da moralidade administrativa ganhou contornos legislativos na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da AP Federal, a saber:

“Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; [...].”

seara administrativo-fiscal, é sabido que, em um determinado segmento comercial, o mercado impõe a uniformização das condutas; é certo que, se um contribuinte praticar a sonegação fiscal, sua vantagem relativa, se não houver intervenção fiscal, acaba por desequilibrar a concorrência em detrimento daqueles que agiram conforme os ditames da lei tributária. Nesse compasso, em inúmeras situações, o que se pode verificar é que, ausente a ação fiscal retificadora, o comportamento fiscal lesivo tende a se uniformizar, ou contribuintes desejosos de cumprir corretamente o dever de pagar tributos podem ser prejudicados ou até mesmo serem levados à bancarrota. Exatamente por isso é que a escolha aleatória de contribuintes a serem fiscalizados não deve ser admitida, oferecendo-se o céu aos que não sofreram intervenções fiscais e o limbo àqueles que foram fiscalizados. O planejamento da atuação fiscal deve observar o mandamento de isonomia e estabelecer parâmetros razoáveis de seleção, a partir de indicadores confiáveis, permitindo que se contemple o universo maior de contribuintes, propiciando, assim, isonomia de tratamento, caso a atuação fiscal não possa ser abrangente.

No Direito Administrativo, por vezes, as possibilidades de escolha discricionária do agente administrativo vêm reduzidas, quando postas balizas vinculantes. Nesse sentido, pouca margem de consideração ao princípio da moralidade administrativa pode restar, porque a conduta administrativa é vinculada. Porém, pode ser que a própria lei administrativa que rege a conduta, em situações teratológicas e absurdas, possa redundar em tratamento flagrantemente ofensivo ao princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, atrair a necessidade de “derrotabilidade” da própria lei.

3.3. Transparência

A ideia de veracidade do Estado Democrático de Direito, da mesma forma, aponta para mandamentos de transparência e publicidade dos procedimentos administrativos, bem como demanda controle social, emancipação e participação popular, em um movimento de oposi-

ção permanente à imoralidade administrativa, para que se possa, assim, promover ao contínuo aperfeiçoamento das instituições públicas.³³ E, do mesmo modo, a ideia de “moralidade administrativa” pressupõe o correspondente comportamento daqueles que operam com a AP.³⁴

Dois caminhos, nesse sentido, possibilitam o atendimento dos mandamentos de moralidade administrativa na transparência: os mecanismos repressivos de controle da AP, como a ação popular e as normas pertinentes à improbidade administrativa (Lei da Improbidade Administrativa); e, de modo concomitante, o debate público sobre os casos de patente violação à moralidade administrativa, estimulado pela denúncia midiática (na televisão, em jornais e revistas e, com cada vez mais importância, na *internet*, redes sociais e grupos de troca de mensagens nos celulares).³⁵

A moralidade administrativa, nesse sentido, deve ser mais exigente do que a moralidade comum, em especial porque a finalidade maior da AP é posta de forma intransponível, cravada na persecução do bem comum, sendo a própria AP um instrumento para esse fim, e não um fim em si. Como pondera Sacha Calmon,³⁶ “os homens públicos pertencem ao dis-

33 A propósito, essas são as diretrizes juridicizadas na Lei 9.784/1999, a saber:

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]

V - Divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; [...]

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; [...].”

34 Nesse compasso, dispõe a Lei 9.874/1999:

“Art. 4º. São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: I - expor os fatos conforme a verdade; [...] IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos”.

35 Nesse sentido, BARROS, Juliano Napoleão. *Da relação...*, cit. p. 34-35.

36 Cf. COËLHO, Sacha Calmon Navarro. Corporativismo e civilização. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 05. fev. 2012, p. 7.

tinto público que responde pelo nome de povo”, razão pela qual o sigilo de dados destes, telefônico e bancário, não podem ter a mesma blindagem.

A transparência, porém, não ultrapassa o dever de sigilo do agente da AP exigível em inúmeros casos, como na seara fiscal, onde informações do Fisco podem prejudicar indevidamente contribuintes em concorrência. Nesses casos, ao contrário, o sigilo é uma postura reservada impõem-se ao administrador público.

3.4. Impessoalidade

O Estado de Direito não convive com a personalização do poder, com a imposição de interesses pessoais ou grupais. Exatamente por isso é que a impessoalidade é uma faceta da “moralidade administrativa”. Ainda que esteja previsto de forma apartada e expressa no texto constitucional, a impessoalidade firma, em essência, um aspecto da moralidade administrativa e responde a um mandamento de igualdade, que determina que o administrador público não pode privilegiar alguém prejudicando, consequentemente, toda a sociedade. A impessoalidade exige, portanto, que, no exercício de suas funções, o agente público valore os interesses públicos sem sofrer os desvios derivados dos interesses pessoais do sujeito agente, ou de interesses particularizados de grupos de pressão, públicos ou privados, de corporativismos nefastos, de partidos políticos etc. Em outras palavras, o agente deve prender vistas na persecução do bem comum, deixando de lado interesses particularizados (personalizados), decidindo com isenção.

É por isso que o agente administrativo não pode valer-se do cargo para satisfazer suas próprias vaidades, nem expor a função pública indevidamente. Na realidade, a impessoalidade necessária à atuação do agente público acaba por impor um dever de discrição ao administrador público. Não se coaduna com a moralidade administrativa, por exemplo, a exposição de burocratas ou de agentes públicos não eleitos (não legitimados pelo voto) na mídia. Diversas carreiras técnicas têm seus agentes selecionados por concursos públicos, exatamente porque o caráter téc-

nico do *munus* impõe-se. Nesse sentido, não é conforme a moralidade administrativa o costumeiro desejo por holofotes e câmeras que muitos agentes públicos nutrem, para satisfazer sua própria vaidade ou mesmo o desejo de progredir na carreira, expondo, na verdade, por vezes, indevidamente, o administrado e/ou a causa pública.³⁷

3.5. Probidade administrativa

Um aspecto do PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA que mereceu consideração especial na CRFB/1988 foi a probidade administrativa,³⁸ que, em essência, traduz o dover de honestidade do agente público na sua atuação.³⁹ Na precisa definição de José Afonso da Silva,⁴⁰ “a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímpenso ou a ou-

37 A propósito, como lembra Henry Kissinger (*Sobre a China*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 32-33), a burocracia imperial dos mandarins chineses, em especial a partir da Dinastia Han (206 a.C. - 220 d. C.), um sacerdócio de funcionários-eruditos literários selecionados por meio de concorridos exames feitos em todo o país, foi um dos fatores que propiciaram harmonia nos vastos domínios do imperador. Por certo, outro fator de sucesso apontado estava na “invisibilidade”, impessoalidade e discrição do agente. Como afirma o Autor (p. 327): “Os líderes chineses por tradição não baseavam sua autoridade em habilidades retóricas ou no contato físico com as massas. Na tradição mandarim, operavam essencialmente fora das vistas, legitimados pelo desempenho. Deng Xiaoping não tinha nenhum cargo importante; ele recusava todos os títulos honoríficos; quase nunca aparecia na televisão e praticava a política quase inteiramente nos bastidores. Ele governava não como um imperador, mas como o principal mandarim”. Mesmo assim, introduziu a China no caminho de se transformar na segunda maior superpotência.

38 Na realidade, desde a Constituição Republicana de 1891, já se previa o dever de probidade do Chefe do Executivo (art. 54, § 6º).

39 Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t. II, p. 684.

40 Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 616.

trem.” Obviamente, como afirma Romeu Felipe Bacellar Filho,⁴¹ “a ética pública é dever imposto não só à AP e seus agentes, mas também a quem quer que se relacione com o Poder Público”.

A CRFB/1988, no art. 37, § 4º, estabelece que os atos de improbidade administrativa, na forma da lei, podem acarretar uma série de sanções, inclusive a perda da função pública. Da mesma forma, o art. 85, da CRFB/1988, ao elencar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, embora não abra a possibilidade de afastamento do Chefe de Governo por ineficiência, admite expressamente a sanção por improbidade administrativa; a perda ou suspensão dos direitos políticos pode decorrer da improbidade administrativa (art. 15, CRFB/1988); o art. 5º, LXXIII, da CRFB/1988 institui a ação popular e a admite para atos lesivos ao patrimônio público ou ofensivos à moralidade administrativa.⁴² Alguns outros dispositivos constitucionais são postos para possibilitar a atuação dos mandamentos de probidade administrativa e de economicidade, como o art. 72, § 2º, que estabelece que o Tribunal de Contas, se entender que a despesa é irregular e danosa à economia pública, seja por razões de improbidade administrativa, seja por questões atinentes à economicidade, pode propor ao Congresso Nacional sua sustação. De forma idêntica, o art. 74, § 2º, da CRFB/1988, em decorrência de eventual improbidade administrativa, ou por razões de economicidade, habilita qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato a denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas.

Os agentes públicos, muitas vezes, perdem-se nos meandros do poder e, privilegiando interesses pessoais (ou corporativos), procuram fruir as vantagens dos cargos, em detrimento dos interesses da coletividade, que deveriam proteger. O que se verifica, nesses casos, é uma perda patente da consciência cívica, que deveria nortear a conduta administra-

41 CF. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética pública, o Estado Democrático de Direito e os princípios consectários. In. PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte; Fórum, 2008, p. 352.

42 A CRFB/88 admite o ataque ao ato administrativo por imoralidade, quer por intermédio da ação popular (art. 5º, LXXIII), quer pela ação civil pública (art. 129, III), quer pela lei de improbidade administrativa (art. 37, §4º, da CRFB/88).

tiva - uma ofensa cabal aos mandamentos de probidade. Se a interdição à corrupção é aspecto inquestionável da ideia universalizada de moralidade administrativa, outras nuances da ideia de probidade parecem não merecer atenção tão detida. Basta ver que, contemporaneamente, o brasileiro aprendeu a conviver, sem se horrorizar, com mordomias de agentes públicos; com carros funcionais para uso particular; com a defesa intransigente, por parte de decisores que deveriam zelar pelos interesses da coletividade, de interesses corporativos e de duvidosas indenizações custeadas com dinheiro público que deveria ser aplicado para atender a necessidade dos excluídos.

Da mesma forma, a perda da consciência do papel do agente público faz com que, muitas vezes, servidores ineficientes, desinteressados e apáticos, recebam sua remuneração sem trabalhar devidamente, sem cumprir com zelo seu *munus*. Propiciando elevados gastos e causando sérios danos ao Erário, de forma até legal, diversos “aposentados em atividade” recebem seus vencimentos sem dar a contrapartida que deles é exigida pela coletividade, em nítida ofensa ao aspecto probidade do PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

Em síntese, o que se pode perceber é que a probidade interdita não somente o que se pode entender por “corrupção”, mas o aspecto essencial da moralidade administrativa impõe muito mais. A probidade reclama que os recursos públicos não sejam desperdiçados, nem sejam indevidamente utilizados; da mesma forma, impõe ao agente público uma atuação compatível com os mandamentos da eficiência administrativa. Por isso é que se pode dizer que as ideias de moralidade e eficiência administrativa são próximas e interrelacionam-se intimamente. Não é difícil detectar flagrante imoralidade e patente vício de ineficiência administrativa em casos nos quais, por exemplo, a AP é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda e mordomias.⁴³

43 Nesse sentido, ao tratar da moralidade administrativa, afirma Alexandre de Moraes (*Direito constitucional*. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 293).

3.6. Lealdade

A lealdade diz respeito a condutas exteriorizadas, não tendo relação com nenhum sentimento interior do agente, tampouco com nenhuma ideia de amizade ou inimizade. Diz respeito a uma espécie de “análise utilitarista” das ações do agente.

A moralidade juridicizada não se importa essencialmente com a atitude interior do agente público, nem com sua sinceridade na atuação administrativa, mas com a efetiva adequação exterior de sua conduta. Da mesma forma, a lealdade do agente público não é para com seu superior hierárquico, nem para com o partido político que tenha ganhado as eleições, muito menos para com a corporação, mas para com o Estado, para com a coletividade a qual serve. Os administradores passam, as eleições apontam outros hierarcas, mas o servidor público deve manter-se vinculado ao seu *munus*, ao seu dever de melhor perseguir o bem comum. Apenas assim, atada à ideia de impessoalidade, a ideia de lealdade, aspecto da moralidade administrativa, pode ser concebida.

3.7. Proteção da confiança legítima e boa-fé objetiva

Em homenagem à “segurança jurídica”, pressuposto para que se tenha justiça, bem como ao valor “verdade”, firma-se a ideia de PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DOS ADMINISTRADOS NA AP, que traduz a necessidade de esta fazer jus e salvaguardar a confiança do administrado na própria retidão e moralidade da conduta administrativa, em diversos sentidos, tais como na durabilidade de suas decisões; na vedação à injustificada retroatividade de algumas normas; na proibição da surpresa etc.⁴⁴

44 Na Jurisprudência pátria, o Ministro Relator Humberto Martins (STJ - RE 944.325, DJ 21/11/2008) já se manifestou, reconhecendo o direito de uma portadora de retinose pigmentar de não precisar devolver os valores recebidos para tratamento em Cuba, no sentido de que existe o dever de respeito ao fato consumado, com base na

O aspecto “confiança” do PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA impõe limites à retroatividade das normas, ou melhor, reclama uma reavaliação ponderada dos efeitos reflexos decorrentes da aplicação retroativa das normas. Da mesma forma, se é verdade que os atos estatais são revisáveis, não é menos certo que, em reverência à ideia de confiança, a invalidação de um ato possa se dar sem que os efeitos reflexos decorrentes sejam simplesmente suprimidos. Nesse compasso, a ideia de moralidade administrativa reclama que os efeitos sejam remodelados e revistos, à luz do aspecto “confiança”, para que a mera supressão do ato e de seus efeitos não cause maior prejuízo ao interesse da coletividade do que os que decorreriam da manutenção destes. A ideia de confiança, portanto, que se cristaliza com o tempo, no caso concreto, atrai a necessidade de convalidação do ato (quando possível), ou reclama, mesmo quando se deva invalidá-lo, a manutenção de (alguns) efeitos reflexos dele decorrentes.

O administrado não pode ter seus direitos “flutuando” ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.⁴⁵ Da mesma forma, a AP não pode induzir a confiança do administrado de que agirá de uma determinada maneira e romper (desarrazoadamente) com essa legítima confiança (venire contra factum proprium); nem empregar de forma desleal critérios valorativos diversos para situações substancialmente idênticas (tu quoque); nem mesmo manter-se inerte por alongado período de tempo, induzindo a confiança de seu comportamento no administrado e, repentinamente, alterar a situação mediante uma invalidação retroativa (Verwirkung).

Em síntese, a AP deve criar um clima de confiança e previsibilidade, em sintonia com o próprio ideal de segurança jurídica. A proteção da confiança legítima é um aspecto do princípio da moralidade administrativa que pressupõe que certas “expectativas legítimas” suscitadas no administrado, em razão de determinados comportamentos da AP, possam dar

boa-fé objetiva e no princípio da confiança, deduzindo-os, como no presente texto, no Direito Administrativo, do princípio da moralidade administrativa.

45 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 85.

ensejo a efeitos jurídicos. Se, por pressuposto, a AP deve ser confiável, o administrado, nesse compasso, deve poder ter o direito à estabilidade da situação jurídica com base na qual tenha agido, quando sua atuação zelosa e de boa-fé decorra de confiança no comportamento do órgão público.

A atuação conforme a moralidade administrativa, apta a induzir confiança no administrado, não propicia um engessamento da atuação administrativa, mas, ao contrário, pressupõe um regime jurídico protetivo novo que imponha limitações à AP na alteração de suas condutas.⁴⁶ Com lastro nessa ideia é que a reiterada praxe administrativa pode gerar uma base de confiança apta a impedir a inadvertida mudança de entendimento da AP.⁴⁷

46 Nesse sentido, RAMOS, Daniel Castelo Branco. *Proteção da confiança do administrado*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso e Pós-Graduação em Direito da UFMG para obtenção do grau de Mestre em Direito. 2009, Belo Horizonte, p. 54.

Nessa direção, vai a Lei 9.784/1999, *verbis*: “Art. 2º. [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; [...] XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Art. 4º. São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: I - expor os fatos conforme a verdade; II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; III - não agir de modo temerário; IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.”

47 Nesse mesmo sentido, na seara administrativo-tributária, pelo menos no que diz respeito à aplicação de penalidades, o art. 100, II e parágrafo único do CTN, bem como o art. 146 prescrevem:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - Os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - As decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - As práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - Os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Como ensina Misabel Derzi, tendo como fonte de inspiração Luhmann, “confiança” não significa “mera esperança”, mas “ela implica a expectativa confiável, que interfere diretamente na decisão tomada” pelo administrado que confia.⁴⁸ O aspecto “PROTEÇÃO DA CONFIANÇA” pressupõe que autoridades públicas, ou mesmo pessoas jurídicas de direito privado no exercício de funções públicas (ou que gozem da titularidade de serviços públicos) tenham, a partir de sua conduta ou posicionamento (informação, promessa, reiterada prática), suscitado uma “base de confiança”⁴⁹ no administrado zeloso.

Pode-se afirmar que a ideia de “proteção da confiança legítima” pressupõe os seguintes fatores necessários: (a) o pressuposto fático (*Tatbestand*) da confiança atribuível àquele que a gera e certa tipicidade da confiança; (b) uma situação subjetiva de confiança (a boa-fé de quem confia); (c) a confiança protegida não é interior (consciência subjetiva), mas ela deve ter sido objetivizada, em certa medida, por meio de disposições tomadas ou por meio de investimentos de confiança; (d) a responsabilidade pela confiança deve ser imputável ao responsável, se houver relação direta, causal, entre o fato e as disposições ou os investimentos feitos por aquele que confiou (existência de uma conexão causal entre o pré-comportamento da autoridade pública que estabeleceu a “base de confiança” e a confiança legítima, digna de proteção, razoavelmente gerada no administrado).⁵⁰

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

48 Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 329.

49 Cf. RAMOS, Daniel Castelo Branco. *Proteção...*, cit. p. 67-71.

50 Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações...*, cit. p. 343.

Por sua vez, a boa-fé, como aponta Jesús González Pérez,⁵¹ como os bons costumes, é sempre uma via de comunicação do direito com a moral. Como observa o Autor, o Direito, que não absorve todas as exigências éticas de comportamento, em algumas ocasiões, acode de modo expresso a moral. Judith Martins-Costa⁵² entende que a “boa-fé subjetiva” tem relação com um “estado de consciência”, com um convencimento de se estar atuando conforme ao Direito (*guter Glaube*). Nesse compasso, a ideia exige que se considere a intenção do sujeito da relação jurídica, ao contrário da ideia de “boa-fé objetiva” (*Treue und Glaube*), que tem relação com a ideia de “modelo de conduta social”, com um arquétipo ao qual todos devem buscar ajustar sua conduta. Nesse sentido, tem razão Ricardo Marcondes Martins⁵³ quando afirma que “a moralidade administrativa diz respeito às regras éticas objetivadas, àquilo que a sociedade considera correto e honesto”. Por isso, a moralidade administrativa impõe um dever à pessoa política, que independe da intenção do agente público, no sentido de a AP dever atentar, na sua conduta, para as pautas vigentes no seio social. Trata-se de um juízo objetivo e não juízo subjetivo, portanto, independe do exame da intenção do agente.

Para Jesús González Pérez,⁵⁴ não existe uma diferença clara entre o princípio da confiança legítima e o princípio da boa-fé. Por vezes, considera-se este uma implicação daquele e, em geral, invocam-se indiscriminadamente ambos para se produzirem os mesmos efeitos, em situações idênticas. Misabel Derzi,⁵⁵ explica que alguns juristas utilizam a expressão boa-fé como sinônima de proteção da confiança, enquanto outros, como Krieger e Thiel, consideram a proteção da confiança como

51 Cf. GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3^a ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 19-20.

52 Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

53 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 324.

54 Cf. GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio...*, cit. p. 54-55.

55 Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações...*, cit. p. 378.

consequência legal da boa-fé; ainda outros, como Mattern, têm o princípio da confiança como mais abrangente. Em geral, a partir da lição de Roland Kreibich,⁵⁶ a expressão boa-fé é utilizada frequentemente “para designar as situações individuais, os casos concretos que envolvem a proteção da confiança”. Como observa, em todas as hipóteses de boa-fé existe confiança a ser protegida, isto é, uma das partes criou confiança na outra, por meio de seu comportamento objetivo, que, em decorrência da firme crença na duração dessa situação propiciada pela confiança criada, foi levada a agir ou manifestar-se, fundada em suas legítimas expectativas, que, por isso, não podem ser frustradas. Misabel Derzi sintetiza explicando que “o princípio da proteção da confiança não se esgota com o da boa-fé objetiva, e a recíproca é também verdadeira”⁵⁷

Nesse sentido, mesmo nas relações em que a AP está presente na relação jurídica sem posição de supremacia, revela-se, com clareza, um dos aspectos da moralidade administrativa que se expressa no dever de a AP se pautar, em sua atuação, por uma boa-fé objetiva. Portanto, a conduta administrativa deve atentar para os desígnios de segurança, igualdade e justiça, como, por exemplo, na celebração de contratos administrativos. A propósito, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002) erige, nos artigos 113, 187 e 422, verdadeira cláusula geral de boa-fé, aplicável, por certo, na seara administrativa.⁵⁸

Em síntese, seja em situações em que a AP está presente na relação jurídica em pé de igualdade, seja quando comparece em posição de supremacia, a moralidade administrativa impõe conduta que privilegie o

56 Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações...*, cit. p. 378.

57 Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações...*, cit. p. 381.

58 Na seara tributária, em Minas Gerais, os princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva adentraram o sistema jurídico mineiro, recepcionados expressamente pelo Código de Defesa do Contribuinte. O Código determinava, em seu art. 21, I e II, que se deveria considerar abusiva, a exigência que estabelecesse obrigações incompatíveis com a boa-fé, a equidade e os bons costumes, bem como a que ofendesse aos princípios fundamentais do sistema jurídico. O art. 21, alterado pela Lei nº 19.972, de 27 de dezembro de 2011, mais amplo, estabelece que “considera-se abusiva a exigência da autoridade administrativa, tributária ou fiscal que contrarie os princípios e as regras do sistema jurídico e, em especial, da legislação tributária”.

respeito aos termos fixados e aos prazos legais; a obrigatoriedade do cumprimento de promessas; a evitação de ofensa a situações já constituídas no passado em razão da retroatividade de entendimentos e interpretações; a adoção de medidas transitórias para alteração de entendimentos que possam ofender interesses dos administrados (em virtude de posturas administrativas cristalizadas) etc.

4. CONTROLE JUDICIAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A sindicância judicial com base apenas em princípios constitucionais retores da AP se dá por controle negativo, mesmo dentro da faixa discricionária. Pode-se perceber, com clareza, a importância de se estabelecer uma vinculação tendencial principiológica, que permita, mesmo na ausência de tipificação legal da conduta ilícita, abrir margem para verificação de situações de antijuridicidade patente por ofensa ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

Os princípios são normas objetivas que portam fundamento suficiente para arguição de antijuridicidade, em “zonas de certeza”, nas quais ninguém razoavelmente poderia duvidar que o princípio tivesse sido ofendido em seu núcleo essencial.⁵⁹ Nesse compasso, é possível se estabelecer uma vinculação tendencial principiológica, que permita a identificação de situações de antijuridicidade patente por ofensa a aspectos fundamentais da ideia nuclear de moralidade administrativa.

O princípio constitucional da moralidade administrativa impõe balizas à atuação administrativa que permitem, juridicamente, o repúdio tanto a desvios da finalidade de persecução otimizada do bem comum, como à utilização de meios imorais para o cumprimento de determinados fins, mesmo que de interesse público. O ato administrativo imoral

59 Para um maior aprofundamento da questão, BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio...*, cit. cap. 10.

possui o mesmo caráter de antijuridicidade do ato administrativo ilegal, sendo, portanto, todos viciados e, daí, pelo menos em tese, passíveis de arguição judicial.⁶⁰

5. CONCLUSÃO

Enquanto princípio constitucional, a MORALIDADE ADMINISTRATIVA é norma dotada de força operativa no mundo do Direito (imperatividade por força própria). Assim como estampado no art. 37, *caput*, da CRFB/1988, o PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA baliza e limita tendencialmente a discretionary, e as ofensas ao seu núcleo essencial possibilitam a correição judicial. Somente uma AP e administrados em relação com esta que se pautem pela moralidade administrativa podem exercer adequadamente seu *munus social* e praticar uma “boa administração”; apenas assim se pode ter uma administração pública e contribuintes agindo de forma democrática e legitimamente.

É a partir do caso concreto que é feita a consubstanciação da moralidade administrativa, verificando-se padrões de conduta que a moral social tome como sendo escorreitos. Não obstante, vislumbrou-se, neste trabalho, valores moralmente universalizáveis, que devem ser respeitados para que a atuação administrativa seja, quanto aos fins e quanto aos meios, harmônica com a ordem jurídica.

Veracidade, tratamento isonômico, transparência, impessoalidade, probidade administrativa, lealdade, proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva são todos valores constitutivos da moralidade administrativa. Se verificada a desconformidade do agir público com esses

60 A propósito, parece ser esse o caminho que vem encontrando amparo no Supremo Tribunal Federal, como demonstrou o Ministro Celso de Mello, na liminar concedida na ADI nº 2.661-5 (STF, ADI nº 2.661-5, liminar, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 23/08/2002, p. 70): “O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais.”

valores, a AP tem o dever/poder (mais do que um poder/dever) de corrigir seus atos. Caso não o faça, pode a atuação administrativa imoral ser levada à discussão no âmbito dos tribunais.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética pública, o Estado Democrático de Direito e os princípios consecutários. In. PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 351-365.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da moralidade. *Revista de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, v. 69, 1995, p. 180-207.

BARROS, Juliano Napoleão. *Da relação entre direito e moral – Breves considerações sobre a moralidade administrativa a partir do raciovitalismo de José Ortega y Gasset e do realismo político de Nicolau Maquiavel*. Monografia de conclusão da disciplina “Temas de direito administrativo comparado”, ministrada pelo Prof. Onofre Alves Batista Júnior, na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2011. Belo Horizonte: inédito.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 25, jul./set. 1951.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t. II.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Corporativismo e civilização. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 05/fev. 2012.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 29^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, José Augusto. Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993, p. 208-223.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. A ética nos tributos. In. PITCHON, Célia Pimenta Barroso (Coord.). *Abordagem multidisciplinar sobre a moralidade no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 51-72.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

GRECO, Marco Aurélio. Notas sobre o princípio da moralidade – uma abordagem apoiada no elemento alteridade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Publico, nº 38, abril/maio/junho de 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-MARCO-AURELIO-GRECO.pdf>>. Acesso em: 19/03/2017

GONZÁLES PÉREZ, Jésus. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3^a ed. Madrid: Civitas, 1999.

HAURIQU, Maurice. *Précis de droit administratif*. 11. ed. Paris: Sirey, 1926.

LOPES, Maurício Ribeiro. *Ética e administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da moralidade no Direito Tributário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 204, p. 352-365, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46791>>

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In. PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte; Fórum, 2008, p. 305-334.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa – Do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 190, p. 1-44, out./dez. 1992.

OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998, v. I, t. I.

RAMOS, Daniel Castelo Branco. *Proteção da confiança do administrado*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso e Pós-Graduação em Direito da UFMG para obtenção do grau de Mestre em Direito. 2009, Belo Horizonte.

SCAFF, Fernando Facury. O Poder Legislativo deve respeitar o princípio da moralidade? *Consultor Jurídico (Conjur)*, São Paulo, 21 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-21/contas-vista-poder-legislativo-respeitar-princípio-moralidade>>

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOARES, José Ribamar Barreiros. *O Controle judicial do ato administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

ZANCANER, Weida. Razãoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito administrativo e constitucional – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, v. 2, p. 619-632.

A COEXISTÊNCIA DE CONTRATOS DE PROGRAMA E CONTRATOS DE CONCESSÃO E OS DESAFIOS CONCRETOS PARA A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Gustavo Magalhães¹

André Villani²

I. INTRODUÇÃO

Até a década de 1990, os serviços públicos de água e esgoto no Brasil eram prestados exclusivamente por entidades públicas, em especial por empresas estatais estaduais, com base em convênios ou contratos de programa não licitados. Nos últimos vinte anos, todavia, esse cenário vem mudando drasticamente.

A série histórica do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS registra que a primeira concessão à inicia-

1 Doutor e Mestre em Direito Público pela UFMG. Sócio do Madrona Fialho Advogados.

2 Mestre em Direito Público pela UFMG. Associado Sênior do Madrona Fialho Advogados.

tiva privada de serviços públicos de água e esgoto data de 1995³. Ao final de 2021, esse quantitativo já havia saltado para 127 concessionárias privadas⁴, que prestam os serviços com base em contratos de concessão comum ou parcerias público-privadas (PPPs) antecedidos de concorrência pública.

Embora indiscutivelmente necessária para a universalização dos serviços⁵, a atuação simultânea de companhias estatais e de concessionárias privadas na prestação dos serviços gera enormes desafios para se estabelecer uma regulação eficiente, capaz de lidar com as peculiaridades dos diferentes arranjos de delegação vigentes.

De fato, o setor de saneamento básico, hoje, encontra-se marcado por modelos de delegação bastante distintos: (i) um modelo calcado em contratos de programa não licitados, e que, como regra, não contêm normas claras sobre a autossuficiência dos serviços, condições de amortização dos investimentos, alocação de riscos e garantia de equilíbrio econômico-financeiro; e (ii) um modelo centrado em contratos de concessão

3 Conforme dados extraídos do portal do SNIS – Série Histórica, disponível em: <<http://app4.mdr.gov.br/serieHistorica/>>.

4 Os últimos dados disponíveis do SNIS limitam-se ao diagnóstico realizado para o ano de 2021. Em complementação a essas informações, a Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (AB-CON) indica que, até o dia 08/03/2022 havia 199 contratos de concessão celebrados com a iniciativa privada, o que corresponde a uma participação no setor de 9,1%. Desse total, 27% das concessionárias celebraram o contrato após a edição da Lei 8.987/1995, enquanto 62% celebraram o contrato após a Lei 11.445/2007. Das 199 Concessionárias, 11% firmaram o contrato entre 2020 e 08/03/2022, ou seja, após a Lei Federal n. 14.026/2020 (2022).

5 Como destacam Fortini e Miranda (2020, p. 301): “ao lado da insuficiência dos atuais investimentos para corrigir o déficit do saneamento, a gestão do setor também descontina a necessidade de se adotar modelo de gestão mais eficiente e voltado para a concretização da meta da universalização. Isso não apenas para os casos em que é o próprio ente público o prestador do serviço mas, igualmente, para aquelas hipóteses em que o particular, mediante delegação, torna-se o prestador: o avanço de corporações privadas na prestação de serviços de saneamento básico deve ser avaliada não somente no sentido de possibilidade de investimentos em manutenção e ampliação dos sistemas já existentes, mas também no efetivo ritmo de aplicação destes investimentos e sua conformidade com as metas contratuais assumidas”.

licitados⁶, que, em razão de exigências legais, devem possuir regramento específico quanto ao planejamento dos investimentos para assegurar a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços, à alocação de riscos e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro⁷.

Esse cenário decorre do histórico peculiar do setor e das seguidas alterações legislativas no regime jurídico dos serviços públicos de saneamento básico, nos últimos 16 anos, tendo em vista a publicação da Lei Federal n. 11.445/2007, da Lei federal n. 14.026/2020 (Novo Marco Legal do Saneamento Básico ou NMLSB) e dos Decretos Federais que as regulamentam⁸.

A edição do NMLSB objetivou estabelecer a delegação dos serviços de água e esgoto, para qualquer entidade não integrante da Administração Pública do seu titular, por meio de contrato de concessão antecedido de licitação⁹, o que foi encarado como uma mudança de paradigma¹⁰, inclusive por sujeitar as empresas estatais à competição com a iniciativa privada. Contudo, os novos Decretos reforçam interpretações do próprio NMLSB no sentido de que, em hipóteses de regionalização dos serviços, ainda seria possível a delegação sem licitação para

-
- 6 Para os fins deste estudo, utiliza-se a expressão “contratos de concessão” para se referir aos contratos de concessão comum regidos pela Lei Federal n. 8.987/1995 e aos contratos de concessão patrocinada e concessão administrativa (PPPs) regidos pela Lei Federal n. 11.079/2004.
- 7 Não se ignoram os casos em que os serviços são prestados diretamente pelos seus titulares ou por meio de autarquias pertencentes à Administração Pública dos titulares. Metodologicamente, porém, este estudo dedica-se exclusivamente à análise dos serviços delegados, considerando as peculiaridades que decorrem dos arranjos contratuais de delegação.
- 8 Além das Medidas Provisórias n. 844/2018 e 868/2018, que anteciparam alterações no NMLSB, mas não foram convertidas em Lei.
- 9 É como dispõe a atual redação do art. 9º, I, e, principalmente, do art. 10 da Lei n. 11.445/2007.
- 10 “É uma mudança de paradigma: a lei prevê agora a obrigatoriedade de concorrência, por meio de licitação, para a seleção da proposta mais vantajosa para a prestação dos serviços de saneamento básico, obrigando as empresas estatais do setor a competir em igualdade de condições com as empresas privadas por esses contratos.” (ARAGÃO; D’OLIVEIRA, 2022, p. 29)

as companhias estatais integrantes da Administração Pública do titular dos serviços regionalizados.

Para além do debate reacendido pelos referidos Decretos, fato é que, hoje, o setor convive com dois modelos bastante distintos na hipótese de delegação: os contratos de programa não licitados e os contratos de concessão licitados.

Neste particular, a regulação deve levar em consideração as inovações legislativas do setor e os efeitos da coexistência desses dois modelos de delegação. Trata-se de enorme desafio, o qual merece atenção para que a efetividade do interesse público e os direitos dos prestadores públicos e privados, e dos próprios usuários, sejam assegurados.

Assim, este estudo busca explicar as causas e identificar os principais desafios enfrentados para a regulação eficiente dos serviços públicos delegados de abastecimento de água e esgotamento sanitário, com o objetivo de propor medidas que possam contribuir com a prestação adequada dos serviços.

II. DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO POR MEIO DE CONTRATOS DE PROGRAMA NÃO LICITADOS E A RACIONALIDADE ECONÔMICA HERDADA DAS “CONCESSÕES-CONVÊNIOS”

A delegação de serviços de saneamento básico por meio de contratos de programa tem origem na política pública instituída em 1971 pelo Governo Federal¹¹ no âmbito do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA)¹². Em razão da dificuldade de acesso pelos Municípios aos

11 Antos do PLANASA, os serviços de saneamento básico no Brasil eram prestados de forma descentralizada, mediante arranjos locais ou regionais, com alto grau de informalidade e fragmentação institucional, sem que houvesse uma política pública formalmente estruturado para o setor (COSTA; SOUZA, 2016, p. 623).

12 Marcado pela centralização política e econômica, o PLANASA assentava-se sobre um modelo de financiamento público federal, por meio de recursos do Banco Nacional de Habitação (BNH) e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). O caráter centralizador decorria especialmente do art. 2º, parágrafo primeiro, do

recursos federais que financiavam o PLANASA, as empresas estatais estaduais foram instituídas como veículos de captação e realização de investimentos nos sistemas públicos de água e esgoto¹³.

O instrumento jurídico então utilizado para formalizar a delegação dos serviços às companhias estaduais foi o convênio, que, todavia, não contava com regramento jurídico claro à época¹⁴.

Mais do que isso, os convênios não previam poder de ingerência dos Municípios no planejamento e na fiscalização dos serviços, além de não serem antecedidos de licitação, de modo que as empresas estatais assumiram os serviços sem qualquer tipo de competição prévia. Quanto aos aspectos econômicos, as próprias companhias estaduais eram responsáveis por promover estudos para a fixação das tarifas, a partir de critérios por elas estabelecidos¹⁵⁻¹⁶.

Decreto-Lei n. 949/1969, que assegurava preferência às operações realizadas com base em convênios sujeitas às diretrizes do BNH. Além disso, a União era o ente responsável por estabelecer as condições de prestação dos serviços e definir as políticas tarifárias, nos termos da Lei Federal n. 6.258/1978 (ISSA; TRINDADE; 2021, p. 26).

13 “O funcionamento desse modelo de financiamento estaria atrelado, portanto, à concessão dos serviços municipais de saneamento aos respectivos estados. Para promover essa condição, a União vinculou o acesso aos recursos federais do setor à concessão dos direitos municipais de exploração para as companhias estaduais de saneamento. Somente os municípios com independência fiscal resistiram à pressão do governo central” (COSTA; SOUZA, 2016, p. 625).

14 O convênio só veio a ser objeto de legislação específica, mas ainda assim, com alto grau de abstração e generalidade, a partir da década de 1990, com a edição das Leis Federais n. 8.666/1993 e 11.107/2005. Conforme análise de Gustavo Magalhães (2012, p. 333), antecipando a publicação da Lei Federal 13.019/2014: “o direito positivo nacional não estabelece distinções relevantes entre o regime jurídico dos convênios celebrados entre entes públicos (convênios públicos) e o dos convênios celebrados entre a Administração e entidades privadas (convênios público-privados)”.

15 GUIMARÃES, 2022, p. 148.

16 A título exemplificativo, destacam-se as cláusulas sexta e sétima do convênio celebrado entre o Município de Belo Horizonte e a Companhia Mineira de águas e Esgotos (COMAG), atual COPASA, de 1979: “Cláusula sexta. O Município de Belo Horizonte autoriza, de forma irrevogável, a COMAG a promover os estudos para a fixação de tarifas, taxas e emolumentos a serem cobrados dos usuários dos serviços de água e esgotos sanitários, os quais entrarão em vigor depois de aprovados pelo

Assim como as diretrizes do próprio PLANASA, as regras dos convênios sobre os aspectos econômicos revestiam-se de alto grau de abstração e generalidade, não havendo parâmetros objetivos que assegurassem: (i) a capacidade econômico-financeira das empresas estatais para realizar investimentos; (ii) previsibilidade e transparência na composição de tarifas suficientes para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços; e (iii) a própria garantia de equilíbrio econômico-financeiro.

Por tais razões, o modelo é hoje descrito na literatura jurídica como “concessão-convênio”, isto é, “uma espécie de transferência em branco da prestação, sem fixação tarifária ou metas de cobertura pelo Município”¹⁷⁻¹⁸.

Assim, apesar dos avanços do PLANASA, a ausência de mecanismos contratuais eficazes, agravada pela inexistência de entidades de regulação independentes, contribuiu para o desgaste do modelo ao final da década de 1980¹⁹. Esse panorama deu margem para as discussões que resultaram na Lei n. 11.445/2007.

Agente Promotor do PLANASA em Minas Gerais, ficando a cargo da COMAG a arrecadação das receitas e a obrigação de responder pelos encargos dos serviços. Cláusula Sétima. Para fins de cálculo das tarifas, prevalecerá critério que permita a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegure o equilíbrio econômico e financeiro da concessão, podendo ainda, a COMAG proceder à revisão periódica das tarifas, durante a vigência da concessão ou de sua eventual prorrogação”.

17 MONTEIRO, 2022, p. 65.

18 “Por meio deste instrumento, o município outorgava o serviço de água e esgoto à empresa estatal estadual, estimulado pelas linhas de financiamento, concedidas pela União, via BNH. Como tais linhas só eram fornecidas na hipótese de o município ‘conceder’ o serviço à companhia estadual de saneamento, ocorreu enorme prevalência destas empresas na prestação do saneamento” (MONTEIRO, 2022, p. 65).

19 A rigor, o PLANASA previa a necessidade de as companhias estaduais serem autossustentáveis a fim de “amortizar os empréstimos junto ao ‘Agente Financeiro’” (ALMEIDA, 1977, p. 80). Mas o próprio autor ora citado admite que as condições concretas de prestação prejudicaram a autossuficiência dos serviços (ALMEIDA, 1977, pp. 80-81). Nessa linha, Costa e Souza (2016, p. 623) complementam: “apesar do estímulo do Planasa à autossustentabilidade econômica e à racionalidade administrativa, a análise da política tarifária do período indica que as empresas estaduais nunca foram viáveis do ponto de vista financeiro”.

Uma das principais inovações da referida Lei, nesse sentido, foi a vedação à delegação dos serviços mediante convênio (art. 10, em sua redação original). Para atender ao respectivo comando legal, as empresas estatais celebraram contratos de programa em substituição aos convênios então existentes²⁰, tendo em vista a introdução do instituto do contrato de programa no ordenamento jurídico pela Lei Federal n. 11.107/2005.

Formalmente, o contrato de programa é instrumento de gestão associada, destinado a regular obrigações entre entes da federação (ou consórcios públicos), relativas à prestação de serviços públicos. Por isso, a própria Lei n. 11.107/2005 prevê a necessidade de os contratos de programa observarem a legislação de concessões de serviço público (art. 13, §1º, I), o que deveria aproximar o seu regime jurídico ao dos contratos de concessão²¹.

Porém, “o grau dessa aproximação vai depender da conformação concreta que os negócios tomarem”²². De fato, no setor de saneamento básico, dois fatores principais justificam a grande disparidade dos contratos de concessão e dos contratos de programa.

O primeiro desses fatores é o caráter inovador das alterações legais citadas e da pressão política à época para a regularização dos convênios considerados precários²³. Esse cenário contribuiu para que muitos

20 Nesse sentido, é ilustrativo o diagnóstico feito por Fonseca Dias (2021, p. 455) quanto à situação de Minas Gerais: “para a prestação dos serviços de abastecimento de água e coleta de esgoto, foram firmados vários arranjos jurídicos entre a COPASA e os municípios mineiros. Os primeiros, a partir dos anos 70 foram os convênios; depois vieram os contratos de concessão, firmados por contratação direta, com dispensa de licitação, com base no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/1993 e, em meados dos anos 2000, os convênios de cooperação e contratos de programa, com dispensa de licitação [...]”.

21 ARAGÃO, 2022, pp. 83-84.

22 LOUREIRO; MOREIRA; 2022, p. 243.

23 “Quando a referia Lei [11.445/2007] entrou em vigor, a expectativa era a de regularizar uma relação já existente de fato, mas sem reflexos tipificados no direito. O contrato de programa, então, teve um valor contextual e serviu para equacionar uma questão política necessária para acomodar e respaldar juridicamente os serviços que vinham sendo precariamente prestados pelas estatais” (COHEN; MARCATO, 2020, p. 195).

dos novos instrumentos celebrados pelas companhias estaduais, como forma de se adequarem à Lei n. 11.445/2007, fossem formalmente alterados, mas ainda mantivessem traços materiais característicos dos convênios, em especial quanto aos aspectos econômico-financeiros²⁴.

Com efeito, muitos instrumentos mantiveram a ausência de: (i) regramento objetivo acerca da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços; (ii) mecanismos para verificação da capacidade econômico-financeira dos prestadores para realização dos investimentos; (iii) metas claras e parâmetros de qualidade objetivos a serem atendidos na prestação dos serviços; (iv) alocação de riscos entre as partes e condições sobre a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro²⁵⁻²⁶.

O segundo fator é que os contratos de programa podem ser celebrados sem prévia licitação²⁷. As consequências desse aspecto recaem especialmente sobre aspectos econômicos da delegação, que impactam significativamente na regulação dos serviços.

Como se sabe, os serviços de saneamento são prestados em regime de monopólio natural²⁸, seja no caso de contratos de programa, seja

24 “Tem-se, assim, que, mesmo diante das sucessivas mudanças de regime jurídico, os ajustes das CESBs [Companhias Estaduais de Saneamento Básico] com os Municípios mantiveram-se inalterados quanto a seus conteúdos e estrutura” (DIAS, p. 457).

25 Como esclarece Vernalha Guimarães (2022, p. 169): “não é incomum também a existência de vínculos contratuais entre prestadores e municípios, formalizados à luz de legislações passadas (eventualmente, antes mesmo da Constituição de 1988), que não se enquadrem nas categorias de contratos de programa ou de contratos de concessão precedidos de licitação”.

26 Assim esclarece Kaercher Loureiro (2021, p. 3): “sopesando semelhanças e diferenças entre os dois negócios jurídicos, não é desarrazoado entender que, nada obstante a semelhança de estrutura e de objeto, o contrato de programa vincula dois poderes públicos que atuam na busca de interesses públicos primários, em condições que não reproduzem *pari passu* aquelas existentes na concessão, em que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é o mais importante, senão único e intocável, direito do concessionário (a causa do negócio, para o prestador do serviço)”.

27 Conforme hipótese de dispensa introduzida na Lei Federal n. 8.666/1993 (art. 24, XXVI) pela Lei Federal n. 11.107/2005, e mantida no art. 75, XI, da Lei Federal n. 14.133/2021.

28 FREITAS; TUROLLA, 2022, p. 266.

no caso de contratos de concessão. Isso significa que a sua prestação se dá em ambiente em que não há “competição no mercado”²⁹.

Contudo, no caso de contratos de programa não licitados, essa ausência de competição ocorre não apenas durante a prestação dos serviços, como antes da prestação, isto é, também não há “competição pelo mercado”³⁰. Em outras palavras, os contratos de programa são celebrados sem que haja, na partida, a oferta de um desconto sobre o valor tarifário de referência (ou ágio sobre o valor de referência pela outorga), inexistindo ganhos de eficiência que poderiam surgir da disputa pela assunção dos serviços.

Além disso, os contratos de programa não se baseiam em propostas econômicas previamente ofertadas pelos prestadores (que são obrigatórias no caso de contratos licitados). Assim, não existem propostas cujos parâmetros balizam a análise da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços e cujas condições devam ser mantidas para garantia do equilíbrio econômico-financeiro, conforme art. 37, XXI, da Constituição da República.

Diante desse cenário, no caso dos contratos de programa, é indispensável que a regulação se ocupe de forma mais intensa em induzir ganhos de eficiência e estabelecer parâmetros para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços. Por isso, a entidade reguladora deve: (i) acompanhar os custos para operação dos sistemas e a capacidade econômica do prestador para realização dos investimentos, a fim de considerá-los na composição tarifária, preservando a autossuficiência dos serviços; e (ii) estabelecer extracontratualmente, mecanismos e procedimentos indutores de eficiência e que simulem um ambiente competitivo que não existe nem na assunção dos serviços e nem durante a sua prestação³¹.

29 CAMACHO; RODRIGUES, 2014, p. 271.

30 CAMACHO; RODRIGUES, 2014, p. 271.

31 Inúmeros modelos tarifários podem ser utilizados pelos entes reguladores para a definição de valores de tarifas na prestação de serviços públicos em contexto de monopólio, que induzem a prestação eficiente. Tradicionalmente, é comum que esses modelos sejam classificados em dois grupos: (i) os modelos que levam em consideração o custo do serviço para a determinação do valor da tarifa; e (ii) os modelos que são baseados na definição de um preço para a fixação desse valor. Sis-

III. DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO POR MEIO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP: RACIONALIDADE ECONÔMICA VINCULADA ÀS EXIGÊNCIAS DE PRÉVIA COMPETIÇÃO E MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO CONTRATUAL

A delegação de serviços públicos realizada por meio de contratos de concessão deve ser antecedida por procedimento licitatório³². Tal exigência implica diferenças significativas quanto aos aspectos econômicos dos contratos de concessão quando comparados aos contratos de programa.

Essas diferenças estão relacionadas, mais precisamente: (i) à existência de um ambiente competitivo previamente à assunção dos serviços; (ii) à necessidade de prévio planejamento econômico-financeiro e prévia definição de parâmetros técnicos e de qualidade dos serviços e investimentos a serem realizados, além da alocação de riscos contratual; e (iii) à formulação de proposta econômica que define os parâmetros a serem levados em consideração durante a execução contratual, inclusive como baliza para o equilíbrio econômico-financeiro-financeiro do contrato.

Sob o ponto de vista jurídico, a existência de competição induzida pelo processo licitatório objetiva assegurar a seleção da proposta mais vantajosa³³. A possibilidade de se atingir esse objetivo decorre justamente da existência de um ambiente de efetiva competição, em que os agentes disputam entre si, por exemplo, a oferta da tarifa mais baixa, da contraprestação

tematizações baseadas nesse tipo de classificação são empregadas, ilustrativamente, por Justen Filho (2003, pp. 352-366), Bockmann Moreira (2010, p. 362) e Wallbach Schwind (2010, p. 72). Para uma exposição detalhada dos mecanismos de compartilhamento de eficiência em modelos tarifários, indica-se a leitura do Capítulo 5 de estudo realizado por André Villani (2021).

32 Trata-se de norma constitucional (art. 175 da Constituição de 1988) replicada expressamente na própria legislação (conforme art. 2º, I e III, da Lei n. 8.987/1995, art. 10 da Lei n. 11.079/2004 e art. 10 da Lei 11.445/2007 com redação dada pela Lei 14.026).

33 A seleção da proposta mais vantajosa é o primeiro objetivo do processo licitatório, conforme art. 11, I, da Lei Federal n. 14.133/2021. Nesse sentido, trata-se de decorrência direta do princípio da competitividade, previsto no art. 5º da referida Lei (PEDRA, 2022, p. 105).

menos onerosa ao poder concedente ou o pagamento de maior valor pela outorga, a depender do critério de julgamento adotado no certame.

Dessa forma, a licitação cria condições de competição no momento de assunção dos serviços. Essa competição configura mecanismo indutor de eficiência, na medida em que incentiva a redução de custos como estratégia para que o licitante tenha potencial de vencer a disputa. Mais concretamente: a competição no processo licitatório possibilita a incorporação de ganhos de eficiência já na celebração do contrato de concessão, e que serão incorporados na prestação dos serviços, refletindo menores valores tarifários e/ou valores de outorga mais vantajosos.

Além disso, essa disputa ocorre em um ambiente previamente regulado. Com isso quer-se dizer que, para além das disposições legais, o concedente deve publicar o edital e a própria minuta do contrato de concessão, a partir dos estudos econômico-financeiros e parâmetros técnicos de qualidade e eficiência dos serviços e investimentos a serem realizados³⁴.

Isto é, o edital deve estabelecer elementos que permitam a formulação de propostas adequadas e em condições isonômicas³⁵ para que os particulares possam: estimar os investimentos a serem realizados; consi-

34 “Na fase interna da licitação, o poder concedente deve elaborar os estudos necessários à realização do certame, incluindo a demonstração de *value for money*. Nessa fase, portanto, o poder concedente deve formalizar uma projeção do que é minimamente esperado em termos de economicidade, eficiência e eficácia para a execução do objeto da contratação. Essa projeção, por sua vez, faz parte do conjunto de informações que serão utilizadas pelos licitantes na elaboração de suas propostas. Em um ambiente competitivo, presume-se que os licitantes deverão partir dessas informações e considerar suas próprias capacidades para obter ganhos de eficiência em relação às projeções inicialmente realizadas pelo poder concedente na fase interna do certame. Assim, para incrementar suas chances de vencer a licitação, os licitantes podem contar com os ganhos de eficiência por eles projetados para reduzir os valores de suas propostas, de modo que esses ganhos sejam incorporados desde o início na equação econômico-financeira contratual, reduzindo os custos econômicos que seriam transferidos à Administração Pública ou aos usuários para a amortização dos investimentos e custos projetados pela concessionária, bem como para viabilizar a sua remuneração.” (VILLANI, 2021, p. 123)

35 Conforme art. 18, II, e IV, da Lei n. 8.987/1995 e art. 10, §4º, da Lei n. 11.079/2004.

derar os riscos a serem assumidos ou compartilhados com o concedente; e verificar as condições de remuneração e amortização dos investimentos³⁶.

Para além de viabilizar a incorporação de ganhos de eficiência, a oferta de proposta econômica na licitação tem ainda a função de integrar e consolidar as bases objetivas do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e que deverão ser asseguradas ao longo de toda a vigência da concessão, em observância ao art. 37, XXI, da Constituição de 1988.

Ao elaborar a proposta, presume-se que o licitante analisará o objeto do contrato, as condições para sua execução e as respectivas condições de remuneração. Essa análise objetiva organizar informações para que possam ser projetadas no futuro, com certo grau de racionalidade e previsibilidade, viabilizando a precificação do serviço a ser executado. Dito de outra forma, as condições observadas pelo particular na elaboração da proposta são equivalentes não apenas aos fatos, mas à alocação de riscos para a execução do contrato e, consequentemente ao regramento definido no contrato para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro³⁷.

36 Sobre o tema, confira-se o entendimento de Vernalha Guimarães sobre o art. 10, §4º, da Lei n. 11.079/2004: “É certo, por outro lado, que a ausência de definições mais detalhadas acerca do projeto pode propiciar enormes dificuldades em relação tanto ao dimensionamento pela Administração dos custos envolvidos na contratação (impedindo-se a confecção de orçamentos confiáveis), como ao estabelecimento de condições objetivas de disputa, que propiciem a plena comparabilidade entre propostas. [...] ‘É fundamental que a Administração se utilize de técnicas eficientes quanto ao dimensionamento dos valores atinentes ao objeto do contrato, mesmo sem dispor de projeto final e acabado. É preciso minimizar o risco de sobrepreços (ou mesmo de preços insuficientes) na composição do preço contratado. Para isso, será necessário avançar na confecção dos anteprojetos de molde a reunir todas as informações fundamentais para a adequada caracterização e dimensionamento das soluções buscadas pela Administração.’”

37 “[...] no momento da proposta, o parceiro privado assume tanto a prestação do objeto do contrato quanto os riscos a ele alocados, e que para o somatório destes receberá uma remuneração específica. Assim, não há relação necessária de igualdade no tempo, pois a materialização de um risco previamente alocado ao particular, anteriormente previsto e precificado, não ensejará recomposição da equação econômico-financeira, ainda que não necessariamente o ônus, decorrente do fato extraordinário, corresponda exatamente à contraprestação que foi precificada. O que importa é o permanente cumprimento da matriz de riscos (FORTINI; PIRES, 2015, p. 294).

Não por acaso a legislação aplicável às concessões exige que os contratos contenham alocação de riscos entre as partes, a fim de conferir maior racionalidade à precificação dos serviços e à previsibilidade em relação a impactos econômicos que possam vir a ser suportados na concessão, conforme art. 2º II, da Lei 8.987/1995 e artigos 4º e 5º, III, da Lei 11.079/2004³⁸.

Dessa forma, a regulação dos serviços prestados mediante contratos de concessão licitados difere significativamente da regulação no caso dos contratos de programa. Tais diferenças recaem especialmente sobre: (i) a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em estrita observância às normas contratuais, considerando a proposta apresentada, a alocação de riscos e procedimentos contratuais de reajuste e revisão; e (ii) a consideração da eficiência incorporada aos contratos, em decorrência das condições de competitividade verificadas na licitação.

IV. OS DESAFIOS DECORRENTES DA REGULAÇÃO SIMULTÂNEA DE CONTRATOS LICITADOS E CONTRATOS NÃO LICITADOS E MEDIDAS PARA O SEU ENFRENTAMENTO

A compreensão dos diferentes modelos de delegação concretos hoje vigentes (contratos de programa não licitados e contratos de concessão licitados) escancara os desafios de se estabelecer uma regulação eficiente dos serviços públicos de saneamento básico.

É certo que a regulação deve sempre assegurar os objetivos previstos no art. 22 da Lei 11.445/2007, independentemente do modelo de delegação empregado. Ou seja, a finalidade da regulação dos serviços, em qualquer caso, é uniforme e visa garantir a prestação adequada dos serviços. Contudo, essa finalidade somente poderá ser alcançada caso as entidades reguladoras se atentem para os regimes jurídicos concretos de cada modelos de delegação vigente.

38 Tais exigências constam de forma ainda mais objetiva para o setor de saneamento básico do art. 10-A da Lei 11.445/2007, inserido pelo Novo Marco do Saneamento Básico.

Esse entendimento evidencia o principal aspecto a ser considerado na regulação dos serviços delegados: o exercício da regulação está vinculado e condicionado às normas concretas de cada contrato, previamente definidas pelo concedente. Em outras palavras, o contrato, seja ele de programa ou de concessão, necessariamente vincula a entidade reguladora.

Não se trata de vinculação precária ou meramente infralegal, sujeita a avaliações discricionárias quanto à sua oportunidade e/ou conveniência. Tampouco se trata de vinculação condicionada à formalização da anuência da entidade reguladora quanto às disposições contratuais. Trata-se de disposição legal expressa: o artigo 22, II, da Lei 11.445/2007 prevê objetivamente que a regulação deve “garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas nos contratos de prestação de serviços”.

Além disso, de forma alguma a vinculação das entidades reguladoras aos contratos impede ou prejudica o exercício da regulação. Pelo contrário, ela assegura a eficácia e a institucionalidade do modelo de delegação definido pelo titular para a prestação dos serviços. Nesse sentido, não há qualquer tipo de sobreposição ou limitação ilegal das competências atribuídas às agências reguladoras³⁹. Trata-se tão somente de condicionar o exercício dessas competências ao modelo de delegação concretamente definido pelo titular como o modelo adequado à prestação dos serviços em cada caso concreto.

Ilustrativamente, o exercício da regulação deve levar em consideração, no caso específico dos contratos de concessão, o traço da “competição pelo mercado”, somado à oferta de uma proposta que baliza os aspectos econômico-financeiros da prestação dos serviços e às normas contratuais de alocação de riscos e manutenção do equilíbrio contratual.

Assim, o objetivo da regulação de “definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade

39 Por “competências” das entidades reguladoras, faz-se referência às formas de exercício da função regulatória definidas em lei. Ilustrativamente, Marques Neto (2005, pp. 166-167) classifica as competências regulatórias nas seguintes categorias: (i) normativa; (ii) adjudicativa; (iii) fiscalizatória; (iv) sancionatória; (v) arbitral; e (vi) orientativa.

com os usuários” (art. 22, IV, da Lei n. 11.445/2007) somente será concretizado se forem observados os aspectos econômicos de cada contratação respeitadas as normas contratuais.

Um exemplo concreto ajuda a compreender esse aspecto.

A licitação dos serviços públicos de saneamento básico Municípios do Estado do Rio de Janeiro foi realizada em 2021, dividida em quatro blocos, pelo critério de julgamento pelo maior valor de pagamento pela outorga. A concorrência contou com ambiente competitivo, em que quatro licitantes disputaram a assunção dos serviços nos blocos 1, 2 e 4 (não foram apresentadas propostas para o bloco 3). Realizado o julgamento, o resultado da licitação correspondeu a um ágio de 133,61% sobre o valor de referência da outorga. Isto é, o concedente estabeleceu que a outorga mínima necessária para a prestação adequada dos serviços seria de R\$ 9,7 bilhões, sendo que as licitantes ofertaram R\$ 22,69 bilhões⁴⁰, gerando, assim, um ganho de eficiência muito significativo, já na partida, para a prestação dos serviços.

Caso a prestação dos referidos serviços fosse delegada sem licitação, a tendência é que não houvesse a geração desses ganhos de eficiência na partida, o que implicaria demanda específica para a criação de mecanismos regulatórios extracontratuais de indução à eficiência para que o mesmo resultado fosse alcançado.

Isso não quer dizer que os entes reguladores não possam induzir a prestação eficiente dos serviços delegados mediante contratos de concessão licitados. Na realidade, os mecanismos de indução de eficiência nesses casos são aqueles já estipulados nos próprios contratos (como indicadores de desempenho e mecanismos de remuneração variável, além da própria alocação de riscos contratual) ou outros mecanismos que possam ser regulamentados pelas agências sempre em atenção e de forma coerente com as próprias normas contratuais⁴¹.

40 Conforme informações extraídas do portal do BNDES, disponível em: <<https://hubdeprojetos.bnDES.gov.br/pt/projetos/Rio-de-Janeiro-Saneamento/95ee1cd5-7e-8d-11ea-8ee4-0242ac11002b>>.

41 “Partindo da premissa previamente estabelecida de que a alocação de riscos contratual é a base para a análise dos ganhos de eficiência verificados ao longo da exe-

Com efeito, a legislação não estabelece a obrigatoriedade de ser utilizado um ou outro mecanismo regulatório de indução e compartilhamento de ganhos de eficiência. Pelo contrário, ela prevê, por exemplo, que as revisões periódicas, normalmente utilizadas para esse fim, “poderão ser” estabelecidas para atingir esse objetivo, mas sem especificar os termos em que devem ser realizadas (art. 38, I, da Lei n. 11.445/2007). Assim, o próprio contrato pode estabelecer esses termos ou pode prever que a entidade reguladora os estabelecerá. Em qualquer caso, a regulação deverá observar o disposto no contrato, inclusive as condições contratuais de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Em paralelo, não se pode ignorar que todo esse panorama gera enorme demanda pela capacitação técnica dos entes reguladores, inclusive pelo fato de que muitas das agências reguladoras hoje se ocupam de regular, simultaneamente, ambos os modelos contratuais existentes.

Diante desse cenário, podem ser apontadas como medidas aptas a contribuir para uma regulação eficiente dos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico hoje vigentes:

- a) o cumprimento efetivo do dever legal dos entes reguladores de condicionar o exercício da regulação às normas contratuais em cada caso concreto, de modo que a regulação observe as normas e padrões contratuais já estabelecidos para

cução do contrato, a regra é que, uma vez alocados os riscos, a parte responsável arcará integralmente com as consequências financeiras da concretização do evento relacionado ao risco, inclusive na ocorrência de ganhos de eficiência. Em outras palavras, caso o ganho de eficiência decorra de evento alocado como risco a uma determinada parte, ela não terá obrigação de compartilhar esse ganho com a parte contrária ou com terceiros como forma de reequilibrar o contrato, uma vez que não haverá desequilíbrio. De outro lado, não há qualquer impedimento jurídico expresso para que o contrato discipline o compartilhamento de ganhos de eficiência em hipóteses específicas. Sob o ponto de vista da alocação dos riscos, considerando o equilíbrio econômico-financeiro contratual, a disciplina do compartilhamento de ganhos de eficiência pode ser considerada como uma exceção à alocação dos riscos. Tal exceção incide sobre a consequência do evento: a depender do caso, o contrato pode prever que a parte responsável pelo risco não deva arcar integralmente com suas consequências” (VILLANI, 2021, p. 129).

a prestação dos serviços, em especial a alocação de riscos e as condições para sustentabilidade dos serviços e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro;

- b) a elaboração de contratos com normas claras e bem definidas sobre a relação entre as partes e a entidade reguladora, além de normas procedimentais adequadas para a realização de revisões tarifárias que sejam coerentes com a alocação de riscos contratual e com as condições de sustentabilidade dos serviços e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro;
- c) o exercício efetivo da competência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA para edição de normas de referência, visando subsidiar o exercício da competência normativa das entidades de regulação do setor de saneamento básico;
- d) a designação prévia do ente regulador, pelo titular, para regulação dos contratos de concessão, acompanhada de diálogo institucional prévio e efetivo, de modo que o regulador participe, nos limites da legislação, e tenha ciência do planejamento realizado previamente à efetiva delegação dos serviços;
- e) a regionalização da regulação como mecanismo de cooperação interfederativa e de conjunção de esforços para redução de custos e concentração de recursos que possam viabilizar a criação e/ou manutenção de entidades reguladoras independentes bem capacitadas tecnicamente;
- f) a garantia da transparência e publicidade no exercício da atividade de regulação, especialmente no exercício da competência normativa e sancionatória das agências reguladoras, com análise prévia dos seus impactos na prestação dos serviços; e
- g) a proceduralização e viabilização de efetiva participação do titular e dos prestadores dos serviços no exercício da atividade de regulação, inclusive com a possibilidade de apresentação de

subsídios a serem levados em consideração nos procedimentos decisórios e normativos das agências reguladoras.

V. CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a regulação dos serviços delegados de abastecimento de água e esgotamento sanitário, no atual contexto, enfrenta desafios complexos, decorrentes das frequentes alterações legislativas no setor e da coexistência de contratos de concessão licitados e contratos de programa não licitados. Como demonstrado, cada um desses modelos possui regime jurídico e racionalidade econômico-financeira diversos, o que demanda o exercício da regulação de forma adequada, atenta às peculiaridades de cada modelo.

Embora esse cenário possa gerar instabilidades, o ordenamento jurídico já prevê medidas e mecanismos que podem ser adotados para o enfrentamento desses desafios, a começar pela vinculação do exercício da regulação às normas dos contratos efetivamente celebrados em cada caso concreto, independentemente de se tratarem de contratos de programa ou de contratos de concessão.

REFERÊNCIAS

ABCON SINDCON, Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. *Panorama da participação privada no saneamento 2022*. Publicado em jul. 2022. p. 32. Disponível em: <<https://abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2022/07/Panorama2022-baixa.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2023.

ALMEIDA, W. J. M. *Abastecimento de água à população urbana: uma avaliação do PLANASA*. IPEA/INPES. Relatório de pesquisa, 37. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1977.

ARAGÃO, A. S. A extensão dos contratos de programa de saneamento para reequilíbrio à luz da Lei nº. 14.026/2020 e do Decreto nº. 10.710/2021. In: *Revista De Direito Administrativo - RDA* [S. l.], v. 281, n. 3, 2022, p. 79–115.

ARAGÃO, A. S.; D'OLIVEIRA, R. D. Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – Novo marco regulatório do saneamento básico. In: GUIMARÃES, F. V. (Coord.) *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte : Fórum, 2022.

BRASIL, SNIS. Série Histórica. Disponível em: <<http://app4.mdr.gov.br/se-rieHistorica/>>. Acesso em 29 mar. 2023.

BRASIL, BNDES. *Hub de Projetos*. Disponível em <<https://hubdeprojetos.bn-des.gov.br/pt/projetos/Rio-de-Janeiro-Saneamento/95ee1cd5-7e8d-11ea-8ee-4-0242ac11002b>>. Acesso em 30 mar. 2023.

CAMACHO, F.T; RODRIGUES, B. C. L. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado. In.: BNDES, *Revista do BNDES*, v. 41, jun. 2014. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2014.

COHEN, I.; MARCATO, E.; RESENDE, Natália. Gestão Associada da Prestação dos Serviços: o que muda com o Novo Marco Legal do Saneamento? In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Lei Federal nº 14.026/2020: o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

COSTA, N. R.; SOUZA, A. C. A. *Política de saneamento básico no Brasil: discussão de uma trajetória*. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.23, n.3, jul.-set. 2016.

DIAS, M. T. F. Contratação de companhia estadual (cesb) para prestação dos serviços de saneamento básico: análise da jurisprudência do tribunal de justiça do estado de Minas Gerais envolvendo a COPASA em Municípios Mineiros. In: *Marco regulatório do saneamento básico: estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Brasília: OAB Editora, 2021.

FORTINI, C.; MIRANDA, J. L. C. a aplicação de das sanções do Novo Marco Legal do Saneamento Básico aos contratos em curso. In.: *Revista de Administração Pública*. A. 5, v. 1, Dossiê Temático: Estado e políticas públicas, 2020.

FORTINI, C. PIRES, P. G. C. Equilíbrio econômico-financeiro nas parcerias público-privadas. In.: JUSTEN FILHO, M.; WALLBACH SCHWIND, R. *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FREITAS, F. V.; TUROLLA, F. Aspectos regulatórios do “Leilão da Cedae”. In: GUIMARÃES, F. V. (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GUIMARÃES, B. S. Nova regulação do saneamento básico: da regulação local às normas de referência. In: GUIMARÃES, F. V. (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GUIMARÃES, F. V. Apontamentos sobre o Decreto nº 10.710/2021 e a comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviço de saneamento básico para viabilizar a sua universalização. In: GUIMARÃES, F. V. (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GUIMARÃES, F. V. Aspectos jurídicos da licitação na parceria público-privada. In.: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, mar./ago. 2013.

ISSA, R. H.; TRINDADE, K. B.. Primeiras impressões a respeito dos impactos da Lei nº 14.026/20 nas atividades das empresas estaduais de saneamento: a questão da concorrência com as empresas privadas. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, A. C.; HOHMANN, A. C. (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JUSTEN FILHO, M. *Teoria geral das concessões*. São Paulo: Dialética, 2003.

LOUREIRO, G. K.; MOREIRA, E. B. A privatização de empresas estatais de saneamento: breve estudo do “caso Corsan”. In: GUIMARÃES, F. V. (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

LOUREIRO, G. K. *Observações sobre a prorrogação de contratos de programa sob o Marco do Saneamento*. São Paulo: FGV CERI, 2021. Disponível em: <<https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2021-04/observacoes-sobre-a-prorrogacao-de-contratos-de-programa-sob-o-marco-do-saneamento.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2023.

MAGALHÃES, G. A. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES NETO. F. A. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MONTEIRO, V. Nas regiões metropolitanas e afins a titularidade do serviço de saneamento básico é do estado. In: GUIMARÃES, F. V. (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MOREIRA, E. B. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

PEDRA, A. S. Artigo 5º. In: (FORTINI, C.; CAMARÃO, T.; OLIVEIRA, R. S. L.) *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2023*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SCHWIND, R. W. *Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-085755/publico/Dissertacao_Rafael_Wallbach_Schwind_Integral.pdf> Acesso em 29 mar. 2023.

VILLANI, A. A. *Compartilhamento de ganhos de eficiência e equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público e parcerias público-privadas*.

Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/43122>> . Acesso em 29 mar. 2023.

A INICIATIVA ECONÔMICA PÚBLICA E A VISÃO INSTRUMENTAL DO SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

Murilo Melo Vale¹

1. INTRODUÇÃO

O século XXI está sendo marcado pela busca de novas conformações para o resguardo, pelo Estado, da boa execução de serviços de relevante interesse coletivo. Conceitos jurídicos clássicos, como a noção jurídica do serviço público, foram colocados em confrontação frente a novas necessidades e formatos idealizados para dar efetividade aos interesses coletivos.

Inúmeros projetos e estudos vêm sendo realizados para melhor definir como e qual modelo determinado serviço público (ou privado) deverá ser prestado e/ou resguardado pelo Estado. O pano de fundo dessa preocupação é, sempre, a boa execução de

1 Murilo Melo Vale é Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi professor de Direito Administrativo e Gestão Pública na UFMG e Professor Visitante da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor de Direito Administrativo em diferentes instituições de ensino. Vice-presidente da Associação Mineira de Direito e Economia. Advogado.

atividades reputadas como relevantes para o interesse coletivo, tais como saneamento básico, telefonia, internet, transportes diversos e outros.

No contexto do dever estatal em resguardar o adequado provimento de um serviço reputado como “essencial” ou de relevante interesse coletivo, urge discutir como o acesso da livre iniciativa [regulada] possa ser uma opção de estratégia pública, ao lado dos modelos contratuais de execução indireta do serviço [público] pelo próprio Estado. O notável e acelerado incremento de tecnologias utilizadas na execução de alguns serviços públicos demonstrou a viabilidade da abertura ao mercado de atividade que, antes, necessitavam de um exclusivismo estatal para sobreviver sob as condições prestacionais exigidas.

Todavia, a concepção de novos modelos de “abertura ao mercado” de tradicionais serviços públicos vem encontrando “amarras” pautadas em ficções jurídicas inerentes a dogmas criadas pela noção clássica francesa do serviço público. Neste cenário, nota-se contradições jurídicas, tanto pelo legislador, como pelo aplicador do direito, que revelam um forte apego às tradições jurídicas que não resultam, necessariamente, de imperativos constitucionais. E isso ocorre, especialmente, em processos de abertura ao mercado para a exploração de serviços que antes eram caracterizados como um empreendimento exclusivamente público (serviço público).

Este artigo tem o intuito de elucidar, sinteticamente, um prisma diferente de como podemos enxergar o conceito de serviço público, de forma mais concatenada com as novas tendências internacionais, sem que se busque, com isso, negar o sentido jurídico de serviço público, incorporado no Direito pátrio. Para tanto, pretende-se demonstrar como o conceito do serviço público pode ser visto sob o prisma *instrumental*, como decorrente da prerrogativa da *Iniciativa Econômica Pública*, fazendo frente à visão formal-formalista, eminentemente “essencialista”, que foi artificialmente criada pela concepção clássica francesa para atender a determinados fins pragmáticos. Entende-se que o desprendimento do “essencialismo”, característico da visão clássica do serviço público, pode contribuir para o desenvolvimento de uma responsabilidade pública compartilhada, criando novos contornos e objetivos para a livre iniciativa regulada, e novos ins-

trumentos de ação para o Estado Social, especialmente em um contexto de redução da atuação direta do poder público na economia.

Este trabalho é uma síntese de pesquisas e construções jurídicas que foram desenvolvidas em parte do livro “Obrigações de Serviço Público no Setor Privado”², em que buscou-se elucidar, de forma mais profunda, essa visão instrumental do serviço público.

2. O PROBLEMA JURÍDICO: AS CONTRADIÇÕES DA VISÃO CLÁSSICA DO SERVIÇO PÚBLICO

O ideal de “serviço público” surgiu na França como um critério definidor da competência jurisdicional, verificando um esforço doutrinário para a definição do que seria Direito Público e Direito Privado. O esforço para buscar essa delimitação possuía uma razão: a fixação de critérios definidores de uma competência jurisdicional ou administrativa para julgar litígios que envolviam o interesse do Estado.

De início, cultivou-se o critério de potestade (*puissance publique*) como definidor do Direito Público, resultando na clássica divisão do ato de autoridade e ato de gestão (CHEVALIER, 2017, p. 29). Contudo, a prerrogativa de autoridade deixou de ser o critério eminentemente definidor do campo específico do Direito Público, passando a assumir uma concepção mais alargada de que o regime jurídico do Estado estaria atrelado aos *deveres* que lhe eram atribuídos. Segundo Gaston Jèze (1934, p. 284), quando existe um serviço público criado para dar satisfação a certa categoria de necessidades de interesse geral, haverá a incidência de um regime jurídico especial, que “tem por objetivo facilitar o funcionamento regular e contínuo, e de dar, de maneira mais rápida e completamente possível, a satisfação das necessidades de interesse geral” (tradução nossa). Nestes casos, quando identificava uma atividade como serviço público, estar-se-ia diante de critério de direito público a ensejar a competência da jurisdição administrativa. A par disso, teve importância

² VALE, Murilo Melo. *Obrigações de Serviço Público no Setor Privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022.

crucial para a superação da *puissance publique*, como critério do Direito Público, as contribuições de *Leon Duguit*, ao buscar suplantar a corrente subjetivista³, como característica do poder público, buscando defender que o fundamento do Estado não é o poder, mas sim o dever em prestar serviços públicos (em sentido lato). Neste caso, o serviço público é o que caracteriza o Estado e que legitima o uso do poder, este sendo apenas um instrumento para o fim de sua existência.

Nesse contexto, pode-se identificar *duas consequências* da prevalência da noção clássica do “serviço público”, na França, e em outros países que foram influenciados por este: (i) a *substantivação* de atividades estatais, e (ii) a *ideologização* do múnus estatal. (VALE, 2022, p. 147).

A *substantivação* representou um esforço doutrinário e jurisprudencial focado na individualização do conteúdo jurídico do múnus estatal, de modo a diferenciá-lo do regime jurídico aplicável a uma atividade privada. Essa individualização atingiu até mesmo atividades tipicamente privadas – tais como as atividades econômicas – enveredadas pelo Estado (serviços públicos industriais e comerciais), em que se identificaram elementos “próprios” do Direito Público, tal como as “cláusulas exorbitantes” e os “princípios fundamentais do serviço público”.

A *ideologização* do múnus estatal decorre do sentimento geral, pelas premissas do próprio fundamento do serviço público, de que o Estado teria uma vocação natural para assumir atividades que se inclinam a atender a um interesse coletivo. Essa dimensão do conceito afeta o serviço público como um *princípio axiológico* que rege e move o Estado: falar em “serviço público” implica dar espaço para um *simbolismo político* que contorna as funções estatais, segundo o qual as atividades de interesse coletivo seriam mais bem atendidas pelos usuários se forem prestadas diretamente pelo poder público. O Estado não é apenas um ente transcendente dotado de poder, mas um ente funcional que se move pela “benevolência, onisciência e infalibilidade” na execução de serviços de interesse coletivo (CHAVALIER, 2017, p. 50). Essa ideologização foi

3 A corrente subjetivista do poder era representada exponencialmente por Maurice Hauriou (1927), que se opunha doutrinariamente contra a corrente de pensamento da Escola do Serviço Público, representado pelo Duguit.

– e continua – sendo força motriz para a expansão da atuação direta do Estado na condução de serviços reputados como de interesse coletivo.

A combinação desses dois pilares (substantivização e ideologização) criam uma *simbiose conceitual* que faz sustentar uma premissa de que atividades de interesse coletivo que devem ser regidas por um regime especial são indissociáveis do domínio público da atividade. Isto, porque dá sustentação à ideia de indissociabilidade e dependências de seus elementos conceituais.⁴ ⁵

Assim, entendemos que a noção tradicional francesa do serviço público representa uma *visão formal-finalística*, pois: “(i) identifica-o com a natureza ou objeto de uma atividade e, por isso, com sua *essência*; e, (ii) correlaciona-o com o regime tipicamente estatal, diverso daquele aplicável ao setor privado, considerando que se trata de uma atividade essencialmente estatal” (VALE, 2022, p. 149). Ou seja, diante da grande relevância pública da atividade, o Estado assume a atividade como pertencente a si própria, a qual assumirá, a partir de então, um regime jurídico que regulará a adequação prestacional. É serviço público, portanto, a atividade de relevância coletiva, o que insurge o domínio estatal, para que seja viável a aplicação de um regime jurídico garantidor do interesse público. O regime jurídico seria, então, indissociável da conceituação do serviço público, sendo imprescindível o domínio público, para sua incidência.

A simbiose conceitual da visão formal-finalística da noção clássica do serviço público contribuiu para a sustentação de uma *ação jurídica* – sem a devida correspondência constitucional – de que serviços abertos à livre iniciativa –portanto, sob o domínio do mercado, mesmo

4 Como já expusemos: “(i) a atividade é de domínio público (elemento orgânico ou subjetivo) posto que cuida de atividade de interesse coletivo (elemento material ou finalístico), sendo necessária a aplicação de um regime jurídico que lhe é próprio (elemento formal); (ii) a atividade de interesse coletivo (elemento material ou finalístico) demanda a aplicação de um regime jurídico especial (elemento formal), somente exercível através da subjetivação da atividade (elemento orgânico ou subjetivo); e (iii) o regime jurídico especial é indissociável de uma função estatal, já que destinado a atender um interesse coletivo.” (VALE, 2022, p. 148).

5 Essa simbiose conceitual, inerente à noção francesa do serviço público, encontra sintonia com a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p. 44).

que relevante interesse coletivo – não poderiam ter uma sintonia jurídica de obrigações regulatórias com as condições de prestação de um serviço de domínio público.

A prevalência dessa forma de se enxergar o conceito de “serviço público” é, inegavelmente, responsável por algumas contradições e limitações jurídicas, que impactam estratégias normativas da busca por uma execução eficiente de serviços de interesse da coletividade. Isso ocorre, especialmente, no âmbito do *regime das autorizações* de serviços, que misturam conceitos da atuação de uma livre iniciativa regulada com aspectos da técnica concessória do serviço público. Por exemplo, vejam os seguintes casos emblemáticos:

- *Serviços de telecomunicações.* A liberalização dos serviços de telecomunicações, ocorrida na década de 90, foi fundamentada, dentre outros motivos, pela universalização de sua prestação. Através da Lei n. 9.472/1997, buscou-se abrir o mercado para um setor que antes era caracterizado pelo exclusivismo estatal. Em que pese a liberalização representar um direito de agentes econômicos explorarem a atividade, através de autorizações vinculativas – como ocorre em várias outras atividades privadas – paradoxalmente, é possível vislumbrar, na Lei n. 9.472/1997, resquícios de elementos jurídicos da técnica concessória do serviço público, que se mostram inócuos e revelam a perpetuação do dogma doutrinário da noção francesa do serviço público: a imposição de “outorga” para as autorizações; confusões no uso de mecanismos de extinção de atos unilaterais e de rescisão de contratos de concessão, ao se falar em “cassação” e “caducidade” da autorização.

Ainda, o “regime privado” de exploração de serviço nunca foi isento de condicionamentos regulatórios destinados a manter a qualidade na execução das atividades, em muito se assemelhando aos princípios fundamentais do serviço público. De fato, é possível vislumbrar obrigações de continuidade, metas de atendimento e de qualidade, dentre outras medidas que usualmente são vistas como “típicas” da exploração do serviço público.

- *Novo marco das ferrovias.* A Lei n. 14.273/2021 buscou trazer um novo modelo de exploração de ferrovias, evidenciando o intuito de liberalizar o setor para a exploração privada, através de autorizações vin-

culativas, condicionado a critérios de viabilidade técnico-operacional da exploração em regime de concorrência.

Todavia, a perpetuação da ideia de que o serviço liberalizado ainda consubstancia um serviço de “domínio público”, evidencia incongruências conceituais, por exemplo: (i) fala-se em “execução indireta” do Estado através da outorga das autorizações (art. 8º); (ii) fala-se em “contrato de autorização”, com prazo de até 99 anos, e passível de prorrogações infindáveis, como meio de não reconhecer a condição de atividade aberta à livre iniciativa (art. 19); há confusões entre o regime de concessão de serviço público e de exploração de atividade privada regulada, quando se fala em “bens reversíveis” (art. 21), “cassação” de autorização – típico de extinção de atos vinculados unilaterais – e também em “caducidade” – típico ato de extinção de vínculo contratual da exploração indireta de serviços públicos.

- *Transportes individuais de passageiros.* Ainda permanece uma longa discussão doutrinária e jurisprudencial sobre se os serviços de *taxis* são, ou não, atividades privadas autorizadas, ou verdadeiros serviços de propriedade do Estado prestados mediante execução indireta. Essa discussão é orientada, também quanto à possibilidade de imposição de condições prestacionais, que poderia ser incompatível com a execução sob “regime privado”.

Nesse contexto, caso emblemático pode ser visto em algumas decisões judiciais que desautorizaram atividades do Buser, por entenderem que a necessidade de previsão de alguns encargos prestacionais, como regularidade de linhas e especificações de qualidade, típicas de um regime de serviço público, tornaria incompatível sua prestação pela livre iniciativa privada⁶.

- *Transporte rodoviário interestadual e intermunicipal de passageiros.* A Lei Federal n. 10.223/2001, alterada pela Lei nº 12.996/2014,

6 Podemos exemplificar recentíssima decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no Agravo de Instrumento nº 0016889-29.2020.8.19.0000, que proibiu a operação do *Buser*, um inovador meio tecnológico de transporte coletivo, que intermedeia prestadores privados de transporte de fretamento colaborativo com usuários, em método semelhante ao utilizado para o transporte coletivo intermunicipal, porém com melhor qualidade e preços mais baratos.”

previu, em seu art. 13, V, alínea “e”, previu a possibilidade de “prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura”, através de outorga de autorização, sem licitação (art. 43, I). Neste caso, as alterações normativas partiram da premissa constitucional de que apenas “as outorgas de concessão ou permissão serão [...] precedidas de licitação, conforme prescreve o art. 175 da Constituição Federal” (art. 14, §1º).

Em face desse dispositivo, foram julgadas recentemente (23/03/2023), pelo Supremo Tribunal Federal, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.270 e nº 5.549, nas quais se decidiu, por maioria de seus membros, pela constitucionalidade da autorização para outorga de serviço de transporte rodoviário de passageiros, sem realização de licitação.

Em que pese as decisões não terem sido ainda publicadas, até a escrita deste texto, chama-se a atenção o fato de que vários ministros entenderam que as autorizações vinculativas, sem licitação, seriam inconstitucionais, revelando a ideia de que os serviços de transporte rodoviário seria um serviço de domínio público por sua própria natureza, independentemente do regime normativo conferido a sua exploração, que deve ser executado com exclusivismo ou pela técnica concessionário definida no art. 175, da Constituição.

3. A NOVA CONFORMAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO ESTADO BRASILEIRO: INICIATIVA ECONÔMICA PÚBLICA E A VISÃO INSTRUMENTAL DO SERVIÇO PÚBLICO

Ao criar a premissa de indissociação dos elementos jurídicos que lhe são “essenciais”, a influência da noção francesa do serviço público enquadrou o “serviço público” como um fim em si mesmo, pois este seria identificado pela predisposição pública da atividade, e sua averiguação no ordenamento jurídico deveria respeitar o que seria “naturalmente público”, para não invadir a esfera do que seria “naturalmente privado”. Não é de olvidar que a subjetivação pública de determinadas atividades possa

ser reputada como essencial para o atendimento de finalidades públicas, mas a sua identificação é menos vista como um caráter instrumental e, sim, como uma dicotomia entre o público e o privado.

Contudo, o serviço público passou a ser visto sob outras vestes, diante de transformações em diversos países, de tradição jurídica francesa, em razão de novas diretrizes impostas pela Comunidade Econômica Europeia⁷ em formação no período pós-guerra. Um dos objetivos estruturais da edificação da Comunidade Econômica Europeia foi a unificação econômica e a busca pela implantação de um mercado comum.

Para esse desiderato, reputou-se necessário flexibilizar as barreiras do exclusivismo prestacional do Estado em homenagem ao princípio da liberdade econômica e da concorrência no âmbito do bloco econômico. Neste caso, o Tratado de Roma buscou não imiscuir tradições jurídicas tão díspares, especialmente diante da presença do Reino Unido na formação do bloco, evitando, assim, impor (ou romper) as bases da tradicional noção francesa do serviço público. Para tanto, convencionou-se adotar uma categorização mais ampla, qual seja, dos *serviços de interesse econômico geral*, que abarcasse o conceito de serviço público, para os Estados-membros que adotassem esse conceito, bem como a noção das *public utilities* inglesas. “Serviço de interesse econômico geral” é, portanto, um conceito mais amplo, que abrange serviços tornados de domínio público, sem livre acesso ao setor privado (serviços públicos), como também demais serviços de interesse coletivo, abertos à livre concorrência.

Essa categorização buscou, dessa forma, afastar a premissa dicotômica da noção tradicional francesa, para homenagear uma *visão instrumental do serviço público*. Este não é enxergado como a natureza própria de determinadas atividades afetas ao interesse coletivo, mas sim uma *prerrogativa estatal* destinada a resguardar a sua boa execução, espe-

7 O processo de formação de um mercado comum na Europa iniciou com o Tratado de Roma de 1957, que se compunha pela junção de dois tratados: (i) Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia (“TCCEE”); e (ii) o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia da Energia Atômica.

cialmente quando a prestação em regime de livre iniciativa não conseguir resguardar as “missões” do serviço.⁸

A categoria dos “serviços de interesse econômico geral” trouxe consigo a prerrogativa do Estado-membro derrogar as regras de concorrência somente em situações excepcionais, pois, segundo o artigo 86, do Tratado de Roma, as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ficam submetidas às regras de concorrência, exceto (e na exata medida de) quando a aplicação das regras de concorrência constituir um obstáculo ao cumprimento da missão particular que lhes foi confiada.

Dessa forma, as alterações comunitárias permitiram a manutenção da noção do serviço público no interior de cada Estado-membro, porém buscou um *pacto pela ponderação da titularização pública* de determinada atividade de interesse coletivo. O exclusivismo poderia, e deveria, ser instituído, afastando a livre concorrência quando esta representar um obstáculo à missão particular do serviço de interesse coletivo.⁹ Pode-se dizer que a ideia fulcral do serviço público, que identificava a natureza coletiva com o domínio público, foi desmistificada, dando ensejo à expressão “serviço para o público” (*service rendu au public*), na terminologia adotada pelo Conselho Europeu (ROUVIER-MEXIS, 1996, p. 122).

O fundamental na aferição da conveniência da titularização pública, ou não, seria a análise do *melhor interesse do usuário*. Por isso, a “livre iniciativa” [regulada] e o “serviço público” não poderiam [tampouco era recomendável] representar a dicotomia entre o público e o privado, mas sim deveriam ser vistos como *dois instrumentos estatais*, a serem uti-

8 Essa diretriz ficou clara no artigo 86 (ex-artigo 90), inciso 2, do Tratado de Roma, que dispôs que: As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.

9 Com isso, “a dupla identidade em que assentava a concepção clássica do serviço público (serviço público = empresa pública = monopólio) era claramente afastada pela ordem econômica comunitária” (MOREIRA, 2001, p. 234).

lizados em cada caso concreto, em vista do crivo político-legislativo de aferição da boa *prestabilidade*.¹⁰

Portanto, o serviço público, em seu sentido mais restrito, deixou de ser uma feição essencial de determinadas atividades necessárias à coesão social (Duguit) e passou a ser visto como o resultado de um atuar do Estado, enquanto agente econômico, dentro de um campo aberto à sua atuação, quando o interesse coletivo assim demandasse [o que não poderia deixar de ser]. Deixou de ser um fim em si mesmo, para ser reconhecido o seu caráter instrumental.

O serviço público é, então, prerrogativa da *iniciativa econômica pública*, inerentemente ao atuar estatal, dentro de um crivo discricionário do Estado, limitado pelas finalidades públicas juridicamente descritas no respectivo ordenamento jurídico. Nesse contexto, é possível identificar vários doutrinadores europeus que defendem que Estado é um agente, assim como o particular, na incursão de empreendimentos econômicos, diferenciando apenas pelas finalidades dessa iniciativa. Enquanto o setor privado atua economicamente para fins individuais (*lucro*), o Estado atua porque é *imperativo do interesse público*. Nesta concepção, a intervenção do Estado no domínio econômico não seria pautada pela subsidiariedade, mas pela *discricionariedade político-legislativa*, aferindo o grau

10 A preocupação a nível comunitário de regular quais seriam as atividades abrangidas pela ideia de serviço público, de forma a limitar a iniciativa econômica pública, foi determinante na elaboração de um projeto de “Carta Europeia dos Serviços Públicos”, mas que não logrou efetividade (GONÇALVES; MARTINS, 2003, p. 190). Essa Carta buscara ser um instrumento de interpretação dos Tratados, quanto às definições de execução do conjunto de serviços públicos, prezando-se pelo princípio da proporcionalidade. Este princípio, segundo concepção comunitária, representaria um elemento essencial do modelo assumido de serviço público e significaria um ponto de equilíbrio entre as regras de livre concorrência e a eventual necessidade de imposição de restrições de exclusividade para viabilização de alguns serviços públicos, conforme os objetivos que se pretendessem acautelar (GONÇALVES; MARTINS, 2003, p. 190). Esse projeto de Carta Europeia dos Serviços Públicos ia, inclusivamente, no sentido de considerar serviços mínimos ou universais como um direito econômico e social, além de ter individualizado e classificado um conjunto de razões de interesse geral que poderia apontar no sentido de individualização de uma atividade de interesse econômico geral, por isso derrogatória das normas gerais comunitárias consideradas pertinentes (GONÇALVES; MARTINS, 2003, p. 197).

de conveniência e oportunidade de atuação do Estado, de acordo com concepções ideológicas de determinado momento histórico. A *iniciativa econômica pública* é, nesse contexto, um *princípio de auto-organização do Estado*, dentro dos limites de sua Constituição econômica.

A iniciativa econômica pública poderá se dar na esfera empresarial, para o Estado concorrer com o particular no mercado de produção de bens e serviços (*ex vi* art. 173, da CR88), sem qualquer reserva de mercado, ou na transformação (*publicatio*) de uma atividade econômica de provisão de serviços de interesse coletivo como de seu domínio exclusivo (serviço público econômico), como forma de melhor atender aos imperativos da atividade (*ex vi* art. 175, da CR88). Nesse contexto, diversas constituições econômicas resguardam a prerrogativa da iniciativa econômica pública em restringir o acesso da iniciativa econômica privada em determinadas atividades econômicas selecionadas, no crivo político-legislativo, como de domínio do Estado.

O serviço público, em seu sentido mais estrito, seria, então, *consequência da iniciativa econômica pública*, enquanto prerrogativa discricionária do Estado em intervir na esfera econômica. Por isso, desde que sob a aura do interesse coletivo (a ser aferido politicamente), sob pena de *desvio de finalidade*, a esfera econômica é *ambiente sujeito à iniciativa pública*, seja para concorrer com particulares na produção de bens e serviços, seja para excluir o acesso do setor privado na exploração de alguns setores, sempre em vista a boa *prestabilidade*.

Assim, a definição de quais atividades serão serviços públicos é uma decisão política decorrente da iniciativa econômica pública. Isso é normalmente verificado em âmbito local, quando o Município ora exerce atividade econômica em concorrência com o setor privado (hotelaria e armazenagem, por exemplo), ora transforma algumas atividades econômicas como serviços públicos, de sua titularidade (funerárias, serviços de transporte, matadouros etc.). No Brasil, sendo de interesse local (art. 30, V, da CR88), em tese, qualquer atividade reputada politicamente como de interesse coletivo poderá ser transformada em empreendimento estatal (“serviço público”), mesmo sem prévia definição constitucional, resguardar-

dadas as competências exploratórias já fixadas para a União (art. 21, XI e XII) e para os Estados (art. 25, §2º).

Em outros Direitos internos há prévia delimitação do âmbito discricionário da iniciativa econômica pública. Na Espanha, por exemplo, há um disciplinamento nacional (*Ley de Bases de Régimen Local*) de quais seriam as atividades essenciais que o governo local poderia enveredar, inclusive, reservando mercado para si. Nesse contexto, o Direito Comunitário submeteu a iniciativa econômica privada e a iniciativa econômica pública às mesmas disposições, especialmente no tocante à proteção do mercado concorrencial (OTERO, 2001, p. 51). O que há, no Direito Comunitário, é um princípio de *neutralidade relativa*, na medida em que apresenta diretrizes que buscam limitar a iniciativa econômica pública do Estado-membro, tanto sobre quais atividades poderá reservar a titularidade e qual o regime jurídico de atuação de atividades de natureza econômica pelo Estado (Tratado de Roma, art. 86 e art. 37).

4. SÍNTESE DE ELEMENTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS QUE REVELAM A COERÊNCIA DA VISÃO INSTRUMENTAL DO SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

Em breve síntese – até para adequação ao espaço que nos reserva – é possível sintetizar vários elementos jurídicos e históricos que revelam a coerência dessa visão instrumental do serviço público no ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, a “liberalização de serviços públicos” evidencia a prerrogativa da iniciativa econômica pública e não representa, essencialmente, uma forma de exploração indireta de serviço público pelo Estado.

A simbiose dos elementos caracterizadores da noção clássica do serviço público faz ocultar o pragmatismo do serviço público, na evolução administrativa. É possível diagnosticar que a transposição de atividades economicamente exploráveis para o domínio público (*publicatio*) não ocorreu, no Brasil, por apego à mencionada visão finalística e sim também por um viés instrumental: é de domínio público não apenas porque

se está diante de uma atividade de interesse coletivo; assim o é porque o exclusivismo prestacional é visto como essencial para garantir um regime de encargos que a atividade demanda, homenageando os interesses coletivos envolvidos – ou outros projetos de Estado (...).

Dentre várias razões defensáveis, lista-se abaixo, sucintamente, ao menos, nove razões que dão amparo ao mencionado instrumentalismo do serviço público no Direito brasileiro:

1º) Artificialismo da construção jurídica francesa do serviço público. O pressuposto de que uma atividade de interesse coletivo é um “serviço público”, porque demanda a aplicação de um regime jurídico especial, é uma construção jurídica artificial, criada na França, para trazer critérios para solucionar conflitos de competência jurisdicional, especialmente o âmbito de atuação da jurisdição administrativa. No âmbito do “serviço público”, a edificação dos “princípios fundamentais do serviço público” representa uma sistematização propositiva, desenvolvida por influência doutrinária de Gaston Jéze e Louis Rolland no início do século XX, destinado a fazer com que se identificassem determinadas atividades regidas por Direito Público a serem remetidas para o contencioso administrativo.

2º) A “peculiaridade” jurídica do Common Law. A tradição jurídica inglesa, que influenciou a norte-americana – não influenciados pela tradição jurídica francesa dos serviços públicos – pautou-se pela premissa da possibilidade de imposição de um regime jurídico-prestacional, semelhante ao elencado como “princípios fundamentais do serviço público”, às *public utilities* de propriedade privada, como decorrência das implicações jurídicas da *função social da propriedade*, cujos fundamentos são igualmente constitucionais no cenário nacional. Aliás, obrigações “típicas” do serviço público, ainda mais incisivos à iniciativa privada, como o da universalidade e da modicidade tarifária, foram concebidos pela jurisprudência inglesa e norte-americana, como encargos típicos de *public utilities* de propriedade privada, acentuando, ainda mais, a artificialidade da construção francesa do serviço público.

3º) A incorporação da noção francesa do serviço público no Direito brasileiro como resultado de disputas de influências doutrinárias estrangeiras. No Brasil, a noção do serviço público, tipicamente francesa, não sur-

giu como uma mudança de paradigma constitucional, mas sim de uma disputa de influências doutrinárias, inspiradas na tradição britânica e norte-americanas das *public utilities*, e a visão tradicional francesa do instituto. Apenas na segunda metade do século XX é que a doutrina administrativa brasileira esteve mais alinhada com a noção clássica francesa.¹¹ Anteriormente, os doutrinadores se dividiam ou misturavam premissas francesas do serviço público e norte-americanas dos serviços de utilidade pública (*public utilities*). Com efeito, eminentes doutrinadores do Direito Administrativo, tal como Odilon Andrade¹², Celso Brant, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho¹³, Bilac Pinto¹⁴ propagavam concepções claramente influenciadas pela noção das *public utilities* e do serviço civil (*civil service*), de origem inglesa e norte-americana, em pleno paradigma do constitucionalismo social e, sobretudo, diante da existência de serviços econômicos já titularizados por lei como de domínio público.

11 A substituição gradual da noção anglicizada dos serviços de utilidade pública, pela noção francesa do serviço público, ganhou mais força doutrinária após trabalhos da Comissão Especial criada para elaboração do Anteprojeto de Lei Orgânica Federal, em regulamentação ao artigo 147, da Constituição de 1937, onde tornou proeminente a posição de equivalência com a tradição jurídica da Europa continental. A partir de então, verificou-se uma significativa transição no Direito Administrativo brasileiro “vincada pela passagem de atividades privadas sujeitas a uma regulamentação pública, nos moldes norte-americanos, para atividades públicas, pertencentes ao poder público, cuja execução poderia ser transferida a particulares” (SCHIRATO, 2012, p. 45).

12 Odilon Andrade (apud BRANT, 1951, p. 114 et seq), separava o conceito de serviço público, que seriam as atividades estatais que se impõem por meio da coerção, do conceito de serviços de utilidade pública, que seriam aqueles serviços que o Estado põe à disposição do cidadão. Segundo Celso Brant, essa concepção influenciou, o legislador constitucional da Constituição de 1934, quando em seu artigo 5º, §2º, equiparou os serviços portuários, navegação aérea, telégrafos como serviços “de utilidade pública”.

13 Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1940, p. 18) diferenciava serviço público de serviços de utilidade pública, o primeiro executado pelo Estado e custeado com tributos, e o segundo relacionadas a atividades ligadas à noção do bem comum, que demanda controle e regulamentação por parte do Estado, nos moldes das comissões de regulamentação norte-americanas.

14 Para Bilac Pinto (1941, p. 25), todo o sistema dos EUA de regulamentação das *public utilities* tem inteira aplicação no Brasil.

4º) A iniciativa econômica pública na trajetória de titularização de serviços de interesse coletivo no Brasil. O histórico da transformação de atividades de interesse coletivo, abertas à livre iniciativa, em domínio público, revela que o “domínio público” das atividades não foi resultante de uma determinação constitucional para a exploração exclusiva de alguns serviços, mas sim de opção político-legislativa, realizada dentro do campo de repartição de competência federativa definida na Constituição. Em interpretação histórico-jurídica, é possível constatar que a competência da União em explorar alguns serviços, descritos no art. 21, da Constituição da República, não é uma definição de *publicatio*, ou seja, de titularização sobre esses serviços, mas sim uma definição da prerrogativa de a lei federal estabelecer o domínio público sobre tais atividades.¹⁵ Assim, a trajetória da titularização dos serviços públicos no Brasil, revelam que os serviços elencados na Constituição como de competência exploratória da União e outros entes federativos, não necessariamente são serviços públicos, mas podem ser, de acordo com o crivo legislativo definido consoante a repartição de competências federativas estabelecidos na Constituição.

5º) A transformação do sentido dos princípios fundamentais do serviço público. É possível vislumbrar que a literatura mais atual da gestão

15 Desde a Constituição de 1934, essa inserção constitucional foi amparada por uma estratégia política de centralização do poder, pelo Estado varguista, como forma de enfrentamento da República oligárquica. Assim, o que se pretendeu foi definir que apenas a União que poderia titularizar determinados serviços de interesse coletivo como “serviços públicos”, impedindo que Estados pudessem transformar, por leis próprias, determinadas atividades de natureza econômica estratégica, como de domínio público local. Contudo, todos os serviços arrolados na Constituição somente se transformaram em domínio público por lei, sem a qual a atividade não teria essa condição de “serviço público”. Na evolução jurídico-histórica, no Brasil, vários serviços públicos mencionados na Constituição, com redações semelhantes, desde o texto constitucional de 1934, foram titularizados antes de sua previsão constitucional, sendo que ocorreu a liberalização de alguns desses serviços (como no caso de produção de energia e alguns serviços de telecomunicações) mesmo com essa previsão constitucional. Nesse contexto, em um período de liberalizações, ocorrida na década de 1990, alguns serviços públicos – de titularidade estatal – foram abertos ao mercado por razões semelhantes que antes justificaram a sua transformação em domínio público, especialmente em razão da busca por preços mais competitivos e acessíveis, melhor adequabilidade tecnológica, regularidade e universalidade de sua prestação.

pública e do Direito Administrativo enxergam os princípios fundamentais dos serviços públicos não essencialmente sob o prisma da caracterização de uma atividade de domínio público e sim como *direitos subjetivos de um cidadão consumidor* de serviços públicos, em decorrência de aspectos deontológicos do *princípio da eficiência*, também aplicáveis ao setor privado. Neste aspecto, os encargos de serviço público deixam, então, de ser um “divisor de águas” entre a identificação de um serviço público e serviço privado, para se transformar na dicotomia da *boa* ou *má* administração. Trata-se de alteração paradigmática que revela uma certa inconsistência da visão formal-finalística do serviço público.

6º) *A interpretação sistemática do art. 175, da Constituição.* Inexiste, na redação constitucional do art. 175, qualquer atrelamento jurídico entre o regime jurídico de encargos especiais de um serviço e o domínio público da atividade. Também o referido dispositivo não expressa um dever do Estado em ser “titular” de serviços que demandem a incidência de encargos especiais em sua prestação, usualmente identificados no rol dos aclamados “princípios fundamentais do serviço público”. A expressão, usualmente retirada desse dispositivo, no sentido de que “incumbe ao Poder Público [...] a prestação de serviços públicos”, visto isoladamente, representa uma redundância, sem qualquer implicação jurídica, pois se algo é definido como um “serviço público”, certamente incumbe ao Estado a sua prestação. Por isso, o sentido jurídico do art. 175, da Constituição da República, não pode ser dissociado das expressões “na forma da lei”, “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão” e do seu enquadramento dentro do capítulo constitucional destinado à intervenção do Estado no domínio econômico. Há três sentidos jurídicos para o referido dispositivo: (i) primeiro, a lei infraconstitucional irá definir o *modus operandi* da exploração de um serviço econômico de domínio público; (ii) segundo, é autorizado ao Estado perpetrar a parceria com o setor privado para a execução de serviços legalmente definidos de domínio público, por intermédio dos instrumentos da concessão ou da permissão (prestação indireta); e (iii) terceiro, o regime de prestação indireta de atribuições estatais está se referindo a serviços de natureza econômica titulados pelo Estado, considerando a inserção do dispositivo no Capítulo

destinado à Ordem Econômica. Assim, o artigo 175, da Constituição da República de 1988, é uma cláusula de permissão da técnica concessória de serviços públicos econômicos, já definidos em lei como de domínio público, conforme procedimento e hipóteses definidas no ordenamento. (VALE, 2022, p. 193).

Logo, a ideia de que serviços de interesse coletivo possam ser um campo aberto à titularização pública ou abertura ao mercado (iniciativa econômica pública), conforme os objetivos e estratégias estatais adotados para o resguardo da sua boa execução, é plenamente compatível com o art. 175, da Constituição, já que este determina que, quando uma atividade é elencada pela lei como de domínio público (serviço público) o Estado poderá o prestar diretamente ou por meio de concessão ou permissão, conforme o regime jurídico definido em Lei. Da mesma forma, considerando os elementos normativos acima, não se pode dizer que um regime jurídico existente na prestação de um serviço de natureza econômica, titularizado pelo Estado, seja exclusivo da prestação de um serviço público, em razão do referido art. 175, pois este dispositivo não tem traz qualquer cláusula de indissociabilidade de encargos prestacionais, com a própria subjetivação pública da atividade. (VALE, 2022, p. 193 *et seq.*).

7º) *As novas fronteiras regulatórias da Administração Pública.* Com a emergência do *welfare state* e do paradigma do Estado Regulador, é possível identificar novos contornos para a função administrativa regulatória, evidenciando a legitimidade de prerrogativa mais abrangente de intervenção na esfera da liberdade econômica e individual, bem como do uso da propriedade. No paradigma do Estado Regulador, muito evidenciado no período pós-globalização (pós década de 1980) mais propenso a privatizações de funções públicas, reconhece-se a existência de uma *responsabilidade pública de garantia* que evidencia um novo papel dirigista e estratégico do Estado que, por meio do empoderamento da função regulatória, impediu-se que a abertura de atividades de interesse coletivo à livre iniciativa ensejasse um retorno para as regras de mercado ou para o “*laissez-fareism*”. Esse papel dirigista, foi acompanhada por um determinado “*enfraquecimento*” do poder legislativo, e maior empoderamento de instâncias administrativas regulatórias. Essa responsabilidade

pública da função regulatória criou sustentáculo jurídico para a ideia de regulação social e para a nova onda *ESG – Environmental, Social and Governance*, que buscam impor condicionamentos à atividade privada, para melhor resguardar objetivos públicos que antes justificavam a titularização de serviços públicos.

8º) *A ponderabilidade do princípio da livre iniciativa.* O princípio da livre iniciativa, utilizado de maneira universal e isolado, não é obstáculo jurídico para a imposição regulatória ao setor privado de encargos semelhantes a obrigações de serviço público (regime jurídico-prestacional), pois trata-se de um conceito jurídico ponderável. É de se frisar que, na experiência europeia, e britânica, o reconhecimento de que o regime jurídico de serviços públicos pode ser exigido do setor privado, em regime concorrencial, foi medida que buscou homenagear a livre iniciativa, considerando o pressuposto instrumental do serviço público, que mataria o papel de “garantia” em caso de inefetividade do setor privado. Existe, sempre uma responsabilidade pública também de aferição do impacto regulatório, em todas as suas medidas intervencionistas tomando-se por base, sempre, o resguardo da livre iniciativa e viabilidade econômica privada.¹⁶ Logo, a restrição ao exercício da livre iniciativa não se opõe ao dever do Estado em executar serviços públicos, mas é uma faceta da visão instrumental do serviço público, já que a assunção da responsabilidade na prestação pública direta demanda a inviabilidade de oneração regulatória do setor privado para os fins pretendidos pelo poder público.

16 A demanda pela prévia análise da proporcionalidade da intensidade da regulação e da intervenção estatal foi justamente o que motivou a apresentação do Projeto de Lei n. 4.888/2019, da Câmara dos Deputados, cuja proposição é baseada na “Proposta acadêmica para a reforma das bases jurídicas da regulação e de sua governança nos âmbitos municipal, estadual, distrital e federal”, divulgada em 04/04/2019, e elaborada pelo Grupo Público da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e da FGV DIREITO SP, sob a responsabilidade dos professores Carlos Ari Sundfeld, Eduardo Jordão, Egon Bockmann Moreira, Floriano Azevedo Marques Neto, Gustavo Binenbojm, Jacintho Arruda Câmara, José Vicente Santos de Mendonça e Marçal Justen Filho. Dentre as diretrizes da proposição, é de se destacar a necessidade de as autoridades regulatórias sobre a atividade econômica indicarem “[...] evidências suficientes quanto à necessidade e adequação das decisões”.

9º) A “simetria” regulatória no âmbito dos serviços prestados sob regime de “direito público” e regime de “direito privado”. Muito se fala em “assimetria” regulatória, para representar um duplo regime de exploração de “serviços públicos”: seria regime público, quando fosse o caso de serviços executados diretamente ou por concessão; regime privado, para o caso da exploração pelo setor privado pelo regime de autorizações. Sem adentrar nessa conceituação doutrinária, é possível também constatar certa “simetria” no regime prestacional aplicável na exploração de serviços pelo Estado e pelo setor privado em regime de livre iniciativa. Neste aspecto, é possível identificar a incidência de inúmeras obrigações prestacionais para o setor privado, destinados ao resguardo da qualidade, adaptabilidade na execução, continuidade e regularidade dos serviços, modicidade de preços, nos setores da produção independente de energia, dos serviços privados de telecomunicações, do transporte privado individual de passageiros, da saúde complementar, dentre outros, que também são vislumbrados na exploração estatal de atividades similares, que oferecem as mesmas comodidades.

5. CONCLUSÃO

Diante das conclusões trazidas nos tópicos anteriores, é de se questionar, assim, qual a relevância na identificação e compreensão da visão instrumental do serviço público, no Direito brasileiro?

A noção clássica do serviço público, ao induzir a indissociabilidade de seus elementos conceituais, traz, por sua própria natureza, imprecisões difíceis de serem lidadas. A ideia de que determinados serviços de natureza coletiva são, necessariamente, serviços públicos, ou de que a referência à competência exploratória transforma, por si mesma, uma determinada atividade como atividade de domínio público, irrenunciável, pode travar a imensa gama de formas de ação que o Estado pode assumir, para melhor resguardar o que é essencial: que o serviço de interesse coletivo visa atender ao cidadão e não ao próprio Estado. Por isso, a substituição da expressão *service public* para *service rendu au public*.

O reconhecimento de uma prerrogativa de iniciativa econômica pública, dentro de um contexto de um sistema de deveres sociais e econômicos criados constitucionalmente para o Estado, reforça a ponderação da *utilidade e conveniência* no domínio público ou no domínio privado, como se ambos fossem parte da mesma feição do interesse público. A visão essencialista, por outro lado, instiga a oposição entre o público e o privado, que só tem o condão de acirrar opiniões, mais políticas do que jurídicas.

Neste caso, se a transformação em domínio público é medida instrumental para resguardar a boa execução do serviço econômico de interesse geral, em vista do interesse do cidadão, isso necessariamente induz o Estado a sair de sua “zona de conforto” para sempre avaliar o que é mais importante: se determinado serviço prestacional está sendo executado com qualidade, presteza, e amplitude esperada pela coletividade. O desvio do foco do “domínio” para a “qualidade”, poderia, sobretudo, ensejar novos contornos para a função regulatória do Estado, em prol de uma regulação social que vise a adequação prestacional de determinada atividade aberta à livre iniciativa.

REFERÊNCIAS

- BRANT, Celso. *Teoria geral do serviço público*. Belo Horizonte: Acaíaca, 1951.
- CHEVALIER, Jacques. *O Serviço Público*. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.
- DUGUIT, Léon. *Les Transformations du Droit Public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Os Serviços de Utilidade Pública*. Curitiba: Empreza Gráfica Paranaense, 1940.
- GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públícos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador. In: *Estudos de Regulação Pública*. (Org. Vital Moreira). Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Vital. *Serviço Público e Concorrência: A regulação do sector elétrico*. In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

OTERO, Paulo. *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*. In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PINTO, Bilac. *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1941.

ROLLAND, Louis. *Precis de droit administratif*. 10.ed. Paris: Dalloz, 1951. 693p.

ROUVIER-MEXIS, Catherie. *Service public ou Service Rendu au Public*. In: *Travaux de la CEDECE. Tome II, Approche transversale et conclusions*. p. 121-144. 1996.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012

VALE, Murilo Melo. *Obrigações de Serviço Público no Setor Privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022.

A LICITAÇÃO PARA ALÉM DA CONCEPÇÃO MERAMENTE FORMAL: FUNÇÃO REGULATÓRIA E CONFORMAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA BOA GESTÃO PÚBLICA COMO PILARES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DISPUTA PÚBLICA

Daniela Mello Coelho Haikal¹

INTRODUÇÃO

Para iniciar, deixo registrada minha admiração pela professora Cristiana Fortini, pelo exemplo de dedicação e profissionalismo. Amizade que o Direito Administrativo me proporcionou e que, para além dele, permanece. A publicação desta obra rende-lhe justa homenagem, sobretudo pela valoração da mulher e do feminino, bem como pelo reconhecimento e afirmação de nossos espaços. Parabéns!

¹ Graduação em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (1997). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001) Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2007) Professora adjunta da Universidade Federal de Minas Gerais (2013) Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (2002).

O tema proposto, dentre os diletos da homenageada, perpassa pela compreensão da função administrativa fora dos quadrantes meramente formais e instrumentais, porquanto pretende contribuir para o diálogo articulado entre a ritualística do processo administrativo e a perspectiva axiológica e prospectiva da ação executiva.

Nos tópicos seguintes, serão abordados os aspectos relacionados à evolução do regime jurídico da licitação, a partir do cotejo entre a tratativa inicial do instituto e o espaço que lhe foi reservado nos últimos anos, sob o amparo dos princípios fundamentais e da boa gestão pública. Como consectário desse modelo, serão evidenciados os dispositivos inseridos na Lei 14.133, de 2021, que, com a devida propriedade, consolidam a função regulatória da licitação.

1. REGIME JURÍDICO DA LICITAÇÃO PÚBLICA

Concebida como procedimento administrativo, por meio do qual a Administração Pública, amparada em condições e regras previamente estabelecidas, promove competição isonômica entre os interessados, com o propósito de obter a proposta mais vantajosa para os cofres públicos, a licitação, na clássica lição de Bandeira de Mello (2007, p. 505), viabiliza a consecução de “três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos no arts. 5º e 37, *caput*) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, *caput*, e 85, V, da Carta Magna brasileira”.

Tratada ao longo do tempo como simples sequência de atos administrativos, imersa numa miríade de regras e imposições de caráter essencialmente protocolar, a licitação, em certa medida, foi relegada ao campo solene e ceremonioso do Direito Administrativo e reconhecida como mero instrumento de escolha da melhor proposta, sem grandes avanços argumentativos.

Contudo, diante da inegável repercussão do ambiente das contratações públicas nos últimos anos, da expressiva atuação dos órgãos de controle do gasto público e da adoção de práticas mais modernas no campo da gestão pública, a temática tem merecido destaque, propiciando, com isso, o aprimoramento dos diplomas normativos.

A título ilustrativo, por meio de simples consulta ao Painel de Compras do Ministério da Economia², é possível verificar o impacto decorrente do emprego dos recursos públicos nas relações negociais, uma vez que o “valor estimado de processos de compras divulgados”, considerando os últimos cinco anos, compreende o montante de R\$837.980.039.205,34, excluídas as compras originárias do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, previsto na Lei nº 12.462, de 2011, uma vez que elas não são gerenciadas pelo SIASG.

Nessa direção, passa-se a compreender o instituto sob a perspectiva do atendimento de fins diversos daquele originalmente a ele atribuído, viabilizando a implementação de princípios oriundos da boa gestão pública e, também, levando a efeito a ocorrência de práticas advindas do fenômeno da externalidade decorrente do processo de contratação pública.

Ao analisar o uso licitação como novo instrumento de regulação indireta, Acocella e Rangel anotam (2013, p. 278 e 279):

Aproveitando-se, assim, de seu grande potencial de mobilização de diversos setores da economia por via das compras governamentais – que, no Brasil, movimentam recursos estimados em 10% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional –, a Administração Pública tem cada vez mais inserido em seus editais de licitação requisitos de participação e exigências voltadas à qualidade do objeto licitado, com o objetivo principal de fomentar determinados setores, atividades ou práticas de mercado socialmente desejáveis. Com isso, critérios outros, além do menor preço, vêm sendo cada vez mais incorporados aos processos licitatórios para fins de seleção do parceiro privado, tais como a eficiência e o respeito ao meio ambiente, aos direitos humanos, sociais e trabalhistas, bem como às tradições culturais da população local.

2 Disponível em: <http://paineldecompras.economia.gov.br/processos-compra> - Acesso em: 25/3/2023.

Isso porque esse grande poder de influência que as compras públicas, em razão de seu volume, exercem sobre a economia acaba indiretamente impondo ao mercado afetado sua conformação às novas exigências balizadoras dos processos seletivos da Administração, gerando, como resultado, repercussão significativa sobre a atuação da iniciativa privada e importantes transformações em cadeia, que podem ir desde a produção da matéria-prima até o recebimento do produto final pelo consumidor. Caso contrário, a não adequação dos agentes envolvidos às novas diretrizes licitatórias terá, como consequência inevitável, sua exclusão do profícuo mercado representado pelo Estado-consumidor.

Com efeito, examinada sob ângulo mais abrangente, a licitação é reconhecida como importante instrumento de promoção da função regulatória da contratação pública, com ênfase na dimensão extraeconômica do contrato de direito público. Nessa vertente, tem-se o emprego da função derivada da contratação, uma vez que nela o Estado conecta o papel de comprador ao exercício de uma função regulatória, de forma que a contratação pública, para além de viabilizar a aquisição de bem, a prestação de serviço ou a realização de obra pública, possibilita a implementação de finalidade pública diversa.

Para Zago (2018, p. 32 e 33):

A expressão “função derivada” busca demonstrar esse movimento de passagem de uma função original e, até então, única da contratação pública (a execução de obra, o fornecimento de bem ou a prestação de serviço), para a derivação de uma finalidade adicional (fim adicional de política pública), com a diversificação dos fins da contratação. Esse fenômeno começa a ser referido no contexto nacional com nomes diversos: “função regulatória da licitação/contrato administrativo”, “função social”, “função extra-econômica”, “função horizontal” e até mesmo “função anômala”.

No campo da evolução normativa, realça-se, a partir da vigência da Lei nº 8.666, de 1993, a mudança advinda com a publicação da Lei Complementar nº 123, de 2006, que, em atenção ao comando inscrito no art. 179 da Constituição da República, “estabelece normas gerais relativas

ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

A propósito da relevância do regramento introduzido pela Lei Complementar nº 123, de 2006, para a evidenciação da função social da licitação pública, Ferreira e Giusti assentam que (2012, p. 186):

(...) somente com esse estatuto já se poderia reconhecer para as licitações públicas uma “função social” específica: a de promover o crescimento econômico direcionado, mediante afirmação positiva de índole legal, incentivadora da regularização das empresas informais no mercado pelo estímulo de acesso reservado a certas contratações (de até R\$80.000,00), dentre outros. E numa cadeia retroalimentada, porquanto a atuação regular do microempresário passa a exigir a formalização dos negócios, das parcerias e das relações com seus colaboradores e com o fisco, sob as penas da lei.

Nessa linha, ao analisarem a função social das contratações públicas, com enfoque no tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, Cristiana Fortini e Mariana Resende Bueno assinalam (2023, p. 175):

A função social das contratações públicas não orienta a realização de contratações extremamente onerosas e desarrazoadas, mas, sim, uma verificação de proporcionalidade sobre a escolha da melhor forma de se satisfazerem as necessidades públicas, mediante parâmetros que levem em consideração também os custos de vida do produto, impactos no mercado, no meio ambiente e incentivo às minorias.

Na sequência das alterações promovidas na legislação, cita-se a Lei nº 12.349, de 2010, que incluiu, no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como novo pilar do processo licitatório, em acertado e inevitável complemento ao rol dos propósitos que devem ser alcançados no ambiente das contratações públicas.

Para Ferreira (2012, p. 39):

Destarte, quando se alocou, como terceira finalidade legal da licitação, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, fez-se com que uma “função social” extraordinariamente desejada passasse a figurar num rol de possibilidades exigidas por lei.

Melhor dizendo, o que dantes se sustentou como dever-poder administrativo extraível do sistema jurídico, a partir da Constituição da República e de leis esparsas, passa a figurar como uma obrigação genérica e ordinária, da qual o gestor público apenas poderá se desonerar por justa causa, devidamente motivada e comprovada. Caso contrário estará a descumprir uma finalidade (de três) para a licitação, contaminando-a de vício insanável.

Ainda sobre as repercussões oriundas da Lei nº 12.349, de 2010, Nohara e Castilho ressaltam que as compras governamentais podem ser valioso instrumento para proporcionar sustentabilidade à economia nacional, sendo que a licitação, nessa perspectiva, “é deslocada para um pano de fundo mais abrangente, ou seja, para as políticas públicas de desenvolvimento econômico” (2011, p. 1243). Em outra passagem, afirmam (2011, p. 1249):

Talvez a maior novidade tenha sido a opção recente do governo no sentido de proteger o desenvolvimento sustentável da economia nacional por meio das margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras ou os resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

Sem dúvida, o impacto decorrente da mudança propiciada pela Lei nº 12.349, de 2010, impulsionou, sobremaneira, o reconhecimento da função regulatória da licitação, com forte repercussão no estudo das externalidades dos contratos públicos, diante das consequências vivenciadas no mercado pela opulência do dispêndio de recursos públicos e pelo alargamento dos segmentos envolvidos.

Nas lições de Nusdeo (2002, p. 153):

As externalidades correspondem, pois, a custos ou benefícios circulando externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incompensados, pois, para eles, o mercado, por limitações institu-

cionais, não consegue imputar um preço. E assim o nome externalidade ou efeito externo não quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas.

Nóbrega, em texto escrito em coautoria com Isabel Matheos, ao cuidar das falhas de mercado e da atuação governamental como medida viável a “minorar as externalidades negativas e a promover as positivas”, sustenta (2020, p. 175):

Podemos definir externalidade como um evento econômico que provoca apreciável benefício (externalidade positiva) ou considerável prejuízo (externalidade negativa) a um terceiro alheio àquela ação econômica. Nesse caso, o elemento chave é perceber que o prejuízo ou o benefício ocorrerá fora do mecanismo de mercado. Evidentemente que se todos os efeitos das externalidades fossem captados pelo mercado, seriam precificados e não haveria problemas de alocação. É exatamente essa miopia do mercado de captar esses efeitos que resulta numa ineficiência alocativa.

Também relacionado ao tema, Klein, ao tratar da definição e da perspectiva histórica das externalidades, cujo conceito remete a algo que está fora do mercado, mas que gera, em relação a terceiros, efeitos involuntários e não precificados no processo produtivo, assinala (2022, p. 211):

(...) o debate das externalidades pode ser visto como em uma expressão do avanço do papel do mercado e da abordagem econômica na vida social, o que aconteceu de forma similar no movimento de Direito e Economia, a partir da Escola de Chicago. Ademais, a questão de quais impactos são considerados externalidades e quais são irrelevantes para a teoria econômica é um debate normativo, que demanda uma abordagem interdisciplinar ao menos de Direito e Economia. Afinal, a premissa de que todos os impactos possíveis da decisão de um agente econômico na função utilidade dos demais são externalidades geraria uma ampla necessidade de internalização desses efeitos, o que pode ser problemático.

Ademais, Klein assevera que, a despeito de a aplicação usual das externalidades ter relação com a questão ambiental, o conceito pode ser empregado no tratamento de outros conteúdos abordados no campo da política pública, incluídos o da inovação, bem como a adoção dos padrões ESG na governança corporativa (2022, p. 212).

A expressão ESG, em inglês, *environmental, social and governance* (práticas ambientais, sociais e de governança), foi apontada em relatório publicado pelo Pacto Global da Organização das Nações Unidas, em parceria com o Banco Mundial, em 2004, com o propósito de integrar a atuação das grandes instituições financeiras mundiais com os fatores sociais, ambientais e de governança.

Nos últimos anos, é perceptível o avanço das políticas voltadas à implantação das medidas de “meio-ambiente, social e governança”, no setor público, com ênfase para o desenvolvimento sustentável, o impacto social das atividades empresariais e governamentais, e as regras de governança, integridade e transparência.

Ao examinar as práticas ESG na gestão pública, Nardone informa (2021):

Tantas mudanças no ambiente econômico-corporativo se transportam também para a gestão pública, na medida em que conceitos como “Estado Verde” ou “Cidades Sustentáveis” passam a ser perseguidos pelos gestores públicos, já que o “cliente” dos serviços públicos, ou seja, o cidadão, também tem se posicionado valorizando práticas sustentáveis na oferta dos produtos do aparelho estatal, seja na infraestrutura das cidades, nas condições de acessibilidade, diversidade, inclusão, igualdade de acesso às políticas públicas, na transparência e publicização dos atos, no comprometimento com a conservação ambiental, entre outros.

Medidas relacionadas aos critérios ESG na seara pública são ações reguladoras e também executoras, voltadas à redução do desmatamento e restauração ecológica; licitações de concessões de rodovias sob condições de redução de emissão de carbono; eliminação de processos físicos com utilização de papel; licitações para compras de suprimentos a partir da qualificação/certificação de fornecedores conforme parâmetros sustentáveis; investimento em

energias renováveis e maior transparência de atos de gestão, demonstram que se a jornada ESG é uma ação coletiva, os governos não podem deixar de participar ativamente.

Do exposto, observa-se que a licitação e a contratação dela decorrente são percebidas como mecanismos de incentivo capazes de favorecer, indiretamente, o fomento a atividades e aos segmentos do setor privado, tendo, ainda, potencial para atuação no combate às falhas de mercado, mediante a implementação de medidas detectadas em razão dos efeitos decorrentes das externalidades positivas e negativas das contratações públicas, em afinidade com as práticas emergentes nos setores ambiental, social e de governança.

Acocella e Rangel sustentam (2013, p. 291):

Logo, é possível concluir que os procedimentos licitatórios no âmbito da Administração Pública Federal representam um terreno fértil, e ainda não integralmente explorado, para novas vertentes regulatórias, as quais, ao integrarem considerações ambientais e sociais em todos os estágios da contratação administrativa, beneficiando aqueles que atenderem a requisitos técnicos e de desempenho considerados relevantes, visam à cooperação voluntária dos agentes econômicos envolvidos, em detrimento de modelos intervencionistas estatais repressivos. Isto é, direcionam-se, de forma consciente, às formas de produção e consumo, relegando-se à coerção papel secundário.

O cenário que se apresenta é, portanto, favorável à construção de um ambiente de contratação mais integrativo, em detrimento da adoção de providências unilaterais, entrelaçando as necessidades públicas com a participação mais ativa e responsável dos segmentos de mercado. A licitação e a contratação pública, nessa perspectiva, revigoraram-se como institutos eficazes para a consecução de novas práticas de gestão no setor público.

2. A CONTRIBUIÇÃO DA LEI Nº 14.133, DE 2021

Do confronto entre o contexto abordado no tópico anterior e o regramento disciplinado na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, sobressai a constatação de que a opção assentada na via legislativa consagrou a **função derivada da licitação e da contratação pública**.

Farta em princípios, a Lei nº 14.133, de 2021, a teor do disposto no art. 5º, estatui a observância “da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparéncia, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”.

É notório que o processo de reconhecimento e identificação dos princípios significa a busca pela efetivação dos valores que devem nortear o instituto, visando ao atendimento do máximo proveito que ele é capaz de proporcionar. Assim, a compreensão das regras lançadas no texto normativo fica atrelada à aceitação do conjunto de valores legitimamente concordados em seu próprio regime, guiando o intérprete no momento da aplicação do direito.

Ainda no âmbito da NLLC, o novo referencial conferido ao instituto da licitação é reforçado pelo comando insculpido no art. 11, que, categoricamente, agrupa aos clássicos objetivos do processo licitatório a incorporação do ciclo de vida do objeto no exame da proposta mais vantajosa; a justa competição atrelada ao tratamento isonômico entre os participantes; o resguardo das contratações contra as práticas irregulares de estipulação do preço; bem como o encorajamento à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável.

Para além disso, a Lei nº 14.133, de 2021, estatui a necessidade de criação de política de governança das contratações, mediante a im-

plementação de processos e estruturas, para, dentre outras ações, avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, visando à concretização de ambiente íntegro e confiável e, ainda, à promoção da eficiência, efetividade e eficácia nas contratações (parágrafo único do art. 11).

Considera-se governança das contratações públicas, nos termos da Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021, aplicável no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das contratações públicas, visando a agregar valor ao negócio do órgão ou entidade, e contribuir para o alcance de seus objetivos, com riscos aceitáveis (inciso III do art. 2º). E, na linha do que dispõe a Lei nº 14.133, de 2021, são identificadas como diretrizes da governança nas contratações públicas, dentre outras: promoção do desenvolvimento nacional sustentável; promoção do tratamento diferenciado e simplificado à microempresa e à empresa de pequeno porte; promoção de ambiente negocial íntegro e confiável; estímulo à competição, por meio do fomento à disputa nos certames, com diminuição da barreira de entrada a fornecedores em potencial; aprimoramento da interação com o mercado fornecedor, como forma de se promover a inovação e de se prospectarem soluções que maximizem a efetividade da contratação; e incentivo à participação social (art. 5º da Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 2021).

Relativamente aos dispositivos da NLLC, que conferem destaque para os reflexos da licitação e da contratação pública sob o abrigo da função regulatória, merecem realce, dentre outros:

- a) possibilidade de previsão no edital da utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não haja prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar (§2º do art. 25);

- b) possibilidade de o edital exigir percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação constituído por mulheres vítimas de violência doméstica e oriundos ou egressos do sistema prisional (§9º do art. 25);
- c) margem de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras e para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento (incisos I e II do art. 26);
- d) possibilidade de restrição da licitação a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 2001, nas contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia e comunicação considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal (§7º do art. 26);
- e) aproveitamento, nas compras públicas, das peculiaridades do mercado local, visando à economicidade, sempre que possível, sem prejuízo do atendimento dos parâmetros de qualidade (inciso II do §2º do art. 40);
- f) regras específicas para as licitações de obras e serviços de engenharia, notadamente: disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; mitigação por condicionantes e compensação ambiental, utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais; avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística; proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 45);
- g) critérios de desempate baseados no desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no am-

biente de trabalho, conforme regulamento; e desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, consoante orientações dos órgãos de controle (incisos III e IV do art. 60);

- h) preferência, nos casos em que não houver desempate, aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; e empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009 (incisos III e IV do §1º do art. 60);
- i) inclusão de cláusula obrigatória no contrato referente à obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz, incluído o dever de cumprir esse compromisso durante toda a execução contratual (inciso XVII do art. 92 e art. 116);
- j) possibilidade de estipulação de remuneração variável na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato (art. 144); e
- k) hipóteses de suspensão da execução contratual ou de declaração de nulidade do contrato fundamentadas em: impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; motivação social e ambiental do contrato; fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação (incisos I, II, III, IX e XI do art. 147).

A título complementar, vale anotar a recente publicação do Decreto nº 11.430, de 8 de março de 2023, aplicável no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, que “dispõe sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações”.

Sobressai do art. 3º do Decreto nº 11.430, de 2023, a previsão de percentual mínimo de oito por cento das vagas para a mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica, nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, nos casos de contratos com quantitativos mínimos de vinte e cinco colaboradores. Há, também, regra expressa de prioridade para o preenchimento das vagas por mulheres pretas e pardas, a teor do disposto no inciso II do §3º do art. 3º.

Quanto às ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho, como critério de desempate em licitações, o art. 5º do Decreto nº 11.430, de 2023, considera como ações de equidade, em linha de ordenação: “I - medidas de inserção, de participação e de ascensão profissional igualitária entre mulheres e homens, incluída a proporção de mulheres em cargos de direção do licitante; II - ações de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens em matéria de emprego e ocupação; III - igualdade de remuneração e paridade salarial entre mulheres e homens; IV - práticas de prevenção e de enfrentamento do assédio moral e sexual; V - programas destinados à equidade de gênero e de raça; e VI - ações em saúde e segurança do trabalho que considerem as diferenças entre os gêneros”.

Reunidos os princípios e regras extraídos na NLLC, constata-se que há efetivo avanço normativo de inclusão, nos processos licitatórios, de valores e objetivos voltados para a observância dos direitos humanos e sociais, em suas variadas categorias, a sustentabilidade ambiental, a mitigação das desigualdades, o fortalecimento da economia local, o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico, bem como a aderência às

exigências de boa gestão contratual, o que denota deferência às técnicas de governança na gestão pública.

Conforme destacado por Luciano Ferraz, “é preciso aceitar mudanças; perceber que a licitação não é fim em si, mas instrumento de alcance e garantia do interesse público, que nem sempre cabe, tal como se imaginou no passado, dentro da rigidez dos Códigos” (2009, p. 142).

A evolução da legislação de regência revela campo fértil para a aceitação e a consolidação de novos entendimentos e orientações, viabilizando, por conseguinte, a modernização do instituto perante as complexas relações de mercado, sem prejuízo do cumprimento da agenda vocacionada à proteção dos bens e interesses coletivos, com ênfase, atualmente, no atendimento das práticas ambientais, sociais e de governança no ambiente das contratações públicas.

3. NOTAS CONCLUSIVAS

A título conclusivo, constata-se que o reconhecimento da função regulatória da licitação, como consequência do aperfeiçoamento do instituto, desloca-se do campo da mera probabilidade e avança para a configuração de comportamento administrativo vinculado, adstrito à concretização dos novos objetivos traçados na ordem jurídica. Invocar, como justificativa para o não reconhecimento dessa finalidade, a máxima de que a fixação das regras do processo licitatório configura manifestação discricionária do agente público, ao argumento de que os aspectos de conveniência e oportunidade devem se sobrepor, é negar o dever-poder da Administração Pública de dar concretude aos valores reconhecidos no ordenamento jurídico.

Soma-se a esse pressuposto a vedação ao retrocesso social, de maneira que a salvaguarda dos princípios da boa gestão pública, com significativo impacto nas relações sociais, não aceita negociação, sendo vedados o regresso e a involução das regras postas.

O regime jurídico da licitação assume, assim, valiosa feição propositiva, porquanto, a partir dele, torna-se possível o entrelaçamento da

forma, inerente ao procedimento, com os variados propósitos da atividade regulatória do Estado, promovendo convergência com os segmentos do mercado na consecução dos objetivos socialmente esperados com as contratações públicas.

REFERÊNCIAS

ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. Revista do BNDES 40, dezembro 2013, p. 269-312. Disponível em https://web.bnDES.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2432/1/RB%2040%20O%20papel%20regulat%C3%B3rio%20e%20de%20fomento_P.pdf. Acesso: 30/3/2023.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERRAZ, Luciano de Araújo. Função regulatória da licitação. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C, ano 23, n. 37, p. 133-142, jul./set. 2009.

FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERREIRA, Daniel; GIUSTI, Anna Flávia Camilli Oliveira. A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 177-193, abr./jun. 2012.

FORTINI, Cristiana; RESENDE, Mariana Bueno. A função social das contratações públicas, a Lei nº 14.133/2021 e o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte. In: PÉRCIO, Gabriela Verona; FORTINI, Cristiana (Coord.). Inteligência e inovação em contratação pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 159-178.

KLEIN, Vinícius. Externalidades. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 207-2015.

NARDONE, José Paulo. As práticas ESG e a Gestão Pública. Disponível em <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/praticas-esg-e-gestao-publica>. Acesso: 31/3/2023.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica e jurídica do IPTU: eficiência, externalidades e distorções. In: NÓBREGA, Marcos. Direito e Economia da Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia; CASTILHO, Ricardo. Sustentabilidade e Desenvolvimento na Licitação. In Direito Administrativo Econômico. José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz, Márcia Batista dos Santos – coordenadores. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1233-1250.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAGO, Marina Fontão. Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas. Brasília: Enap, 2018. Disponível em https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4347/1/Livro_Poder_compra_estatal.pdf. Acesso: 31/3/2023.

CONTRATAÇÕES ABERTAS: A NECESSÁRIA ADOÇÃO DOS PRINCÍPIOS GLOBAIS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA ABERTA NO BRASIL

Sarah Campos¹

Edgar Maturana²

1. INTRODUÇÃO

Segundo dados disponibilizados por organismos internacionais, a contratação pública é um dos meios mais vulneráveis à corrupção e fraude na administração pública brasileira e mundial. Por esta razão, recursos públicos que deveriam ser destinados à execução de políticas públicas, à modernização e ao desenvolvimento das economias são desviados, resultando, ao final, em injustiça social.

Nesse contexto, este artigo, inicialmente, apresentará dados disponíveis sobre compras públicas no Brasil e no mundo;

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Advogada, ocupante do cargo público de Procuradora-Geral do Município de Contagem-MG.

² Especialista em Direito Público. Advogado. Cientista Social. Engenheiro. Ocupante do cargo de assessor jurídico na Procuradoria-Geral do Município de Contagem-MG.

em seguida, abordará como a corrupção afeta a eficiência das contratações públicas; ato contínuo, trará a perspectiva de controle das compras públicas por meio dos princípios de órgãos multilaterais de Governo Aberto, como o *Open Government Partnership* (OGP) e o *Open Contracting Partnership* (OCP), que visam o aprimoramento da transparência, da participação pública, da inovação e do *accountability*. Por fim, analisará de que maneira a Nova Lei de Licitação e Contratos (Lei Federal nº 14.133/2021) tem o potencial para, seguindo os princípios internacionais de governança, avançar na direção da consolidação de uma contratação mais aberta, com vistas à eficiência e mais controle social no Brasil.

2. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM DADOS

A contratação pública é o processo de aquisição de bens, serviços e obras por parte da administração pública com o objetivo de, no exercício das competências estatais, disponibilizar utilidades públicas para a população (ZAGO, 2018, p. 57). Para isso, embora os governos possam disponibilizar aos cidadãos bens e serviços de maneira direta, o princípio da racionalidade econômica e da eficiência, assim como os da celeridade, da integridade e da sustentabilidade, postulam como solução a contratação de empresas privadas a fim de prover tais bens e serviços (THORSTEN; GISTEIRA, 2021, p. 7).

O mercado de compras públicas corresponde a, aproximadamente, 12% do Produto Interno Bruto (PIB) e 29% do orçamento dos governos centrais dos países-membros³ da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (THORSTEN; GISTEIRA, 2021, p. 12).

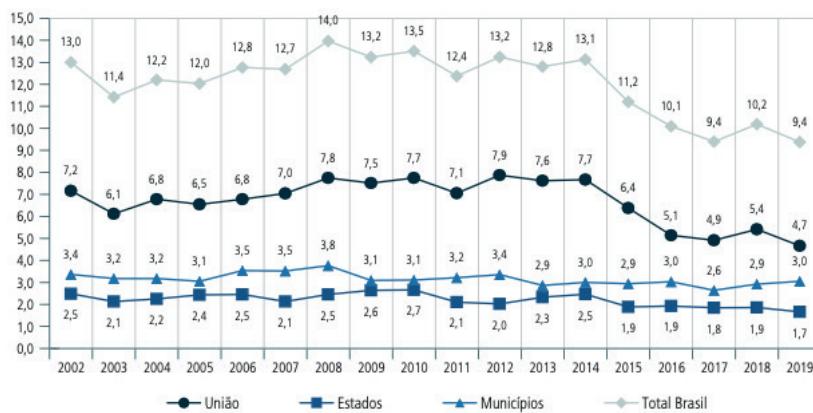
No Brasil, as contratações públicas, apenas na esfera federal, representam uma média de 6,6% do PIB. Ao somarmos os valores dispendidos pela União, estados e municípios, chega-se a valores mais próximos da mé-

3 Os países-membros da OCDE são Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Colômbia, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coreia do Sul, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, México, Países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Estados Unidos e Reino Unido.

dia da OCDE, no percentual de 9,4% (nove por cento) do PIB brasileiro, considerando dados de 2019 (THORSTEN; GISTEIRA, 2021, p. 14).

Observa-se, no Gráfico 1, que apura o período de 2002 a 2019, a crescente queda de investimentos nas compras públicas pela União, a partir de 2015, enquanto estados e municípios mantiveram a média (THORSTEN; GISTEIRA, 2021, p. 38):

GRÁFICO 1
Compras governamentais do Brasil, segundo entes (2002-2019)
(Em % do PIB)



Fonte: Quadro A.1 do apêndice A.

Elaboração dos autores.

Obs.: Valores inflacionados para dezembro de 2019.

De acordo com dados do Portal da Transparência do governo federal, as despesas com contratos firmados para aquisição de bens e serviços foram de R\$ 43,07 bilhões, em 2019, de R\$ 51,47 bilhões, em 2020, de R\$ 85,11 bilhões, em 2021 e de R\$ 417,22 bilhões, em 2022 (CGU, 2023).

No ano de 2019, o Ministério da Saúde foi responsável por 20,12% dos gastos, seguido dos Ministérios da Defesa (20,02%) e da Educação (18,54%). Em 2020, O Ministério da Defesa subiu para 22,61%, seguido dos Ministérios da Saúde (20,94%) e Infraestrutura (19,03%), havendo uma diminuição percentual com as despesas direcionadas à Educação (16,71%). Em 2021, em que as despesas subiram de R\$ 51,47 bilhões para R\$ 85,11 bilhões, provavelmente em decorrência da pandemia da Co-

vid-19, as contratações do Ministério da Saúde representaram 29,25% dos gastos, seguido pelo Ministério da Defesa (23,02%) e Educação (15,57%). Já em 2022, o aumento extraordinário de recursos utilizados com contratações públicas, correspondendo ao montante R\$ 417,22 bilhões, originou-se do Ministério da Defesa, responsável por 82,16%, o que representa o destacado montante de R\$ 357.796.801.145,47, seguido do Ministério da Saúde, com 5,10% correspondente a R\$ 21.183.771.223,78 e da Educação, com 3,84% ou R\$ 15.951.778.597,83 (CGU, 2023).

Ao se analisar os dados disponíveis no Portal da Transparência verifica-se que, desde 2019, o detalhamento dos dados relativos ao grupo de objeto da compra passou, cada vez mais, a não ser especificado. Saindo de 43,44% sem informação, em 2019, para 99,59% sem informação, em 2022. Infelizmente, o Portal não disponibiliza, de forma acessível, os dados anteriores a 2019 para permitir análise comparativa, também ausente o preenchimento dos dados relativos aos itens contratados, termos aditivos do contrato, apostilamentos e documentos relacionados.⁴

Neste aspecto, verifica-se a precariedade de dados disponíveis sobre contratações públicas em âmbito federal, constatando-se uma tendência, a partir de 2019, de uma menor abertura de dados sobre os contratos firmados, em um contexto de diminuição de recursos em educação, saúde e infraestrutura, áreas essenciais para a execução de políticas públicas que privilegiam investimentos sociais.

O relatório da *Open Contracting Partnership e Spend Network* (2020, p. 6) estima que os governos de todo o mundo gastam, aproximadamente, US\$ 13 trilhões de dólares, por ano, em contratos públi-

4 A título de exemplo, o Contrato Administrativo nº 3/2022, firmado com o Ministério da Defesa (órgão subordinado Comando da Marinha) e a Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., cujo objeto são serviços de administração e gerenciamento de frota para intermediação de manutenção preventiva, corretiva e preditiva da frota institucional, por meio de sistema informatizado integrado via internet, no valor de R\$ 460.045.908,00, em que não se informa a modalidade de licitação, os itens contratados, os termos aditivos do contrato, os apostilamentos e os documentos relacionados, apesar de existirem campos específicos no Portal da Transparência para preenchimento destas informações. Disponível em: <<https://portaldatransparencia.gov.br/contratos/86329216?ordenarPor=descricao&direcao=asc>>. Acesso em 19.3.2023.

cos de bens, serviços e obras. No entanto, menos de 3% (US\$ 363 bilhões de dólares) dessas contratações são publicadas abertamente. Segundo as entidades, contratos opacos, sem dados acessíveis, impediram empresas, jornalistas e sociedade civil de analisar e comparar os dados relativos às compras públicas globalmente. O Brasil foi classificado como um dos países, comparativamente, com dados fechados ou incapazes de serem analisados nos padrões internacionais.⁵

A falta de transparência nas compras públicas dificulta seriamente os esforços para aumentar a concorrência, especialmente para pequenas e médias empresas e empresas pertencentes a segmentos sociais vulnerabilizados em seus direitos e minorias, bem como a adoção de mecanismos eficazes para reduzir a fraude e a corrupção (OCP, 2020, p. 3).

De acordo com a *Open Contracting Partnership* (OCP, 2020, p. 3), “os sistemas de compras mais abertos gerenciaram a falta de suprimentos necessários para fazer frente à pandemia da Covid-19 de forma mais eficaz e transparente”. Segundo a organização, a pandemia de coronavírus revelou como os sistemas de aquisição ineficazes e opacos prejudicaram o rápido atendimento das necessidades da população por suprimentos médicos e outros bens e serviços cruciais para lidar com a emergência em saúde pública. Em todo o mundo, verificou-se que compradores e fornecedores não conseguiram se conectar e, em muitos casos, os governos não lograram responder a um mercado escasso com custos exorbitantes e fornecedores inexperientes. A coordenação *inter* e *intragovernamental* era limitada, com diferentes níveis e âmbitos dos governos competindo entre si.

Considerando o volume de recursos públicos destinados às compras públicas, necessário avaliar como a falta de transparência de dados e, em especial, a fragilidade dos mecanismos de controle social, somada à complexidade do processo de contratação, impactam na qualidade e

5 O relatório considerou o exercício financeiro de 1º de abril de 2018 a 31 de março de 2019. Mais de US\$ 10 trilhões (77% do total) são gastos por 16 países. A China é de longe o maior comprador, com US\$ 4,2 trilhões, e os Estados Unidos gastam US\$ 1,8 trilhão. Cerca de 14 países gastam entre US\$ 100 bilhões e US\$ 1 trilhão por ano. Do maior para o menor, são Japão, Alemanha, Índia, França, Reino Unido, Indonésia, Canadá, Itália, Coreia do Sul, Austrália, Brasil, Holanda, Rússia e Espanha. (OCP, 2020, p. 6).

eficiência das contratações públicas, enquanto política de investimento na sociedade, na medida em que se constituem como meios de oferta de bens e serviços para população.

3. CORRUPÇÃO E COMPRAS PÚBLICAS

O custo financeiro e humano da ausência de transparência de dados, da fragilidade dos mecanismos de controle social e da complexidade dos processos de contratação é devastador, na medida em que possibilita a consolidação de um ambiente propício à corrupção no âmbito das contratações públicas.

A corrupção na administração pública, especialmente no âmbito das compras públicas, provoca o “desvio e a má aplicação de fundos destinados ao desenvolvimento econômico e social, e a consequente destruição da capacidade dos governos em oferecer um serviço básico” (CGU, 2019). Portanto, o pior efeito da corrupção é o custo real que onera o cidadão.

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), a corrupção consome, em média, de 10 a 25% do valor de um contrato público. Aplicando esse percentual ao total de gastos governamentais em contratações públicas, evidencia-se que todos os anos centenas de bilhões de dólares, que deveriam ser investidos em políticas públicas, são perdidos para a corrupção (UNODC, 2013, p. 1).

De maneira exemplificativa, a corrupção nos contratos de obras públicas e infraestrutura tem o potencial de causar sérios prejuízos à sociedade, tanto pela baixa qualidade, má localização ou inexistência do serviço prestado, bem como pelos danos irreversíveis aos cidadãos, considerando os graves acidentes que provocam milhares de mortes no Brasil todos os anos⁶. **Segundo a Confederação Nacional de Transporte**

⁶ Segundo a CNT, 64.447 acidentes foram registrados nas rodovias federais em 2022, destes, 52.948 resultaram em vítimas (mortos ou feridos). De acordo com a Pesquisa CNT Rodovia de 2021, a violência no trânsito nas rodovias brasileiras está relacionada à falta de infraestrutura rodoviária. Dos 110.333 quilômetros avaliados, 66% foram classificados como regular, ruim ou péssimo (CNT, 2023).

(2023), o custo total estimado dos acidentes ocorridos em rodovias federais foi de R\$ 12,92 bilhões em 2022. O valor é quase 100% maior do que o investimento público federal realizado na malha pública federal no mesmo ano (R\$ 6,51 bilhões).

A corrupção é mecanismo utilizado por agentes públicos e privados para a obtenção de vantagens pessoais, não apenas por meio do recebimento de propina, mas também práticas como nepotismo, fraude e captura estatal (FORTINI; MOTA, 2016). Para a Transparência Internacional (TI), a corrupção relaciona-se ao abuso do poder visando benefícios pessoais. Nessa perspectiva, as compras públicas são, dentre as atividades governamentais, as mais vulneráveis à corrupção, representando 57% da totalidade de casos de suborno internacional no processo licitatório (UNODC, 2013, p. 16). Em alguns países, os abusos na realização das compras públicas tornam-se “porta de entrada para a fortuna” (SALISU, 2006, p. 2).

Identificar as causas que ensejam a corrupção na administração pública é uma tarefa complexa, que vem sendo objeto de estudos diversos desde a década de 1990 e vem tomando novos contornos em relação aos objetos de estudo e as explicações (CASTRO, 2010, p. 3).

Segundo a *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), a corrupção é determinada tanto pela frequência quanto pelo alcance da ação corruptora. Nesse entendimento, a corrupção pode ocorrer num ato isolado de um agente ou por meio de um sistema de corrupção estabelecido dentro da administração pública contendo um padrão generalizado de atividades e práticas corruptivas que operam na continuidade do tempo e trazem efeitos políticos e econômicos de longo alcance e potencialmente devastadores tanto para os governos quanto para os cidadãos (UNODC, 2017, p. 9).

Levantamento realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU, 2021), a fim de diagnosticar as vulnerabilidades dos entes públicos quanto à fraude e à corrupção, nos três poderes e em todos os entes da federação, demonstrou que: mais de 82% dos entes da federação possuem um grau muito alto ou alto de exposição à corrupção, estando a esfera municipal a mais suscetível a ela. Ao detalhar a suscetibilidade das compras nos três Poderes, concluiu-se que o Legislativo municipal aparece com maior

fragilidade dada a falta de institucionalidade no processo licitatório nas câmaras municipais.

O referido levantamento é corroborado tanto pelos dados apresentados pelo Programa Nacional de Prevenção à Corrupção (PNPC) do TCU (2021), ao indicar que, no Brasil, menos de 2% das organizações públicas possuem sistema de proteção adequado contra atos lesivos como fraude e corrupção, quanto pelo Índice de Percepção de Corrupção (IPC) de 2022, ao apontar que o país ocupa a posição 96^a do *ranking* de 180 países e territórios avaliados com 38 pontos, o que é considerado um desempenho ruim (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2022).

O Brasil ficou, mais uma vez, abaixo da média global de 43 pontos, abaixo da média dos BRICS (39 pontos), da média regional para a América Latina e o Caribe (41 pontos) e ainda mais distante da média dos países do G20 (54 pontos) e da OCDE (66 pontos). A nota alcançada pelo país, em 2021, representa o terceiro pior resultado da série histórica. Com exceção dos anos de 2012 e 2014, o país esteve abaixo da média global do IPC em todas as avaliações.⁷

Considerando o baixo desempenho do Brasil em relação aos mecanismos de combate à corrupção, o volume de transação e de interesse financeiros envolvidos no campo da contratação pública trazem alertas importantes. Isso significa dizer que quanto maior a compra, mais vulnerável torna-se o processo, os subornos tornam-se mais frequentes e representam uma porcentagem maior do valor do contrato (UNODC, 2013, p. 1).

A OCDE (2016) corrobora e complementa essa avaliação ao expor que os riscos da corrupção nas compras públicas são intensificados tanto pela complexidade dos processos como pela interação próxima entre agentes da administração pública com as empresas privadas e pela variedade de partes interessadas a influenciar o processo licitatório. Ademais, aponta que a corrupção nas compras públicas pode ocorrer em

7 As melhores notas foram atribuídas a Dinamarca, Finlândia e Nova Zelândia (os três com 88 pontos) e Noruega, Singapura e Suécia (os três com 85 pontos). No extremo oposto, os países com as piores avaliações pelo IPC foram Venezuela (14), Somália e Síria (ambos com 13) e Sudão do Sul (11). (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, Índice de Percepção da Corrupção, 2022).

todos os níveis da administração pública, do nacional ao subnacional, ainda que o modelo de contratação seja centralizado ou descentralizado.

Segundo GRAYCAR (2015) e o *International Monetary Fund* (2016), a corrupção nas compras públicas aumenta substancialmente o custo dos bens e serviços públicos, contribui para a má alocação dos recursos e, principalmente, enfraquece o processo de estruturação e a implementação de políticas, com efeito devastador de destruição da confiança pública no governo. A corrupção gera dois efeitos distintos e complementares nos custos das compras públicas: a) os *diretos* sobre os custos, ao incluir perdas no orçamento por conta de alocação incorreta ou aumento das despesas ou do rebaixamento da qualidade dos bens, serviços e obras prestados; b) os *indiretos* ao trazer distorções de competitividade, ao limitar o acesso de novos atores aos mercados e ao reduzir a disposição de investidores estrangeiros (OCDE, 2016, p. 7).

A OCDE (2016) listou os principais riscos à integridade do processo licitatório a título de fomentar recomendações para a prevenção, a detecção e o combate da corrupção nas compras públicas: a) na fase preparatória, a falta de avaliação e de especificações técnicas das necessidades, a influência de atores externos nas decisões e a omissão de critérios de seleção objetivos; b) na fase externa, o risco da corrupção operaria pela ausência de edital de convocação, na omissão de critérios de avaliação e premiação claros, pela falha de divulgação de dados precisos por parte dos fornecedores, ou ainda pela falta de divulgação de critérios de aprovação e dos registros do procedimento licitatório; c) na fase de execução do contrato, os abusos ocorreriam por conta das deficiências da gestão do contrato e de pagamento ilegais realizados pela administração pública, mas também por parte do contratado, ao abusar na execução do objeto do contrato trazendo os efeitos do desperdício de tempo e de recurso, ou ainda no rebaixamento dos níveis da prestação dos serviços ou dos bens contratados.

Como meio de reduzir a corrupção nas compras públicas, parte da doutrina entende que a competição seria o meio mais eficaz de solucionar a questão, visto que a relação da baixa competição com a ampliação das rendas a serem ilegalmente expropriadas seria o principal problema a

ensejar a corrupção (COSTA; TERRA, 2019, p. 93). Ao revés, alguns estudos demonstram que a competição na seleção de proposta mais vantajosa para a administração pública não seria o meio mais indicado, porquanto os agentes licitantes desvirtuariam o processo licitatório ao coordenarem suas ações e suavizariam o potencial da concorrência por meio dos conluios, os lances orquestrados e a manipulações em *rankings* de qualidade a fim de aumentarem seus lucros (CELENTANI; GANUZA, 2002).

De maneira complementar, FORTINI e SHERMAM (2017) entendem que para o combate à corrupção na administração pública, incluindo a que opera nas compras públicas, é necessário desenvolver “mecanismos de contenção do poder, de delimitação de atuação e de garantia dos interesses institucionais”. Defendem, em síntese, que o combate à corrupção deve ser realizado pelo “aperfeiçoamento da gestão pública e privada, favorecendo a integridade”, isto é, por meio da implementação e do aprimoramento da governança pública e do aperfeiçoamento da transparência.

Adicionalmente, organismos internacionais apontam que a direção para mitigar e prevenir a corrupção nas compras públicas passa por compreender o processo licitatório por meio de uma abordagem mais ampla. Nesse sentido, a OCDE (2016) entende que estabelecer meios de prevenção em apenas uma determinada fase do processo, ou num determinado tipo de risco mais proeminente, é cooperar para o aumento do risco da corrupção em todas as outras fases do processo que ficariam descobertas, ou ainda incentivar a criação de novos mecanismos de corrupção pelos agentes interligados ao processo licitatório.

Baseando-se nessa compreensão holística, a OCDE (2016) recomenda a adoção de princípios mutuamente complementares a fim de nortear o aumento da integridade das compras públicas, reduzir e prevenir a corrupção, além de estimular a boa governança e a responsabilização nos contratos públicos. São os seguintes: o da integridade, o da transparência, a maior participação dos interessados na licitação, a facilitação do acesso aos contratos públicos, o uso de tecnologia da informação no processo licitatório e a supervisão e controle de todo o processo de licitação.

Nessa perspectiva, o G7, o G20, a OCDE, a Comissão Europeia, o Banco Mundial e o Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento

vêm endossando novos meios de prevenção à corrupção nas compras públicas. Para essas organizações, a contratação pública aberta e seus princípios devem ser aplicados como padrão global na redução da corrupção nos processos licitatórios. Em síntese, a contratação pública aberta resulta da combinação de práticas de Governo Aberto e a efetiva abertura de dados sobre os contratos públicos.⁸

4. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS ABERTAS

Em um contexto global de escassez de recursos, decorrente de sucessivas crises fiscais, instabilidade econômica, cooptação do Estado pelos *standards* do neoliberalismo, resultando na crescente desigualdade socioeconômica, torna-se cada vez mais necessário repensar os modelos regulatórios e procedimentais na administração pública, não sendo mais admissível permitir a reprodução de práticas de contratação pública ineficientes. Afinal, “a sociedade globalizada da era da recessão reclama a eficiência administrativa e exige o atendimento do mínimo existencial para uma vida digna” (BATISTA JÚNIOR, 2011, p. 330).

O orçamento público, que deveria ser investido em prol do desenvolvimento econômico e social, vem sendo desviado com as práticas corruptivas e, ao final, quem paga a conta são os mais carentes, os excluídos, que ficam impedidos de acessar as prestações mais elementares por parte dos estados.

8 Segundo a organização da sociedade civil *Open Contracting Partnership* (2020), várias iniciativas globais de Governo Aberto foram implementadas nos Estados Nacionais ou em suas unidades administrativas como o *Open Government Partnership* (OGP) e a Carta Internacional de Dados Abertos (2015). Nesse sentido, diversos compromissos globais foram firmados endossando a mudança cultural e normativa em sentido à contratação aberta nas compras públicas. Dentre elas, pode-se citar a Declaração Política da Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU sobre Corrupção (2021), a Declaração do G7 Contra a Corrupção e as Cleptocracias (G7, 2021), a Declaração do G7 de Biarritz sobre Transparência nos Contratos Públicos e a Luta Comum Contra a Corrupção (G7, 2015), a Declaração dos Princípios para a Promoção da Integridade nas Compras Públicas do G20 (2015), a Declaração de Princípios de Dados Abertos Anticorrupção do G20 (2015(1)), entre outros.

Por essa razão, a adoção do modelo de contratações abertas, que se insere no *framework* do Governo Aberto, fundamentado nos princípios da transparência, participação social, *accountability* e inovação tecnológica, é uma iniciativa que merece ser mais difundida e implementada na administração pública brasileira.

Em definição mais conceitual, Governo Aberto é uma “filosofia político-administrativa e um novo paradigma ou modelo de interação sociopolítica” (CRUZ-RUBIO, 2015, p. 130). Logo, é um modelo relacional que favorece uma “democracia mais agregativa, que busca dar prioridade à representatividade e aos processos, e cuja orientação é de criar um governo (mais) acessível, transparente e receptivo” (CRUZ-RUBÍO, 2015, p. 131).

As ações de Governo Aberto permitem o aprimoramento da relação entre os governantes, a administração pública e a sociedade (RAMÍREZ-ALUJAS, 2011, p. 1). Em certo sentido, é um “conjunto de práticas e tendências de reformas estatais orientadas a transformar substantivamente o setor público, seu aparato administrativo, seus produtos e suas formas de interação com a sociedade a que serve” (CRUZ-RUBIO, 2015, p. 129).

Na perspectiva do Governo Aberto, a gestão pública deve favorecer a transparência e a participação, imperativos na democracia. Segundo a OCDE, é “uma cultura de governança que promove os princípios de transparência, integridade, *accountability*, e participação das partes interessadas, como forma de apoiar a democracia e o crescimento inclusivo” (THORSTEN; NOGUEIRA, 2021, p. 24).

A democracia é um sistema político que visa garantir a participação popular nas decisões governamentais e inclusive na própria gestão dos recursos públicos. No entanto, esse ideal democrático muitas vezes é ameaçado por práticas corruptas e fraudulentas que comprometem a eficiácia e a eficiência da governança, a oferta ou qualidade na prestação dos serviços públicos e, ainda, a própria confiança dos indivíduos nas instituições. A adoção de práticas de Governo Aberto, que garantam políticas públicas mais inclusivas e participativas, a transparência e a responsabilização das ações dos agentes públicos, contribui, portanto, para a promoção de um sistema democrático efetivamente mais justo e responsável.

Segundo CRUZ-RUBÍO (2015), a emergência do Governo Aberto está associada a três processos recentes das últimas décadas de impacto global: i) os avanços tecnológicos, ao realizar incrementos de conectividade; ii) as pressões cidadãs por maior transparência e *accountability*; e iii) o advento da governança na consolidação de governos relacionais, como meio de condução sociopolíticos na coordenação e gestão de assuntos públicos. Nesse sentido, o fenômeno está ligado a uma transformação profunda sobre o modo como ocorre a interação sociopolítica, distinguindo-se dos modos de governança conhecidos até agora. Portanto, Governo Aberto se refere a valores (fins) e a instrumentos (meios) que operam articuladamente na produção de novos e mais complexos modos de governança.

Sendo o Governo Aberto uma doutrina política que defende que “as atividades do governo e da administração pública devam ser e estar abertas a todos os níveis possíveis para o escrutínio e a supervisão dos cidadãos” (CRUZ-RUBIO, 2015, p. 136), as suas iniciativas fundam-se em princípios e valores-chave.

Originalmente, esses princípios foram propostos pela administração do então presidente norte-americano Barack Obama, no memorando *Transparency and Open Government* (US GOVERNMENT, 2009), e aprimorados pela *Open Government Partnership* (OGP).

O Brasil é membro fundador da *Open Government Partnership* (OGP), organização internacional que estabelece uma parceria para o Governo Aberto, tendo como objetivo atender melhor às necessidades de seus cidadãos, otimizar os recursos públicos e dar mais eficiência, inovação e confiabilidade à ação estatal.⁹ Em 2011, o Brasil em conjunto com sete países e nove organizações da sociedade civil, fundaram essa iniciativa multilateral internacional, comprometendo-se a: a) aumentar a disponibilidade de informações acerca das atividades governamentais; b) apoiar a participação cívica; c) implementar os mais altos padrões de in-

9 A OGP é um organismo multilateral, fundada em setembro de 2011 por oito países, incluindo o Brasil, com o intuito de promover parceria entre os signatários de modo a promover políticas de transparência, empoderamento do cidadão, combate à corrupção e desenvolvimento de novas tecnologias que fortaleçam a governança. De acordo com o sítio da OGP, disponível em [Aproximação \(opengovpartnership.org\)](http://Aproximação (opengovpartnership.org)). Acesso em 12.3.2023.

tegridade profissional nas administrações públicas; e d) ampliar o acesso a novas tecnologias, para fins de abertura e prestação de contas.

Ao longo das últimas décadas, a OGP vem contribuindo sobremaneira “no combate à corrupção, na promoção da transparência e na participação popular na gestão pública” (YU e ROBINSON, 2012, p. 200). Isto ocorre porque a Organização tem como pilares a disponibilização de informações governamentais, o aumento do acesso a novas tecnologias para a abertura e controle das contas públicas, e a promoção da participação popular com o objetivo de atender melhor às necessidades de seus cidadãos, otimizar os recursos e dar mais eficiência, inovação e confiabilidade à ação estatal.

Nesse sentido, a OGP incentiva tanto a construção de políticas públicas para o Governo Aberto, tendo como horizonte a sua promoção, como na utilização dos princípios e valores de Governo Aberto como um meio privilegiado na conformação, desenvolvimento ou redesenho de políticas públicas, isto é, um instrumento de articulação, formulação e implementação das políticas públicas (CRUZ-RUBÍO, 2015, p. 140).

Para alcançar Governos Abertos, verdadeiramente transparentes e participativos, dentre as *policies areas* desenvolvidas na OGP, existem vários compromissos vinculados à implementação de compras públicas abertas. Embalados pela reverberação da OGP, outras organizações da sociedade civil, como é o caso da *Open Contracting Partnership* (OCP), vêm desenvolvendo ações no sentido de promover um governo mais aberto fundamentados nos princípios daquela organização.

De maneira simplificada, a OCP prescreve abertura dos contratos públicos como um meio de ampliação do *accountability*, da transparência e do aprimoramento dos serviços prestados pela administração pública, mas também como meio de prevenção à fraude e à corrupção, assim como melhorar a relação custo-benefício para os governos, promover a concorrência mais justa e igualdade de condições para os negócios e o fornecimento de bens, serviços e obras de maior qualidade para o cidadão (CASTRO; APARÍCIO; ROCHA, 2022).¹⁰

10 Ademais, segundo BOECHAT (2022, p. 70), os princípios da *Open Contracting* estão fundamentalmente unidos aos princípios da OGP de transparência, no sen-

Para tanto, a OCP fundamenta a abertura dos contratos por meio de *princípios globais de contratação aberta*¹¹, que reúnem normas e melhores práticas para a divulgação e a participação em compras públicas. O objetivo desses princípios é que os governos sejam orientados a divulgar, afirmativamente, documentos e informações relacionadas às compras públicas de forma a permitir um entendimento significativo e um monitoramento efetivo pela sociedade civil (OGP, 2021).

A contratação pública aberta é a prática de produzir e usar informações abertas, acessíveis e oportunas sobre contratos públicos. Com essa prática, envolvem-se as partes interessadas em todos os setores para mitigar a corrupção e agregar valor aos recursos públicos destinados às aquisições e prestações de serviço para a administração pública. Isto é, a contratação pública aberta torna-se fundamental para combater a corrupção e melhorar a eficiência administrativa.

A implementação da contratação aberta resulta, como benefício, a supervisão eficaz pela sociedade civil da contratação dos serviços

tido de resolver problemas governamentais como a ineficiência e a corrupção, a *accountability*, como um conjunto de regras e mecanismos que obrigam o governo a justificar suas ações, a agir diante das críticas ou demandas e a aceitar a responsabilização diante do descumprimento de leis e compromissos, à participação cidadã, como a atuação aproximada da sociedade na solução dos problemas, e a inovação tecnológica, no sentido de disseminar os conceitos de governo aberto, o acesso mais simplificado às informações e a promoção de novas interações que conduzem à práticas mais abertas e colaborativas.

11 Segundo *Open Contracting Partnership* (2020), os princípios norteadores das compras públicas abertas são: a) o reconhecimento, pelos governos, ao direito do público em geral acessar informações sobre contratos públicos em todas as fases do ciclo licitatório, pela publicação de dados suficientes sobre contratos públicos em formatos aberto e estruturado, de forma amigável e pesquisável; b) a disponibilização da informação deve ser a mais completa possível, salvaguardado as limitações definidas em lei, a fim de garantir interpretação qualitativa dos dados; c) os governos devem garantir que as autoridades de controle e supervisão acessem e usem a informação divulgadas, reconheçam e ajam com base no feedback dos cidadãos, e encorajem o diálogo e as consultas entre as partes a fim de melhorar a qualidade dos resultados da contratação; d) os contratantes devem desenvolver estratégias de consulta e o envolvimento dos cidadãos na gestão do contrato em relação aos contratos de impacto significativo.

pela administração pública, possibilitando a qualquer interessado identificar quem recebe, quanto recebe, quem entrega o quê, e se os bens ou serviços foram entregues no prazo e com qualidade. Em síntese, a contratação aberta economiza dinheiro, aumenta a concorrência, fortalece as cadeias de suprimentos, reduz o risco e incentiva uma maior inclusão e participação social.

5. A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS SOB A PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS GLOBAIS DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS ABERTAS

Mais de 50 governos têm um programa de contratação aberta em vigor, e as principais instituições globais, como o G7, a ONU, a OCDE, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI), endossam a importância da contratação aberta como meio de redução da corrupção (OCP, 2020).

Em junho de 2021, os líderes do G7 destacaram a importância das compras abertas no combate à vulnerabilidade dos sistemas de compras públicas à fraude e à corrupção. Reafirmaram seus compromissos em aumentar a transparência nas compras públicas com vistas ao combate à corrupção, ao fortalecimento da concorrência e para garantir maior eficiência na prestação de serviços governamentais vitais, considerando o impacto das compras públicas durante a pandemia. Por fim, reforçaram o compromisso da Declaração Política da Sessão Especial da Assembleia da ONU sobre corrupção e se comprometeram em “fortalecer os sistemas de coleta de dados” e apoiar “bancos de dados abertos, acessíveis e fáceis de usar” (OCP, 2021).

Conforme Informe Global da OGP (2020), a contratação aberta – incluindo a publicação de contratos e participação cidadã, monitoramento e fiscalização – tem o potencial de gerar economia fiscal, reduzir a corrupção e fortalecer a participação de empresas, inclusive de pequeno e médio porte. Porém, para gerar impactos e resultados, a contratação pública aberta deve focar nos problemas locais, envolver cidadãos para obter impacto, melhorar a qualidade dos dados (abertos, acessíveis, opor-

tunos, legíveis por máquina, desagregados por gênero e de acordo com os padrões de dados de recrutamento aberto) e coletar e compartilhar dados desagregados por gênero sobre licitações de compras, buscando oportunidades para expandir o mercado de compras públicas para fornecedores que têm mulheres como proprietárias, já que esse perfil de empreendimento recebe menos de 1% dos contratos públicos globalmente.

Segundo o Banco Mundial (2013), os esforços na abertura dos contratos públicos devem residir no desenvolvimento das seguintes políticas: a) desenvolver uma estrutura para um processo licitatório transparente e equitativo; b) reconhecer o direito ao público em acessar informações de contratos públicos; c) divulgar frequentemente as classes de documentos e dados sobre contratações públicas; d) criar mecanismos de participação em todos os estágios da contratação; e) construir e manter a capacidade das partes interessadas em abrir, entender, monitorar e agir em relação às informações públicas de contratos.

No Brasil, considerando esse contexto global, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal nº 14.133/2021 - NLLC) reforça um ambiente regulatório bastante favorável para que o país alcance os mais altos padrões de contratação pública aberta, possibilitando a incorporação de práticas de divulgação afirmativa, participação, monitoramento e supervisão. Isso porque a nova lei estabelece diretrizes firmes de transparência das compras públicas, estimulando a efetiva implantação de dados abertos e dando relevância aos processos de governança e controles internos, em especial os preventivos.

A título de exemplo, destaca-se o inciso I do §9º do art. 25 e o inciso III do *caput* do art. 60 da NLLC, regulamentados pelo Decreto Federal nº 11.430/2023, dispondo sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Referida norma vem dar efetividade à recomendação da OGP de expansão de

oportunidades no mercado de compras públicas para as mulheres e segmentos mais vulneráveis da sociedade.

BOECHAT (2022, p. 70-75), utilizando-se dos critérios definidos por CRUZ-RUBIO (2014), classifica os dispositivos da Lei Federal nº 14.133/2021 em nível básico, intermediário e avançado, numa clara demonstração de como os princípios de Governo Aberto, e também de compras abertas, estão aplicados nessa nova legislação. Citando-a, em relação à transparéncia, refere-se aos dispositivos de publicidade dos atos praticados no processo licitatório (art. 13), da divulgação do Plano de Contratação Anual (art. 12, §1º), da divulgação de todos os elementos do edital (art. 25, §3º), da divulgação em Diário Oficial e jornal de grande circulação (art. 54, §1º), da divulgação prévia em caso de dispensa de licitação (art. 91), da criação do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP - (art. 174) e dados abertos do PNCP; em relação à participação cidadã, lista os dispositivos de comunicação com a sociedade via PNCP (art. 174, §3, VII), a possibilidade de convocação de audiência pública ou à distância, na forma eletrônica (art. 21) e a possibilidade de submeter a licitação à prévia consulta pública (art. 21, parágrafo único); quanto ao *accountability*, a NLLC avançou sobremaneira, uma vez que provedu orientações documentais (art. 12), discriminou as fases do processo licitatório (art. 17), concebe a realização de sessão em formato eletrônico ou presencial com gravação (art. 17, §2º), proibiu ações que atrapalhem a competitividade (art. 9), endossou a defesa em esferas administrativas (art. 10), estabeleceu meios de controle interno e gestão de risco (art. 11), promoveu o controle das contratações (Capítulo III), aprimorou a fiscalização do contrato (art. 117), prescreveu requisitos mínimos para os agentes públicos afetos ao processo licitatório (art. 7) e dispôs sobre os agentes públicos (Capítulo IV) e incluiu o capítulo no Código Penal (CP) os crimes em licitações e contratos administrativos (Capítulo II-B do CP). No entanto, destaca o reduzido avanço em relação à inovação tecnológica, considerando apenas a criação do catálogo eletrônico de padronização de compras (art. 19, inciso II) e a criação do PNCP (art. 174).¹²

12 Em resumo, ao classificar a nova legislação, a autora conclui pela: a) modernização, em nível mais avançado, quanto ao princípio de transparéncia, com o lançamento

Concordamos que a NLLC possui importantes avanços quanto à transparência nas contratações públicas e à consolidação do *accountability*, merecendo aprimoramento no que diz respeito aos mecanismos de participação cidadã e no estabelecimento de instrumentos mais eficazes para induzir um processo mais ágil e eficaz de inovação tecnológica.

Ademais, para a implementação de um sistema de contratação pública aberta, é necessário que os entes federados se apropriem do potencial do marco regulatório, sem se descurar dos desafios de implementação da legislação na prática. Assim, além de institucionalizar a governança do sistema e controle estabelecidos na norma, necessário, também, incentivar a utilização de tecnologias digitais mais acessíveis, que permitam um melhor tratamento dos dados relacionados às contratações, com informações mais qualitativas e não meramente quantitativas, com interface de fácil entendimento sobre as informações disponibilizadas para o cidadão comum, para que o controle e a participação social sejam realmente efetivos.

6. CONCLUSÃO

A mitigação da corrupção e da fraude nas compras públicas mundiais e no Brasil é um desafio tanto para os governantes e a administração pública como para os cidadãos. A deficiência na gestão dos processos de contratação e os ineficazes meios de controle provocam efeitos justapostos negativos que imprimem na sociedade uma realidade visivelmente nefasta no cumprimento de necessidades básicas pelo Estado.

No entanto, no enfrentamento dos produtos corrosivos e destrutivos da corrupção e da fraude, organizações internacionais e nacionais

do Portal Nacional de Contratações Públicas prevendo o regime de dados abertos para informações disponibilizadas no Portal; b) consolidação no nível avançado em *accountability*; c) manutenção do nível intermediário em relação aos princípios da participação cidadã, com a previsão de consultas e audiências públicas; e d) permanência no nível básico quanto ao princípio de inovação tecnológica, se apropriando do uso da tecnologia para promover transparência e participação, mas sem disponibilizar o código-fonte e permitir a colaboração aberta. (BOECHAT, 2022, p. 76)

vêm se dedicando a orientar e fomentar políticas mais participativas e inclusivas que viabilizem um sistema mais eficaz de governança no combate à corrupção nas contratações públicas. Para tanto, iniciativas de Governo Aberto como a *Open Government Partnership* e a *Open Contracting Partnership* recomendam a adoção de princípios e diretrizes de governança capazes de viabilizar compras públicas mais eficientes e eficazes, além de torná-las mais transparentes e com capacidade de responsabilização das ações dos seus agentes.

A emergência desses novos modelos de relação entre a administração pública, as empresas e a sociedade civil organizada já ecoa no Brasil. A Nova Lei de Licitação e Compras Públicas, Lei nº 14.133/2021, é um exemplo de como o país vem aprimorando meios, ainda que não suficientes, de se estabelecer um procedimento de contratação pública com valores e princípios recomendados pelos organismos internacionais a fim de tornar o processo licitatório mais aberto ao escrutínio social. Entretanto, se, por um lado, a legislação atual fortalece meios de transparência e *accountability*, por outro, ainda precisa aprimorar os mecanismos de participação cidadã e os valores de inovação tecnológica capazes de disponibilizar dados abertos e meios inteligíveis para uma interpretação e controle social mais adequados.¹³

Para se concretizar uma contratação pública verdadeiramente aberta, deve-se avançar no envolvimento colaborativo dos participantes (governo, empresas e sociedade civil). Mecanismos de produção democrática das normas e regulamentos que dispõem sobre licitação e contratos públicos podem ser um meio eficaz para alcançar esse objetivo, com a submissão das normativas a consultas e audiências públicas, aplicando-se metodologia que permita real diálogo entre os diferentes atores. Ainda, necessário implementar uma cultura de dados abertos, possibilitando a

13 A OCP criou o *Open Contracting Data Standard* (OCDS), um padrão de dados abertos para contratação pública que permite a divulgação de dados e documentos em todas as etapas do processo de contratação, definindo um modelo de dados comum. O conceito de *dados abertos* requer a possibilidade de utilização dos dados de maneira acessível e legível por máquina, a modificação e o compartilhamento livre por qualquer pessoa e para qualquer finalidade. O OCDS foi implementado por mais de 30 governos de todo o mundo, não tendo o Brasil ainda aderido à iniciativa.

coleta, a disseminação, o compartilhamento, a análise de informações e a gestão de ferramentas que, também com o incremento da participação social, promovam mudanças sistemáticas no processo de contratação.

Como efeito, a contratação pública aberta tem o potencial de contribuir para aprimorar a percepção, a eficiência e a detecção da corrupção, mas também, tornar a concorrência mais justa, e a sociedade civil mais integrada e participativa, por meio do monitoramento eficaz da prestação de serviços públicos.

Nesse sentido, a contratação pública aberta promove um ambiente de contratação pública mais democrático, minimizando a cooptação do procedimento por grupos de poder, gerando mais eficiência ao uso dos recursos públicos, incentivando o surgimento de novos protagonistas no mercado, impulsionando a participação de empresas comprometidas com responsabilidade social, *compliance* e *accountability* e, com isso, induzindo desenvolvimento econômico-social, com a criação de mais empregos e oferecimento de prestações estatais de qualidade e, em última análise, consolidando mais justiça social.

REFERÊNCIAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que a “guerra fiscal”? Os desafios do Estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 305-341 | jan./jun. 2011.

BOECHAT, Gabriela. Contratações Abertas: uma análise da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021) à luz dos princípios de Governo Aberto. *Revista da CGU*, Brasília, vol. 14, nº 25, p. 63-79, jan-jun. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Ministro da CGU aponta os efeitos nocivos da corrupção em uma sociedade*. Brasília: CGU, 04 de out. 2019. Disponível em: Ministro da CGU aponta os efeitos nocivos da corrupção em uma sociedade — Controladoria-Geral da União (www.gov.br). Acesso em: 12.3.2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Portal da Transparência*. Contratos. Brasília: CGU, 2023. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/contratos?ano=2023>. Acesso em: 19.3.2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Levantamento traz dados sobre corrupção nas organizações públicas brasileiras*. Brasília: TCU, 08 jul. 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/levantamento-traz-dados-sobre-corrupcao-nas-organizacoes-publicas-brasileiras.htm>. Acesso em: 28.3.2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Programa Nacional de Prevenção à Corrupção*. Brasília: TCU, 2021. Disponível em: https://www.rededecontrole.gov.br/wp-content/uploads/sites/7/2022/10/APRESENTACAO-RESULTADOS-PNP-C_08DEZ2021.pdf. Acesso em: 25.3.2023.

CASTRO, Caroline; APARÍCIO, Hellen de Paula; ROCHA, Mariana. *Dados abertos em compras e contratações públicas: desafios da contratação aberta no Brasil*. POLITEIA: coprodução do bem público - *accountability* e gestão, 2022. Disponível em: <<https://politeiacoproducao.com.br/dados-abertos-em-compras-e-contratacoes-publicas-desafios-da-contratacao-aberta-no-brasil/>> Acesso em: 15.3.2023.

CASTRO, Fabiano. *A Corrupção no orçamento: fraudes em licitações e contratos com o emprego de empresas idôneas*. Artigo apresentado como requisito parcial à obtenção de grau de especialista em orçamento público no Tribunal de Contas da União (TCU), Brasília, 2010.

CELENTANI, Marco; GANUZA, Juan-José. Corruption and competition in procurement. *European Economic Review*, vol. 46, issue 7, p. 1.273-1.303, jul. 2002.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTE. *Acidentes e mortes nas rodovias federais custaram ao país quase R\$ 13 bilhões em 2022*. CNT, 2023. Disponível em: <https://cnt.org.br/agencia-cnt/acidentes-e-mortes-nas-rodovias-federais-custaram-ao-pais-quase-13-bilhoes-em-2022>. Acesso em 20.3.2023.

COSTA, Caio Cesar de Medeiros; TERRA, Antônio Carlos Paim. *Compras públicas: para além da economicidade*. Brasília: ENAP, 2019. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4277/1/1_Livro_Compras%20p%C3%BAblicas%20para%20al%C3%A9m%20da%20economicidade.pdf>. Acesso em: 14.3.2023

CRUZ-RUBÍO, César Nicandro. *Hacia el Gobierno Abierto: uma caja de herramientas*. Departamento para la Gestión Pública Efectiva. Organización de los Estados Americanos. 2014.

CRUZ-RUBÍO, César Nicandro. O que é (e o que não é) governo aberto? Uma discussão conceitual. *Revista Temas de Administração Pública*, Araraquara, v. 10, n. 1, p. 129-148, 2015.

FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim. Novo olhar para as contratações públicas: precedentes e perspectivas da Lei nº 14.133/2021. In: MATOS, Marilene et al. (Org.) *Nova Lei de Licitações e Contratos: Lei nº 14.133/2021 – debates, perspectivas e desafios*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, p. 113-148, 2023.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, 2016. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/240>>. Acesso em: 14.3.2023.

FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, 2017. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/11/governanca-combate-corrupcao.pdf>>. Acesso em: 14.3.2023.

G7 FRANCE BIARRITZ. *Transparency in Public Procurement and the Common Fight Against Corruption*. 2019. Disponível em: <<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1663932/27d943820547fa184a240be621114b7b/2019-08-26-g-7-biarritz-transparency-en-data.pdf?download=1>>. Acesso em: 14.3.2023.

G7 INTERIOR AND SECURITY MINISTER'S MEETING. *Anex 3: statement against corruption and kleptocracies (accessible version)*. Set. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/g7-interior-and-security-ministers-meeting-september-2021/annex-3-statement-against-corruption-and-kleptocracies-accessible-version#enhancing-transparency-and-collaboration-in-corruption-investigations>>. Acesso em: 14.3.2023.

G20 TURKEY. *G20 Principles for promoting integrity in public procurement*. 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/G20-Anti-Corruption-Resources/Thematic-Areas/Public-Sector-Integrity-and-Transparency/G20-Principles_for_Promoting_Integrity_in_Public_Procurement_2015.pdf>. Acesso em: 14.3.2023.

G20 TURKEY. *Introductory note to the G20 anti-corruption open data principles*. 2015. Disponível em: <<http://www.g20.utoronto.ca/2015/G20-Anti-Corruption-Open-Data-Principles.pdf>>. Acesso em: 14.3.2023.

GRAYCAR, Adam. Corruption and analysis. *Policy and Society*. Singapore, vol. 34, issue 2, jun. 2015, p. 87-96. Disponível em: <<https://academic.oup.com/policyandsociety/article/34/2/87/6401359>>. Acesso em: 14.3.2023.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Corruption: costs and mitigating strategies*. May 2016. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>>. Acesso em: 14.3.2023.

OPEN CONTRACTING PARTNERSHIP. *How governments spend: Opening the value of global public procurement*. Spend Network. 2020. Disponível em: OCP2020-Global-Public-Procurement-Spend.pdf (open-contracting.org). Acesso em: 19.3.2023.

OPEN CONTRACTING PARTNERSHIP. *G7 commits to open and participatory public procurement reforms essential to ensure trillions of dollars for recovery aren't wasted*. September 2021. Disponível em: <https://www.open-contracting.org/news/g7-commits-to-open-and-participatory-public-procurement-reforms/>. Acesso em: 19.3.2023.

OPEN DATA CHARTER. *International Open Data Charter*. 2015. Disponível em: https://opendatacharter.net/wp-content/uploads/2015/10/opendatacharter-charter_F.pdf. Acesso em: 20.3.2023.

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *Informe global de Open Partnership: resumen ejecutivo*. 1ª edição, 2020. Disponível em: https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2020/08/Global-Report_Executive-Summary_ES.pdf. Acesso em: 19.2.2023.

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *Policy Progress Report*. Open Contracting. December, 2021. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/>

wp-content/uploads/2021/12/OGP-Policy-Overview-Open-Contracting-.pdf.
Acesso em: 14.3.2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Preventing Corruption in Public Procurement*. OECD, 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em: 7.3.2023.

RAMÍREZ-ALUJAS, A. V. *Gobierno abierto, servicios públicos 2.0 y ciudadanía digital*: notas para uma nueva agenda de modernización de la gestión pública em Iberoaméricas. Grupo de Investigación em Gobierno, Administración y Políticas Públicas, 2011. Disponível em: Gobierno Abierto, Servicios Públicos 2.0 y Ciudadanía Digital: Notas para una nueva agenda de modernización de la gestión pública en Iberoamérica | GIGAPP Estudios Working Papers. Acesso em: 10.3.2023.

SALISU, Mohammed. *Corruption in Nigeria*. Paper. Lancaster University Management School, Lancaster, 2006. Disponível em <<https://eprints.lancs.ac.uk/id/eprint/48533/1/Document.pdf>>. Acesso em: 10.3.2023.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de Percepção da Corrupção 2022*. Transparência Internacional Brasil, 2022. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Google&utm_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=Cj0KCQjwlPWgBhDHARIaH2xd-NcjrcNfJk8CMjtch6YHwOchqj68K2INH8rwSYEVBDiupGGB7FdkosaAth-wEALw_wcB>. Acesso em: 16.3.2023.

THORSTENSEN, Vera; GIESTEIRA, Luís Felipe. (Coords.). *Cadernos Brasil na OCDE: compras públicas*. Brasília: CEPAL; IPEA. Julho 2021. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10687/1/CadernosBrasil.pdf>. Acesso em: 7.3.2023.

THORSTEN, Vera; NOGUEIRA, Thiago. Governança Pública: o que defende a OCDE? In: THORSTEN, Vera; JÚNIOR, Mauro Kiithi Arima (coord.). *O Brasil e o modelo de governança da OCDE*. São Paulo: Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos e VT Assessoria Consultoria Ltda, 2020. Disponível em: https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/o_brasil_e_o_modelo_de_governanca_da_ocde_v9.pdf. Acesso em: 20.3.2023.

UNITED NATIONS. *Thirty-second special session*. General Assembly. 2021. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/138/82/PDF/N2113882.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 14.3.2023.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances: Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption*. New York: UNODC, 2013.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Manifestations and consequences of public sector corruption*. In: Module 4 - Public Sector Corruption. Vienna: UNODC, mar. 2017. Disponível em: <https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/academics/Anti-Corruption_Module_4_Public_Sector_Corruption.pdf>. Acesso em: 14.3.2023.

US GOVERNMENT. *Transparency and open government*. The White House. January 2009. Disponível em: <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government>>. Acesso em: 21.3.2023.

WORLD BANK INSTITUTE. *Open Contracting: a new frontier for transparency and accountability*. October 2013. Disponível em: <https://www.open-contracting.org/wp-content/uploads/2016/02/OCP2013_Paper-NewFrontierforTransparency.pdf>. Acesso em: 14.3.2023.

YU, Harlan; ROBINSON, David G. The New Ambiguity of “Open Government”. *UCLA Law Review Discourse*. California, 2012. Disponível em <<https://www.uclalawreview.org/pdf/discourse/59-11.pdf>>. Acesso em: 8.3.2023.

ZAGO, Marina Fontão. *Poder de Compra Estatal como instrumento de políticas públicas?* Brasília: Enap, 2018.

CONTRATUALIZAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS – EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA

Maria Fernanda Pires¹

Greycielle Amaral²

I. INTRODUÇÃO

O direito administrativo brasileiro vem passando por profundas modificações, entre as quais destaca-se a consensualização, espalhada também nas atividades restritivas do Estado.

Nesse sentido, a administração passa a prestigiar a negociação, o consenso, o acordo, a dialógica, ao invés de tradicionalmente criar obrigações por meio de decisões unilaterais, especialmente de natureza punitiva.

Esse modelo de administração contratual consensual, consiste em tomar decisões com a participação de particulares e outros interessados, sob a roupagem de acordos, transações, ajustes bilaterais ou negócios jurídicos.

1 Graduada em Direito pela PUCMINAS. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Doutora em Direito Público pela PUCMINAS. Professora de pós-graduação da PUCMINAS. Advogada, sócia da Carvalho Pereira Fortini Advogados.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. MBA em Direito e Economia pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Mediação, Conciliação e Arbitragem pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático – IDDE. Advogada e professora

Importa afastar desde já a ilusão de que a consensualização é solução para todos os males, idem que o modelo de administração consensual substitui os mecanismos clássicos do direito administrativo. Na verdade, o consenso e a consensualidade são resultados eventuais do uso de mecanismos dialógicos. Consensualidade é meio, consenso é consequência, razão pela qual os mecanismos consensuais se somam aos unilaterais tradicionais.

Esse o tema enfrentado no texto, parte do eixo temático de um Direito Administrativo apto a enfrentar os dilemas de um Estado Pós-Democrático.

II. NECESSIDADE DE EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO. MUDANÇA DA CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

À conclusão de que a litigiosidade pode não ser mais o melhor caminho para a administração pública se chega sem maiores esforços quando se depara com os números divulgados pelo Poder Judiciário em 2022:

Tabela 1. Litigiosidade³

Litigiosidade

		Justiça Estadual	Justiça do Trabalho	Justiça Federal	Justiça Eleitoral
Movimentação processual					
Casos novos	20.669.278	↑ 4,3%	3.530.197	↑ 2,0%	5.201.412
Criminal	2.566.017	↓ -0,2%	-	-	111.911
Não criminal	18.103.261	↑ 4,9%	3.530.197	↑ 2,0%	5.089.501
Julgados	22.881.729	↑ 14,2%	4.026.010	↓ -7,8%	3.963.302
Criminal	2.624.858	↓ -6,7%	-	-	79.912
Não criminal	20.256.871	↑ 17,6%	4.026.010	↓ -7,8%	3.883.390
Baixados	24.997.305	↑ 13,2%	4.185.708	↓ -3,9%	5.359.157
Criminal	2.958.184	↑ 8,8%	-	-	153.832
Não criminal	22.039.121	↑ 13,8%	4.185.708	↓ -3,9%	5.205.325
Casos pendentes	61.209.295	↓ -2,7%	4.533.771	↓ -6,7%	10.636.165
Criminal	6.813.666	↓ -0,5%	-	-	207.361
Não criminal	54.395.629	↓ -3,0%	4.533.771	↓ -6,7%	10.428.804

3 CNJ. Relatório Justiça em Números 2020, pág. 48. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%83%C3%A9-BAmeros-2020-actualizado-em-25-08-2020.pdf>.

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, que aguardavam alguma solução definitiva. Tal número representa uma redução no estoque processual, em relação a 2018, de aproximadamente 1,5 milhão de processos em trâmite, sendo a maior queda de toda a série histórica contabilizada pelo CNJ, com início a partir de 2009.⁴

[...]

Durante o ano de 2021, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 27,7 milhões de processos e foram baixados 26,9 milhões. Houve crescimento dos casos novos em 10,4% com aumento dos casos解决ados em 11,1%. Tanto a demanda pelos serviços de justiça, como o volume de processos baixados tinha reduzido em 2020 em razão do ano pandêmico e, em seguida, em 2021, voltaram a subir. Os números de 2021, contudo, ainda não retornaram aos patamares pré-pandemia, referentes ao ano de 2019.⁵

A quantidade de ações ajuizadas não para de crescer. O volume é assustador. Para uma administração pública que muitas vezes precisa de definições imediatas – pois tem em seu bojo serviços públicos essenciais – o fluxo do Poder Judiciário pode comprometer a eficiência que dela se espera e se tem como princípio a ser observado.

Há apenas um aparente benefício do Estado diante da demora do processo. Vale dizer, “se a letargia do Poder Judiciário pode trazer alguma benesse para o Estado devedor, ela não é nem um pouco útil para o Estado que reclama do particular uma pronta atuação no âmbito das necessidades administrativas”⁶.

Não bastasse o tempo em que a resolução do conflito pode demandar junto ao Poder Judiciário, perde-se outro importante instrumento: o protagonismo das decisões. Desloca-se para um terceiro a decisão

4 *Ibidem*, pág. 5.

5 CNJ. *Relatório Justiça em Números 2022*, pág. 105. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>.

6 Fortini, Cristiana - Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir – 04/02/2021 - <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>>.

que pode nem ser a melhor para nenhuma das duas partes. Merece ser citada o que já disse Cristiana Fortini sobre o tema:

A isso se soma o fato de que judicializar implica perda de protagonismo e também de uma solução legitimada pelas partes interessadas na solução da controvérsia, o que também seria interessante no bojo de uma democracia de cunho participativo.

As partes, ao reverso do que seria o ideal, cedem a terceiro estranho à lide a capacidade de resolver um problema que elas próprias poderiam solucionar, houvesse sobretudo menos resistência a uma cultura extrajudicial de resolução de controvérsias. Neste diapasão, além de desprestigiarem a si próprias como hábeis a perseguir um desfecho, inclusive porque são as que mais condições e conhecimento reúnem sobre os episódios, as partes enaltecem a voz de um personagem alheio às nuances e que, por estar até então à margem dos eventos, tem o desafio de primeiro tentar assimilar o ocorrido, para só depois, tentar solucionar a lide.

E, ainda, a solução apontada pelo terceiro pode não contentar nenhuma das partes e pode inclusive ser totalmente alheia às necessidades da realidade fática, máxime considerando a complexidade dos contratos de concessão administrativa – comuns ou especiais. Logo, quando as partes em conflito se assenhoram da prerrogativa de edificar elas próprias a solução, a partir da convergência e do entendimento mútuo, ainda que com a relevante contribuição de um terceiro a quem cabe ajudar a pavimentar o caminho, mas sem ditá-lo, opera-se uma significativa alteração no *modus operandi*, de forma abrir mão de uma solução que poderia ser a melhor para ambas as partes, nos termos da teoria do ganha-ganha da autocomposição dos conflitos.

Nesta toada, o desenvolvimento da sociedade e a experiência administrativa demonstraram que a postura clássica da litigiosidade não é a mais acertada, abrindo portas para a autocomposição de conflitos também no âmbito da Administração Pública, solução que pode ser não só mais rápida, mas, também, mais condizente com o diálogo que torna toda e qualquer decisão mais legítima e democrática.⁷

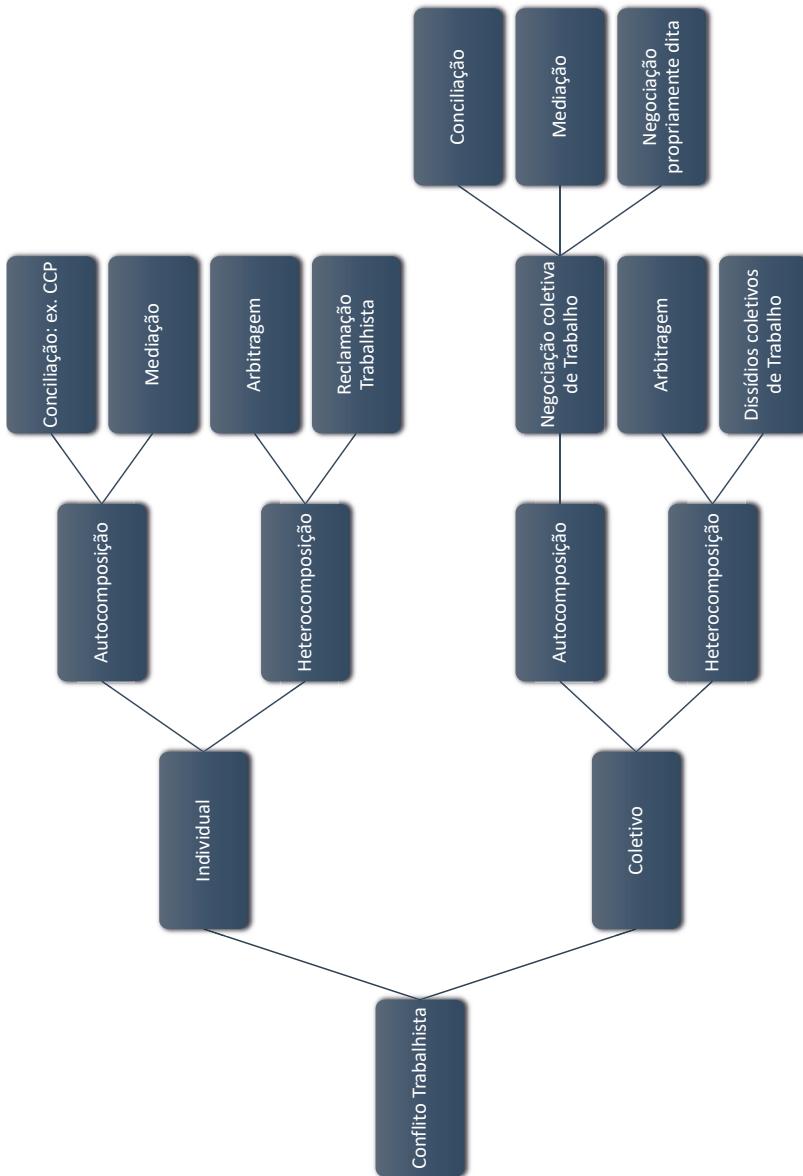
7 *Ibidem.*

Importa observar que também ao Magistrado foi atribuído o dever de incentivar e esclarecer as vantagens de um acordo para as partes, conforme dispõe o art. 1º, parágrafos segundo e terceiro do Código de Processo Civil, devendo incentivar o protagonismo das partes, maior virtude da autocomposição. Um acordo construído pelas partes produz melhores resultados.

Ademais, a judicialização tem alto custo para o mesmo Estado que poderia não gastar tanto com a manutenção de estruturas no interior do Poder Judiciário, com a criação de Procuradorias e com o pagamento de honorários. Vejam-se, a título ilustrativo, as despesas do Poder Judiciário⁸:

⁸ CNJ. *Relatório Justiça em Números 2022*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>.

Gráfico 1. Despesa total do Poder Judiciário, CNJ



Sobre o assunto, Cristiana Fortini explica:

o entendimento de que o interesse público há de ser protegido por meio de uma postura agressiva, litigiosa, por vezes unilateral, pautada pelo preconceito de que a convergência com o privado revela incúria com o trato da coisa pública, é tradicionalmente adotado pela Administração Pública no bojo dos seus conflitos. Mas há algum tempo, reconhece-se que a salvaguarda do interesse público não colide com o diálogo e a construção de pontes entre privados e entidades integrantes do aparato estatal⁹.

III. DA SANÇÃO DE NATUREZA REPRESSORA PARA A SANÇÃO DE NATUREZA CONSENSUAL. DAS VANTAGENS E DESAFIOS DA ADOÇÃO DO CAMINHO DO CONSENSO.

O Direito Administrativo sempre normatizou ações repressivas em caso de ilícitos e condutas praticadas fora do traçado formal positivado pelo legislador. É perceptível, ainda, pela análise da estrutura do Direito Administrativo Sancionador, um enfoque predominantemente formalista e conceitual, compreendendo-se a atividade sancionatória como um ato estanque e dissociado de uma visão sistêmica da atuação administrativa.

Logo, o agente público, respeitadas as garantias dos cidadãos, não teria qualquer margem de apreciação acerca da legitimidade ou efetividade da ação repressiva a partir de um contexto mais amplo do fenômeno.

Afinal, a análise do fenômeno punitivo na ação administrativa do Estado se limita à discussão abstrata e hermeticamente fechada dos conceitos, como se a atividade sancionatória fosse um fim em si mesmo e não estivesse contemplada em um prisma mais amplo de gestão pública, com foco na eficiência e efetividade da atuação administrativa com vistas

⁹ <https://www.conjur.com.br/2021-jun-24/interesse-publico-dispute-boards-lei-licitacoes-leis-municipais>.

ao atendimento das finalidades pretendidas no ordenamento jurídico e na consecução do interesse público¹⁰.

Nesse mesmo contexto, em relação aos procedimentos administrativos sancionatórios, passaram a ser incorporados e adaptados no ordenamento brasileiro técnicas de persecução criminal dos sistemas penais anglo-saxônicos, que, guiados pela busca da eficiência e efetividade da investigação, baseiam-se na colaboração e em práticas dialógicas entabuladas com os próprios infratores.

No Brasil, ainda que com alguns reparos e incompatibilidades sistêmicas, mecanismos da chamada “justiça criminal negociada”, foram incorporados, não apenas na seara criminal (a exemplo da Lei nº 12.850/2013), mas, também, em sede de jurisdição administrativa, com o advento da possibilidade de os órgãos públicos firmarem compromissos de ajustamento de conduta com amparo no §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (incluído pela Lei nº 8.078/1990). Não se pode esquecer, ainda, do Decreto 3.365/41 que já previa acordo administrativo em sede de desapropriação desde a década de 1940.

Posteriormente, vários instrumentos, lastreados na lógica de consensualidade, foram especificamente instituídos em sede de jurisdição administrativa repressiva: compromissos de ajustes nos setores antitruste e mercado de valores mobiliários (Leis nº 8.884/1994 e nº 9.457/1997); compromissos de cessação de conduta junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei nº 12.529/2011); e os acordos de leniência diante de práticas de corrupção (Lei nº 12.846/2013).

Há, ainda, que se fazer o registro da positivação de mecanismos de autocomposição e heterocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, que, a depender do contexto, por resolver consensualmente a matéria controvertida, terão decisiva influência na consumação dos pressupostos de eventual sancionamento: art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões Públicas); art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público Privadas); art. 44-A da Lei nº 12.462/2012 (Regime Di-

10 VALLE, Vivian Lima López. Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 75-104.

ferenciado de Contratações Públcas); art. 12, parágrafo único, da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais); e a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação e de Solução Alternativa de Disputas na Administração Pública).

De modo geral, além das pontuais e expressas previsões de acordos substitutivos de sanção, o advento da Lei nº 13.655/18, a LINDB, ao promover a inclusão do art. 26 no Decreto-Lei nº 4.657/1942, parece ter consagrado a lógica de consensualidade nas práticas de controle da Administração Pública, inclusive no que tange às sanções¹¹.

Percebe-se uma mudança de comportamento em relação ao poder punitivo nos contratos administrativos, deixando a sanção de ser uma resposta automática para ser vista como instrumento de gestão pública. A tese de doutorado de Alice Voronoff (UERJ), transformada no livro *“Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação”*, traz a seguinte assertiva:

A sanção administrativa deve ser vista como medida de gestão, que deve estar integrada às atividades materiais a cargo do administrador a título de ferramenta a mais – ao lado de outras, como as estratégias de fomento, persuasivas e preventivas – em busca de efetividade e eficiência [...] as sanções administrativas mais graves previstas da Lei nº 8.666/1993, relativas à suspensão do direito ou impedimento de o particular licitar ou contratar com a Administração Pública, como medidas coercitivas que têm custos significativos (para o particular, para a sociedade e para o próprio Poder Público) e que podem não incentivar a maior conformidade do comportamento dos agentes sancionados. Soluções alternativas, como as de autossaneamento, já praticadas no exterior e afinadas à tendência mais contemporânea de valorização de programas de compliance, podem levar a resultados mais efetivos e eficientes¹².

Vê-se, assim, que a consensualização pode trazer resultados mais benéficos e efetivos do que a pura e simples sanção tradicional de caráter

11 MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Públco: Lei 13.655/2018*. São Paulo: RT, 2019, p. 87-90.

12 VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 53-80.

meramente punitivo. Sobre o tema, Alexandre Santos de Aragão, explica que o Direito Administrativo Sancionador tem se revelado cada vez mais afeto a substitutivos consensuais da aplicação de penalidades administrativas: “A consensualização analisada diz respeito menos à contratualização do que à concertação, na qual a Administração não deixa de atuar unilateralmente, mas procura, antes de emitir o seu ato unilateral, obter o assentimento do maior número possível de sujeitos envolvidos.”¹³

Os contratados sabem que, se não cooperarem, a Administração poderá acabar emitindo, dentro da margem de discricionariedade de que dispõe, uma punição maior. A Administração, por sua vez, sabe que o ato emitido dentro de um compromisso com os contratados tem maiores chances de ser efetivado, cumprido voluntariamente, de modo mais célere, e com menor risco de judicialização.

Essa mudança paradigmática, que traz no lugar do controle tradicional sancionatório a consensualidade, nos exatos termos exigidos pela LINDB nos artigos 20 e seguintes, reconhece que o foco do direito administrativo não pode estar somente na autoridade. É necessário focar no cidadão e nas soluções consensuais, diante da multiplicidade de interesses públicos a serem alcançados.

E as alterações promovidas na LINDB são extremamente benfazejas porque proporcionam maior segurança jurídica no controle da atuação administrativa, evitando-se a substituição da discricionariedade administrativa pela arbitrariedade dos controladores.

Lado outro, não se desconsidera que parte da doutrina resiste ao novo formato consensual, com o regime jurídico que sobre ele incide. Afinal, se, em princípio, o comando legal indica à Administração o caminho da aplicação unilateral da sanção ao agente que cometer determinada infração, é natural se questionar por quais motivos o Estado iria deixar de aplicar essa sanção (em sua totalidade), adotando outros instrumentos, mais complexos e difíceis de operacionalização estatal do que a aplicação da sanção prevista na norma legal.

13 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 109-115.

Claro que nem sempre a melhor solução será o consenso em detrimento do uso da competência sancionatória. Muito menos pode-se afirmar que uma decisão negociada sempre satisfaz as necessidades da atividade administrativa, o que nem sempre é verdade, máxime em se considerando que a competência punitiva requer comportamento infra-cional que a justifique.

Na verdade, há situações em que, de fato, o Estado dificilmente alcança os propósitos desejados, mesmo em se tratando de infração administrativa, se não opta por um modo consensualizado de agir. Não se pode negar, contudo, que há outras situações em que cabe ao Estado a função de ação unilateral constitutiva, verdadeiramente sancionatória, sem que isso configure qualquer ação arbitrária.

IV. CONCLUSÕES

Em conclusão, afirma-se que uma das modificações mais visíveis no direito administrativo da atualidade é justamente a abertura de espaços para a participação e consenso em áreas sempre dominadas pela ação imperativa, verificando-se a valorização da negociação e da cooperação para atingimento das finalidades públicas, com ganhos de eficiência e qualidade nas suas decisões.

Contudo, inexistem ilusões quanto aos desafios a serem encarados pelo Direito Administrativo Sancionador frente a essa perspectiva mais pragmática de que a difusão de instrumentos consensuais possa superar impasses da burocracia tradicional.

O que o coloca como imperativo a ser superado é a circunstância de, em face das dificuldades enfrentadas na realidade fática, os instrumentos tradicionais de que dispõe não se mostrarem suficientemente eficientes ao cumprimento de suas funções primordiais, o que torna necessário desenvolvimento e adoção de novas ferramentas.

Identificar os riscos não significa condenar os novos institutos incorporados no ordenamento brasileiro, mas atuar de acordo com os procedimentos consagrados na ordem jurídica bem assim adotar cautelas indispensáveis.

Desse modo, os acordos podem se tornar importante espaço em que o Direito Administrativo venha enfim alcançar o equilíbrio na democratização do agir punitivo do Estado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas polêmicos*. São Paulo: Atlas.

FORTINI, Cristiana. *Solução extrajudicial de conflitos com a Administração Pública: o hoje e o porvir*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>. Consulta em: 02/05/2023.

FORTINI, Cristiana. Dispute Boards: na nova Lei de Licitações e em leis municipais. Conjur. 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jun-24/interesse-publico-dispute-boards-lei-licitacoes-leis-municipais>. Consulta em 02.05.2023

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Nota sobre a contratualização na atividade administrativa*. Revista de contratos públicos – CCP. Belo Horizonte, ano 1, mar./ago. 2012.

MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael de Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/2014*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 349.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2019.

CRITÉRIOS E PROCEDIMENTO PARA A SELEÇÃO DO ÁRBITRO E DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL NO ÂMBITO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – LEI N.º 14.133/2021

Federico Nunes de Matos¹

1. INTRODUÇÃO

Este ensaio é uma singela homenagem à Prof.^a Dr.^a Christiana Fortini, minha primeira professora de direito administrativo, a pessoa que despertou em mim o interesse e a devoção pela disciplina que definiria para sempre a minha carreira acadêmica.

O objetivo do trabalho é analisar os critérios e os procedimentos para a seleção de árbitros e instituições arbitrais no contexto jurídico introduzido pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n.º 14.133/2021. Sem a pretensão de esgotar o tema ou de dar solução definitiva para as questões propostas, busca-se avaliar de forma crítica as soluções até agora apresentadas por algumas leis e decretos que tratam de critérios e procedi-

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP.

mento para a escolha de árbitros e de instituições arbitrais para atuarem na resolução de conflitos envolvendo a administração pública e a sua compatibilidade com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A Lei n.º 14.133/2021, seguindo a trilha de outras normas em matéria de contratação pública, expressamente admitiu o emprego da arbitragem pela administração pública para resolver controvérsias decorrentes de relações contratuais com terceiros². Neste sentido, dispõe o art. 151, *caput* da Lei n.º 14.133/2021: “Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.”

Não obstante a Lei n.º 14.133/2023 tenha representado significativo avanço em relação a sua antecessora – Lei n.º 8.666/1993 –, no que se refere à utilização de meios alternativos para a prevenção e resolução de controvérsias contratuais envolvendo a administração pública, diversos aspectos relacionados à instrumentalização do recurso à via arbitral pelas pessoas administrativas ainda padece de maior densidade normativa.

Dentre os aspectos que merecem maior regramento, destaca-se a definição de critérios e de procedimentos para a seleção do árbitro e da instituição arbitral que atuará na resolução dos litígios envolvendo a administração pública. Ao tratar da matéria, o art. 154 da Lei n.º 14.133/2022 limitou-se a estabelecer que: “O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.”

2 Antes do advento da Lei n.º 14.133/2021, pode-se destacar como diplomas legais de habilitaram o emprego da arbitragem pela administração pública para a resolução de litígios envolvendo contratos administrativos: a) o art. 11, III da Lei n.º 11.079/2004, que institui normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada; b) art. 23-A da Lei n.º 8.987/1995, introduzido pela Lei 11.196/2005, que disciplina o regime de concessão e permissão de serviços públicos; c) art. 44-A da Lei n.º 12.462/2011, introduzido pela Lei n.º 13.190/2015, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. De forma mais abrangente, a Lei n.º 13.129/2015 introduziu o §1º ao 1º da Lei n.º 9.307/1996 (Lei e Arbitragem), que estabelece que: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

A seleção dos árbitros e instituições arbitrais para atuarem na resolução dos conflitos que tenha como parte a administração pública constitui questão relevante, que ainda tem recebido pouca atenção por parte da doutrina e da jurisprudência.

Antes de tratarmos dos critérios e dos procedimentos para a seleção do árbitro e instituição arbitral, faz-se necessário distinguir entre a arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucional.

2. ARBITRAGEM *AD HOC* E ARBITRAGEM INSTITUCIONAL

A arbitragem pode se distinguir em: a) arbitragem *ad hoc*, ou avulsa, ou independente; e b) arbitragem institucional, ou administrada. Na arbitragem *ad hoc* as partes, por meio da convenção de arbitragem, elegem diretamente o árbitro ou o tribunal arbitral, que promoverá a resolução de determinado litígio, sem qualquer vinculação institucional.³ Já na arbitragem institucional as partes optam, por meio da convenção de arbitragem, por submeter o litígio a instituição especializada de caráter permanente⁴, comumente denominada de “centro de arbitragem”⁵, que administrará o procedimento arbitral e prestará serviços úteis para a resolução da controvérsia, normalmente, mediante a cobrança de taxas.⁶

Na arbitragem *ad hoc*, conforme indica o próprio nome, o árbitro, ou o tribunal arbitral, é designado exclusivamente para solucio-

3 Neste sentido leciona Flávia Bittar Neves (2006, p. 254): “A arbitragem será considerada ‘ad hoc’ sempre que o tribunal arbitral for constituído exclusivamente para resolver determinada controvérsia, sem o concurso de uma instituição administradora.”

4 FERNÁNDEZ ROZAS, 2010, p. 321.

5 Na legislação de diversos países é comum a referência a “centros de arbitragem”, como Portugal (art. 62.º da Lei de Arbitragem Voluntária – Lei n.º 63, de 14 de dezembro de 2011) e Venezuela (art. 2º e arts. 11 a 14 da Ley de Arbitraje Comercial). No Brasil, a Lei n.º 9.307/1996, nos arts. 5º, 13, §§3º e 4º, 16, §1º, e 21, utilizou as expressões *órgão arbitral institucional* ou *entidade especializada*.

6 DÍAZ-CANDIA, 2011, p. 38-39.

nar determinado litígio, sem o apoio de instituição arbitral. Com isso, as partes devem determinar a forma de nomeação dos árbitros, definir as diretrizes do procedimento arbitral e adotar as providências necessárias à sua administração. Elas devem assumir todas as providências práticas necessárias à operacionalização do procedimento arbitral⁷. Esta modalidade pode ser a solução adequada para os casos em que as partes almejam procedimento arbitral com maior flexibilidade, pois não estão vinculadas ao regulamento de determinada instituição arbitral.⁸

Já na arbitragem institucional a entidade arbitral eleita pelas partes “cuidará dos trâmites procedimentais para se realizar a arbitragem”.⁹ No entanto, tal instituição não tem competência para resolver o litígio ou para propor o modo da sua resolução.¹⁰ A competência para decidir o mérito da demanda é do árbitro ou do tribunal arbitral¹¹, a qual será exercida sem qualquer tipo de interferência da instituição arbitral.¹² Ou seja, as atribuições das instituições arbitrais se restringem a proporcionar às partes e aos árbitros as condições necessárias ao desenvolvimento e à conclusão do processo arbitral.¹³

7 Neste sentido a lição de Mario Esteves de Oliveira (2014, p. 713): “Na arbitragem *ad hoc*, não institucionalizada, pelo contrário, são as partes e os árbitros que se encarregam da organização e do funcionamento do tribunal arbitral, com recursos a meios humanos e físicos por eles agenciados e contratados para o efeito”.

8 Neste sentido, cf. HÖMBERG, 2007, p. 69.

9 CAHALI, 2014, p. 124.

10 BARROCAS, 2013, p. 93. No mesmo sentido, cf. FERNÁNDEZ ROZAS, 2010, p. 322.

11 FERNÁNDEZ ROZAS, 2010, p. 322. Em sentido próximo, cf. MAGALHÃES, BAPTISTA, 1986, p. 26.

12 Neste sentido, cf. DÍAZ-CANDIA, 2011, p. 39-40.

13 CAHALI, 2014, p. 124. Neste mesmo sentido, vale conferir as lições de Mário Esteves de Oliveira (2014, p. 714) acerca das centros de arbitragem institucionalizada em Portugal: “Esses centros participam, assim, instrumental e acessoriamente, no exercício da função jurisdicional constitucionalmente reconhecida à arbitragem, mas não a exercem eles próprios: tal função é exercida de modo individual, pessoal e intransmissivelmente pelo árbitros – ‘pessoas singulares e plenamente capazes’ (cf. art. 9.º da LAV) – a quem cabe em exclusivo e em nome próprio, enquanto

3. PREFERÊNCIA PELA ARBITRAGEM INSTITUCIONAL

A administração pública, ao eleger a arbitragem como meio de resolução de seus conflitos com terceiro, deverá fazer a opção pela arbitragem institucionalizada ou pela arbitragem *ad hoc*. A arbitragem institucional proporciona às partes diversas comodidades e vantagens em relação à arbitragem *ad hoc*. Contudo, não é possível afirmar que existe preponderância da arbitragem institucional sobre a arbitragem *ad hoc*. Vale destacar que a Lei n.º 14.133/2021 sequer menciona a arbitragem institucional, limitando-se a se referir, no seu art. 154, ao processo de escolha dos árbitros e dos colegiados arbitrais.

Entretanto, é importante registrar que alguns diplomas normativos que tratam da utilização da arbitragem pelas entidades administrativas vêm se posicionando em favor da arbitragem institucionalizada. A lei mineira de arbitragem (Lei Estadual n.º 19.477/2011) estabelece, em seu art. 4º, que no âmbito da administração pública estadual os juízos arbitrais serão instituídos exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional. Com isso, o legislador mineiro vedou expressamente a possibilidade de a administração estadual recorrer à arbitragem *ad hoc*.

Solução intermediária em favor da arbitragem institucionalizada foi adotada pelo Decreto n.º 10.025/2019, que disciplina a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. O inc. V do *caput* do art. 3º do referido decreto federal estabelece preferência em favor da arbitragem institucional. Por sua vez o §3º do art. 3º do Decreto n.º 10.025/2019 admite, em caráter excepcional, a opção da administração pública pela arbitragem *ad hoc*, desde que devidamente justificada.

Não obstante já existam normas favorecendo a arbitragem institucional em detrimento da arbitragem *ad hoc*, diante da omissão da Lei n.º 14.133/2021 em tratar da questão, pode-se afirmar que, salvo disposição normativa em contrário, cabe à administração pública avaliar, em

titulares do tribunal arbitral, a prática de actos próprios da função jurisdicional, respondendo pela sua prática (ou pela sua omissão)."

cada caso, qual modalidade de arbitragem é mais adequada à resolução de seus conflitos com terceiros.

4. REQUISITOS PARA SER ÁRBITRO

O art. 13, *caput*, da Lei n.º 9.307/1996 limita-se a estabelecer que o árbitro deve ser “pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. A doutrina majoritária conclui, a partir da análise do citado dispositivo legal, que estão impedidos de atuarem como árbitros tanto os absolutamente incapazes quanto os relativamente incapazes¹⁴. Também prevalece na doutrina o entendimento de que pessoa jurídica não pode atuar como árbitro.¹⁵

A doutrina recorrentemente destaca que o árbitro, além de preencher os requisitos estabelecidos no art. 13, *caput*, da Lei n.º 9.307/1996, deve ser detentor de conhecimentos técnicos relacionados com o objeto do litígio.¹⁶ Joel Dias Figueira Júnior destaca que tal requisito se encon-

14 BULOS, FURTADO, 1997, p. 61; CÂMARA, 2002, p. 44-45; CARMONA, 2004, p. 201; CAHALI, 2014, p. 174; SCAVONE JUNIOR, 2008, p. 87. Em sentido contrário, Cézar Fiúza (1995, p. 125-126), em obra anterior ao advento da Lei n.º 9.307/1996, sustenta que os relativamente incapazes, uma vez eleitos pelas partes, não estariam impedidos de serem árbitros, já que “os únicos prejudicados serão as próprias partes que conscientemente os escolheram”.

15 BULOS, FURTADO 1997, p. 62; BERALDO, 2014, p. 228; CAHALI, 2014, p. 175; CARMONA, 2004, p. 201. Em sentido contrário, cf. SCAVONE JUNIOR, 2008, p. 88-89.

16 BERALDO, 2014, p. 238; CARMONA, 2004, p. 209-210; FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 200; SCAVONE JUNIOR, 2008, p. 92. Explica Joel Dias Figueira Júnior (1999, p. 200): “O principal requisito para o bom desempenho da função arbitral está intimamente ligado a escolha adequada do julgador ou julgadores pelos litigantes, que deve atender não só aos requisitos genéricos e subjetivos do art. 13, *caput*, mas também para a formação técnica ou científica dos árbitros e suas respectivas afinidades com a matéria objeto da controvérsia. Portanto, o requisito objetivo responsável pelo bom desenvolvimento dos trabalhos encontra-se na formação do árbitro em determinado ramo do conhecimento humano que sirva diretamente para o deslinde da causa”.

tra previsto no §6º do art. 13 da Lei n.º 9.307/1996, que estabelece que o árbitro deve proceder com “competência”.¹⁷⁻¹⁸

Alguns diplomas normativos que disciplinam a arbitragem envolvendo a administração pública estabelecem outros requisitos para o exercício da função de árbitro. A lei mineira de arbitragem (Lei Estadual n.º 19.477/2011) estabelece, em seu art. 5º, que o árbitro deve: a) ser brasileiro, maior e capaz; b) deter conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato; c) não ter com as partes nem com o litígio que lhe for submetido relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil¹⁹; e d) ser membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado.²⁰

Na mesma esteira, o Decreto n.º 10.025/2019, que regulamenta a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, prevê, em seu art. 12, que o árbitro deve: a)

17 FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 200. Neste mesmo sentido os comentários de Carlos Alberto Carmona ao §6º do art. 13 da Lei n.º 9.307/1996: “Quer a lei que o árbitro seja competente, isto é, que tenha conhecimento, aptidão e capacidade que o habilitem a dirimir a controvérsia que lhe será submetida. Espera-se que o julgador escolhido pelas partes seja um especialista no assunto e que tenha razoável experiência na matéria”.

18 Leonardo de Faria Beraldo (2014, p. 238) esclarece o sentido do vocábulo *competência*, empregado pelo referido dispositivo legal: “Atente-se para o fato de que não estamos aqui falando de competência em sentido estrito, como ‘medida da jurisdição’, mas, sim, da palavra da língua portuguesa que denota pessoa com profundo conhecimento sobre algo. O árbitro não pode ser leigo ou um mero conhecedor da matéria objeto da lide, sendo forçoso que ele tenha *expertise* no assunto”.

19 A previsão de tal requisito pelo legislador é absolutamente desnecessária, tendo em vista que o art. 14, *caput*, da Lei 9.307/1996, estabelece: “Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil”.

20 Vale lembrar que legislação mineira estabelece que arbitragem envolvendo a administração pública estadual deve ser necessariamente institucional (art. 4º da Lei Estadual n.º 19.477/2011).

estar no gozo de plena capacidade civil; b) deter conhecimento compatível com a natureza do litígio; e c) não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem as hipóteses de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto na Lei nº 13.105, de 2015 – Código de Processo Civil, ou outras situações de conflito de interesses previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida. Ao contrário da lei mineira de arbitragem, o Decreto n.º 10.025/2019 admite que pessoas residentes no exterior possam atuar na resolução de litígios envolvendo a administração pública federal (art. 12, parágrafo único). Embora o decreto refira-se a pessoa residente no exterior, infere-se que a norma admite que estrangeiro possa ser árbitro em litígios envolvendo a administração pública federal²¹. Tal permissivo configura afronta à soberania nacional, em especial por se tratar de litígios envolvendo setores sensíveis e estratégicas para a segurança da sociedade e do estado (portos, rodovias, ferrovias, hidrovias e aeroportos).

Com isso, na direção da regulamentação já existente, pode-se afirmar, portanto, que o árbitro, além de ser pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, deve ser detentor de conhecimento compatível com a natureza do litígio e não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem as hipóteses de impedimento ou suspeição ou outras situações de conflito de interesses. Adicionalmente, a despeito do que dispõe o art. 12, parágrafo único do Decreto n.º 10.025/2019, o árbitro deve ter nacionalidade brasileira.

5. PROCEDIMENTO PARA A SELEÇÃO DO ÁRBITRO E DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL

O art. 13, §3º, da Lei n.º 9.307/1996 faculta às partes “estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão ar-

21 O Decreto n.º 8.465/2015, que tratava da arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário, que foi revogado pelo Decreto n.º 10.025/2019, admitia expressamente a possibilidade de árbitro estrangeiro, desde que possuísse visto que autorizasse o exercício da atividade no Brasil (art. 5º, parágrafo único).

bitral institucional ou entidade especializada”. As diversas leis que habilitam a utilização da arbitragem pelos órgãos e entidades da administração pública não disciplinam o procedimento que deverá ser utilizado para a seleção dos árbitros que atuarão na resolução do conflito. Por sua vez, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 154, limitou-se a determinar que: “O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.”

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 37, XXI, que a administração pública direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, em regra, deve realizar processo de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação deve preceder a qualquer “ato ampliativo que se destine a investir terceiros no desfrute de situação jurídica especial a que mais de um poderia aspirar”²².

Embora o texto constitucional estabeleça, como regra, a obrigatoriedade de realização de licitação pela administração pública, o próprio art. 37, XXI, da Constituição Federal prevê a possibilidade de contratação direta, nas hipóteses estabelecidas em lei. As hipóteses legais de contratação direta podem ser classificadas, basicamente, em duas categorias: inexigibilidade e dispensa de licitação. A inexigibilidade ocorre sempre que for inviável a competição entre os interessados em contratar com a administração pública.²³ Já a dispensa contempla hipóteses em que seria possível faticamente a realização da licitação. Contudo, em decorrência de razões de interesse público, a lei permite que a administração pública realize a contratação direta, sem a realização de prévio certame licitatório. Conforme observa Marçal Justen Filho, “a inexigibilidade deriva da

22 BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 529-530.

23 Marçal Justen Filho (2016, p. 369) observa: “É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível ser delimitada por meio de regras legais”. O mencionado autor propõe a seguinte síntese das situações que geram a inviabilidade de competição: a) por ausência de pluralidade de alternativas; b) por ausência de “mercado concorrencial”; c) por impossibilidade de julgamento objetivo; e d) por ausência de definição objetiva da prestação (JUSTEN FILHO, 2016, p. 370).

natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa”.²⁴ Com isso, as hipóteses de inexigibilidade previstas em lei são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são taxativas.²⁵

A atividade desempenhada pelo árbitro é considerada como espécie de serviço²⁶, que, quando contratado pela administração pública, deve ser, em regra, precedido de prévio processo licitatório, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal. Logo, pode-se afirmar que, em princípio, a administração pública está obrigada a realizar processo licitatório para selecionar os árbitros que atuarão na resolução de seus litígios com terceiros. No entanto, a exigência de licitação pública para a seleção de árbitros é questão que ainda não encontra consenso na doutrina.

Parcela da doutrina sustenta, com fundamento no art. 25, II, e § 1º, da Lei n.º 8.666/1993 e, atualmente, no art. 74, III, da Lei n.º 14.133/2021, ser inexigível a realização do processo licitatório para a contratação de árbitros, entendendo que a atividade desenvolvida pelos árbitros constitui “serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização”.²⁷

No caso da arbitragem *ad hoc*, é possível que a contratação do árbitro seja realizada diretamente, por inexigibilidade de licitação, desde que estejam presentes os requisitos estabelecidos pelo art. 74, III, da Lei n.º 14.133/2021. O caráter eminentemente técnico que envolve grande parte dos litígios que a administração pública opta por submeter à arbitragem acaba por condicionar que a escolha do árbitro recaia sobre profissional especialista na matéria objeto da controvérsia. Dessa maneira, pode-se afirmar que a atividade desempenhada pelo árbitro pode ser enquadrada no conceito de “serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notó-

24 JUSTEN, FILHO, 2016, p. 369.

25 JUSTEN, FILHO, 2016, p. 369.

26 Dispõe o art. 6º, XI, da Lei n.º 14.133/2021: “Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) serviço: atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da Administração”.

27 AMARAL, 2012, p. 75-76; FLAUSINO, 2015, p. 121-122; SALLES, 2011, p. 279.

ria especialização”. Embora o inc. III do art. 74 da Lei n.º 14.133/2021 não relate a atividade arbitral como serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual²⁸, é defensável o entendimento de que tal rol é meramente exemplificativo.²⁹ Neste sentido, as lições de Marçal Justen Filho, comentando o rol do art. 13 da Lei nº 8.666/1993, cujo conteúdo é semelhante ao do art. 74, III, da Lei n.º 14.133/2021:

A relação do art. 13 é meramente exemplificativa. O conceito de serviço técnico profissional especializado comporta, em tese, uma grande variedade de situações. Não há dúvida de que, além dos casos indicados no art. 13, existem inúmeras outras hipóteses que comportam qualificação como serviço técnico profissional especializado. (...)

Além disso, há argumento extraível da construção literal da Lei. No art. 25, inc. II, a Lei refere-se aos serviços técnicos do art. 13, mas expressamente exclui a inexigibilidade de licitação no tocante a serviços de publicidade e de divulgação. Ora, se o elenco do artigo comentado fosse exaustivo, não haveria sentido para tal exclusão expressa. Os serviços de divulgação e publicidade não estão referidos no art. 13. Somente considerando esse artigo como exemplificativo seria viável cogitar de ressalva quanto a serviços de publicidade e divulgação.³⁰

Tal linha argumentativa persiste no contexto da Lei n.º 14.133/2021, tendo em vista que o art. 74, III, da Lei n.º 14.133/2021 con-

28 Dispõe o art. 74, III, da Lei n.º 14.133/2021: “contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos; b) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico; h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e labororiais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso”.

29 FLAUSINO, 2015, p. 121; JUSTEN FILHO, 2010, p. 174-175; PARADA, 2015, p. 161.

30 JUSTEN FILHO, 2010, p. 174-175.

tinua a excluir da possibilidade de inexigibilidade para os “serviços de publicidade e divulgação”. Ou seja, se o rol fosse realmente exaustivo, não faria sentido afastar da incidência da inexigibilidade de licitação os “serviços de publicidade e divulgação”, já que eles não foram elencados em nenhuma das alíneas do inc. III do art. 74 da Lei n.º 14.133/2021.

Considerando que a atividade arbitral configura serviços técnico especializado de natureza predominantemente intelectual, para que o árbitro seja contratado diretamente, por inexigibilidade de licitação, ele deve enquadrar-se na definição de profissional de notória especialização, prevista no §3º do art. 74 da Lei n.º 14.133/2021. Dispõe o citado dispositivo legal:

Para fins do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Conforme observa André Luis Nascimento Parada, existe tendência na doutrina de considerar que, necessariamente, a contratação do árbitro deve ser realizada por meio de inexigibilidade de licitação.³¹⁻³² Não é possível afirmar *a priori* que todas as contratações de árbitros pela administração pública devem ser realizadas por meio de procedimento de inexigibilidade de licitação. Embora a atividade arbitral possa ser con-

31 PARADA, 2015, p. 163-165.

32 Tal tendência pode ser ilustrada pela lição de Paulo Osternack Amaral (2012, p. 75): “A escolha da câmara arbitral ou do árbitro pelo administrador não exigirá a realização de prévia licitação pública. Nesse caso, o processo licitatório seria de todo inadequado, pois o interesse estatal não poderia ser satisfeito por uma prestação padrão. A contratação do árbitro ou da câmara arbitral envolve peculiaridades (reputação, especialidade na matéria objeto do litígio etc.) que escapam aos padrões de normalidade. Essas especificidades conduzem à conclusão de que a contratação do árbitro ou da câmara arbitral subsume-se à hipótese de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, inc. II §1º da Lei nº 8.666/93”. Neste mesmo sentido, vale cf. FLAUSINO, 2015, p. 121-122; OLIVEIRA, 2022, p. 440-441; SALLES, 2011, p. 279.

siderada como serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, é necessário que a administração pública verifique, em cada caso, a presença de notória especialização do árbitro (art. 74, §3º da Lei n.º 14.133/2021).

Outra questão, ainda pouco explorada pela doutrina e pela jurisprudência, consiste na escolha da instituição arbitral pela administração pública. Conforme analisado anteriormente, na arbitragem institucional as atribuições das entidades arbitrais se restringem a proporcionar às partes e aos árbitros as condições necessárias para o desenvolvimento e conclusão do processo arbitral. Ou seja, a competência para decidir o mérito da demanda é dos árbitros, a qual será exercida sem qualquer tipo de ingerência da instituição arbitral. Pode-se afirmar que os centros de arbitragem consistem em entidades que prestam serviço de apoio ao processo arbitral, fornecendo suporte organizacional e administrativo para seu desenvolvimento.

A escolha da instituição arbitral constitui questão desafiadora para a administração pública brasileira. Com o advento da Lei n.º 9.307/1996, foram instituídas diversas entidades especializadas na administração de procedimentos arbitrais. Segundo Carlos Alberto Carmona, a estrutura jurídica das instituições arbitrais brasileiras não é uniforme. Enquanto algumas assumem a forma de associação civil ou de sociedade empresária, outras são desprovidas de personalidade jurídica própria, encontrando-se vinculadas organicamente a federações, associações ou câmaras de comércio.³³

Além da existência de grande número de entidades administradoras de processos arbitrais, com diversidade de perfis e de estrutura jurídica, contribui para a dificuldade de seleção de instituição arbitral pela administração pública a inexistência, na legislação nacional de controle especial sobre as instituições arbitrais. Ao contrário de outras ordens jurídicas, não existe no direito brasileiro qualquer tipo de autorização especial do poder público para a constituição de centros de arbitragem.

Alguns diplomas normativos que disciplinam a utilização da arbitragem pela administração pública estabelecem alguns critérios para a

33 CARMONA, 2004, p. 119-120. Cf. também CAHALI, 2014, p. 124; NEVES, 2006, p. 259-260.

contratação de instituições arbitrais. A lei mineira de arbitragem (Lei Estadual n.º 19.477/2011) estabelece, em seu art. 10, os seguintes requisitos para a contratação de câmara arbitral pelos órgãos e entidades integrantes da administração pública estadual: a) estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos; b) estar em regular funcionamento como instituição arbitral; c) ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerce atividade de interesse coletivo; e d) ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

Orientação semelhante foi adotada pelo Decreto n.º 10.025/2019, que regulamenta a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. O art. 10 do Decreto n.º 10.025/2019 estabelece os seguintes requisitos para o credenciamento de câmara arbitral pela Advocacia-Geral da União: a) estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; b) ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e c) possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa. Vale destacar que tais requisitos são mínimos, já que a Advocacia-Geral da União pode instituir outras exigências para o credenciamento de instituições arbitrais (art. 10, §2º, do Decreto n.º 10.025/2019).

Assim como ocorre na contratação dos árbitros, existe tendência doutrinária de considerar que necessariamente a contratação dos serviços de instituição arbitral deve ser realizada por meio de procedimento de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 74, III, da Lei n.º 14.133/2021.³⁴ Neste sentido, vale conferir os argumentos de Rafael de Carvalho Rezende Oliveira:

Constata-se, com isso, que a contratação de Câmara e de árbitro envolve singularidade e indefinição quanto à prestação do serviço. A inexistência de critérios objetivos para a escolha de árbitro e de Câmaras distintas, com regulamentos arbitrais próprios, revela inviabilidade de competição.

³⁴ AMARAL, 2012, p. 75-76; FLAUSINO, 2015, p. 121-122; OLIVEIRA, 2022, p. 440-441; OLIVEIRA, SCHWARSTMANN, 2015, p. 166-167; SALLÉS, 2011, p. 280; SOARES, LIMA, TOLEDO, 2012, p. 47-48.

A contratação de árbitros, em princípio, não se submete à licitação, uma vez que se trata de hipótese de inexigibilidade de licitação que encontra fundamento no art. 25, II, da Lei 8.666/1993.³⁵

Alguns autores, partindo do pressuposto de que se trata de hipótese de inexigibilidade de licitação, têm proposto que seja realizado procedimento de credenciamento³⁶ das instituições arbitrais interessadas em contratar com a administração pública³⁷. Gustavo Justino de Oliveira e Guilherme Baptista Schwarstmann propõem que administração pública indique os critérios mínimos de qualificação das instituições arbitrais e estabeleça tabela com os preços a que se dispõe pagar pelos serviços.³⁸ Na sistemática proposta pelo citados autores, as instituições arbitrais interessadas em prestar seus serviços à administração pública seriam submetidas ao procedimento de credenciamentos e, quando houvesse alguma controvérsia instaurada ou a inclusão de cláusula compromissória na minuta de determinado contrato público, haveria a seleção de alguma dentre as entidades credenciadas.³⁹ Gustavo Justino de Oliveira e Guilherme Baptista Schwarstmann propõem que “a seleção da câmara de arbitragem que atuará em determinada controvérsia, dentre aquelas credenciadas, pode ser discricionária ou seguir alguma espécie de critério preestabele-

35 OLIVEIRA, 2022, p. 440-441.

36 Conforme ensina Marçal Justen Filho (2010, p. 50), o credenciamento caracteriza-se como procedimento adequado para a realização contratação direta por inexigibilidade de licitação. Vale transcrever as lições do citado autor: “Nas situações de ausência de competição, em que o credenciamento é adequado, a Administração não precisa realizar licitação. Sob um certo ângulo, verifica-se a inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição. Na verdade, a inviabilidade de competição consiste, no caso, na ausência de excludência entre os possíveis interessados” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 50). O art. 6º, XLIII, da Lei n.º 14.133/2021 define o credenciamento nos seguintes termos: “(...) processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados”.

37 OLIVEIRA, SCHWARSTMANN, 2015, p. 167; SALLES, 2011, p. 280.

38 OLIVEIRA, SCHWARSTMANN, 2015, p. 167.

39 OLIVEIRA, SCHWARSTMANN, 2015, p. 167.

cido, como, por exemplo, um critério sequencial ou aleatório”.⁴⁰ Já Carlos Alberto de Salles, que também propõe a realização de procedimento de credenciamento, sugere que seja estabelecido sistema de preferência em favor das entidades que atuem sem fins lucrativos.⁴¹

Tais propostas são coerentes com as inovações incluídas pela Lei n.º 14.133/2021, que introduz no rol exemplificativo de hipóteses que podem configurar inexigibilidade de licitação os “objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento” (art. 74, IV). A Lei n.º 14.133/2021 inclui o credenciamento como procedimentos auxiliares das licitações e das contratações administrativas (art. 78, I), estabelecendo, no seu art. 79, o seu contorno geral, cujo procedimento deverá ser objeto de regulamentação infralegal.

Vale salientar que Decreto n.º 10.025/2019, que disciplina a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, já prevê, em seu art. 10, que a escolha da instituição arbitral será realizada por meio de processo de credenciamento realizado pela Advocacia-Geral da União. O referido decreto prevê inclusive que a convenção de arbitragem poderá estipular que a indicação da câmara arbitral que administrará o procedimento arbitral será feita pelo particular contratado, dentre aquelas instituições credenciadas pela Advocacia-Geral da União (art. 11).

Embora prepondere a posição de que a contratação de instituições arbitrais pela administração pública deva ser realizada por meio de procedimento de inexigibilidade de licitação, tal ponto de vista é passível de críticas. Verifica-se na argumentação empregada por autores que sustentam que a inexigibilidade de licitação constitui a via adequada para a contratação de instituição arbitral pela administração pública certa confusão entre o serviço de apoio ao processo arbitral prestado por tais entidades e a atividade arbitral propriamente dita. A *expertise*, alegada por muitos autores para justificar a contratação direta por inexigibilidade de

40 OLIVEIRA, SCHWARSTMANN, 2015, p. 167.

41 SALLES, 2011, p. 280.

licitação, não está relacionada ao serviço prestado pela instituição, mas com a atividade desenvolvida pelos árbitros. Ocorre que, geralmente, as instituições arbitrais disponibilizam às partes lista de árbitros contendo nomes de profissionais previamente cadastrados e suas respectivas especialidades. Todavia, o regimento de diversas dessas instituições admite que as partes indiquem como árbitros profissionais que não integrem seus quadros. Também é possível que ocorram casos de profissionais que figurem nas listas de árbitros de mais de um centro de arbitragem. Dessa maneira, não é possível afirmar que a natureza singular do serviço prestado pelo árbitro possa ser transposta necessariamente para a instituição arbitral na qual ele figure nos seus quadros.

Alguns autores têm questionado a natureza singular do serviço prestado pelas instituições arbitrais brasileiras. Cristina Margarete Wagner Mastrobuono destaca que no cenário atual “o trabalho desempenhado por tais entidades é bastante semelhante”⁴² e que, em geral, os regulamentos e as listas de árbitros das instituições arbitrais pouco se diferenciam.⁴³ Em sentido próximo, Heitor Vitor Mendonça Sica sustenta que os argumentos utilizados pela doutrina para justificar a contratação direta dos árbitros por inexigibilidade de licitação não podem ser transportados para a contratação dos serviços prestados pelas instituições arbitrais.⁴⁴ Vale transcrever o posicionamento defendido pelo autor:

Contudo, essas mesmas afirmativas não justificam a contratação direta de um órgão arbitral, cujo papel apenas é fornecer serviços relativamente padronizados de administração do processo arbitral. Não há como reconhecer, aqui, o cabimento da inexigibilidade de licitação, pois não existe singularidade e exclusividade na prestação desses serviços, que tampouco se revestem de notória especialização.⁴⁵

42 MASTROBUONO, 2016. No mesmo sentido, cf. SICA, 2016, p. 284.

43 MASTROBUONO, 2016.

44 SICA, 2016, p. 284.

45 SICA, 2016, p. 284.

Não há dúvida de que existe grande diversidade na estrutura jurídica das instituições arbitrais brasileiras.⁴⁶ Porém, o serviço prestado por tais entidades na administração de processos arbitrais é muito semelhante.

Não resta dúvida de que a atividade desempenhada pelo árbitro envolve singularidade e indefinição quanto a sua exata prestação. Também é inconteste que a falta de critérios objetivos para a escolha do árbitro demonstra, na maioria das vezes, a inviabilidade de competição. Todavia, a mesma argumentação não pode ser empregada para a seleção da instituição arbitral. A atividade do árbitro constitui serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual. Já o serviço prestado pelas instituições responsáveis por administrar os processos arbitrais caracteriza-se como atividade material de caráter eminentemente burocrático, que serve tão somente de suporte para a atividade jurisdicional desempenhada pelos árbitros ou pelos colegiados arbitrais.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de a administração pública realizar processo licitatório para contratar os serviços prestados pelas instituições administradoras de procedimentos arbitrais. Não obstante a licitação para a contratação de serviços prestados pelos centros de arbitragem possa ensejar certa dificuldade operacional, como observa parcela da doutrina, tais obstáculos não podem justificar a não realização de certame licitatório.

6. CONCLUSÃO

Como síntese do exposto no presente estudo, apresentam-se as seguintes conclusões:

1. A Lei n.º 14.133/2021 representou significativo avanço no que se refere à utilização de meios alternativos para a prevenção e resolução controvérsias contratuais envolvendo a administração pública. Entretanto, diversos aspectos rela-

46 CARMONA, 2004, p. 119-120. Cf. também CAHALI, 2014, p. 124; NEVES, 2006, p. 259-260.

cionados à operacionalização do recurso à via arbitral pelas pessoas administrativas padecem de maior densidade normativa. Dentre tais aspectos, destaca-se a definição de critérios e de procedimentos para a seleção dos árbitros e das instituições arbitrais que atuarão na resolução dos litígios envolvendo a administração pública.

2. Inexiste na Lei n.º 14.133/2021 qualquer tipo de preferência pela arbitragem institucional em detrimento da arbitragem *ad hoc*. Com isso, pode-se afirmar que, salvo disposição normativa em contrário, cabe à administração pública avaliar, em cada caso, qual modalidade de arbitragem é mais adequada à resolução de seus conflitos com terceiros.
3. O árbitro, além ser pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, deve ser detentor de conhecimento compatível com a natureza do litígio e não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem as hipóteses de impedimento ou suspeição ou outras situações de conflito de interesses.
4. A atividade arbitral configura serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual. Com isso, o árbitro pode ser contratado diretamente pela administração pública, por inexigibilidade de licitação, desde que ele se enquadre na definição legal de profissional de notória especialização.
5. Não é possível afirmar que a natureza singular do serviço prestado pelo árbitro possa ser transposta necessariamente para a instituição arbitral na qual ele figure nos seus quadros. A atividade do árbitro constitui serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual. No entanto, o serviço prestado pela instituição responsável por administrar processos arbitrais caracteriza-se como atividade material, que buscam apenas operacionalizar a atividade jurisdicional desempenhada pelo árbitro ou pelo colegiado arbitral. Com isso, faz-se necessária a realização de processo

licitatório para a contratação dos serviços prestados pelas instituições administradoras de procedimentos arbitrais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BULLOS, Uadi Lammêgo; FURTADO, Paulo. *Lei da arbitragem comentada: breves comentários à Lei n. 9.307, de 23-9-1996*. São Paulo: Saraiva: 1997.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação e resolução* CNJ 125/2010. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: lei nº 9.307/96*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DÍAZ-CANDIA, Hernando. *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje: con especial referencia a la aceptación del arbitraje contencioso-administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales. In: MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (Coord.). *Contratación y arbitraje internacionales*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2010. p. 321-365.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIUZA, Cézar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. *Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parcerias público-privada*. Curitiba: Juruá, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

HÖMBERG, Rudolf Carlos. El arbitraje institucional y sus retos en el inicio del siglo XXI: el ejemplo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. In: BARONA VILAR, Silvia (Coord.). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Madri: Civitas, 2007. p. 59-81.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner. A escolha da câmara de arbitragem pela administração pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 48, p. 115-130, jan./mar. 2016.

NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem institucional: fatores críticos na escolha da instituição arbitral. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 253-275.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, n. 44, p. 150-171, jan./mar. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PARADA, André Luis Nascimento. *Arbitragem nos contratos administrativos: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização*. Curitiba, Juruá, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2011.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e fazenda pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 25-05-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 273-287.

SOARES, Carlos Henrique; LIMA, Daniela Silva; TOLEDO, Luciana Aguiar S. Furtado de. (Des)necessidade de processo licitatório para escolha de câmara arbitral. *Revista do Centro de Estudos dos Judiciários do Conselho de Justiça Federal – CEJ*. Brasília, a. XVI, n. 58, p. 44-49, set./dez 2012.

DECISÃO COORDENADA COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: REFLEXÕES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA MINEIRA DE CONFERÊNCIA DE SERVIÇOS¹

Maria Coeli Simões Pires²

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro foi contemplado, recentemente, com um importante marco legal destinado a modelar processos decisórios complexos que desafiam a eficiência e os resultados da ação pública em âmbito federal, notadamente em contexto de internalização do paradigma democrático, com a consequente ampliação de demandas que põem à prova o siste-

¹ Este artigo é dedicado à Professora Doutora Cristiana Fortini, expoente feminino da Escola Mineira de Direito Administrativo, que, com garra e competência, projeta Minas no âmbito da produção coletiva de conhecimento, nos espaços institucionais e nas arenas da discursividade da disciplina.

² Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professora Adjunta de Direito Administrativo junto à mesma instituição. Procuradora aposentada da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais - ALEMG. Advogada. Membro de diversos institutos culturais e científicos.

ma político-administrativo. Trata-se da Lei n. 14.210, de 30 de setembro de 2021, que disciplina a Decisão Coordenada por meio de disposições específicas constantes do Capítulo XI acrescido à Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. A criação do referido instrumento de certação foi saudada como “a boa novidade”, não sem o alerta para a postura céтика de alguns, entre os quais possa “ter sido recebida com desdém e desconfiança” (MOTTA, 2021).

O referido texto legal originou-se do Projeto de Lei n. 615/2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia-MG (Câmara dos Deputados: Projeto de Lei n. 9.431, de 2017). A iniciativa do parlamentar teve lastro na experiência de seu Governo à frente do Estado de Minas Gerais, consubstanciada na pragmática da ação governamental articulada e na concepção e aplicação da Conferência de Serviços, nos termos da Lei Delegada n. 180, de 20 de janeiro de 2011, regulamentada pelo Decreto Estadual n. 45.757, de 7 de outubro de 2011. Igualmente, buscou sustentação na Lei de Processo Administrativo da Bahia (Lei n. 12.209, de 2011). Esses marcos legais dos Estados, à sua vez, louvaram-se na remota experiência italiana de *conferenza di servizi*, que inspirou a formulação do art. 43, constante no Anteprojeto de normas gerais sobre a Administração pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração, elaborado por Comissão de Juristas constituída no âmbito do Ministério do Planejamento por meio da Portaria 426, de 6 de dezembro de 2007, alterada pela Portaria 84, de 23 de abril de 2008³.

3 Anteprojeto de normas gerais sobre a Administração Pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração. In: MODESTO, Paulo. (Coord.) Nova Organização Administrativa Brasileira. BH: Editora Fórum. 2^a ed., 2010.

“Art. 43 No exame da matéria que envolva diferentes interesses setoriais, o Chefe do Executivo poderá convocar conferência de serviço, que reúna os órgãos e entidades competentes para decisão célere e concertada.

§1º. Sempre que possível, a conferência de serviço será realizada em sessão única de instrução ou deliberação.

§2º. Em casos de urgência, o Chefe do Executivo pode estabelecer prazo máximo para a providência ou decisão de cada órgão ou entidade, sob pena de responsabilização funcional das autoridades que se omitirem.

Como registra o autor baiano, a inspiração remota para acolhimento do instituto da conferência de serviço no âmbito da comissão de especialistas emergiu da avaliação do instituto similar de origem italiana (*conferenza di servizi*), embora sejam as figuras dispares no seu tracejo (MODESTO, 2021).

Na Itália, o instituto ou instrumento da conferência de serviços construiu-se ao longo de muitos anos, tendo precedentes na Lei 1.822, de 1939, passando por vinculação a setores específicos, por variadas conformações, mas sempre prestigiada como *locus* de debates acerca de soluções administrativas e de formulação de propostas para simplificação dos procedimentos, até vingar, com eficácia geral para a Administração Pública, com a Lei n. 241, de 7 de agosto de 1990 - Lei de Procedimento Administrativo, que seguiu sofrendo alterações (TRAVERSA, s/d).

O instrumento de governança adotado pelo Estado de Minas Gerais, além de suas raízes na experiência alienígena, é uma construção sustentada sobre pilares teóricos, jurídicos e pragmáticos bem definidos. Assim, com apoio em lições de Habermas e Bourdieu, busca-se identificar os fundamentos do instituto: a concertação pública pela vertente de arregimentação dos atores ao campo decisório; o princípio constitucional da eficiência, apropriado no paradigma democrático; e o processo comunicativo, capaz de reverberar soluções consensuais compartilhadas (BOURDIEU, 1983; HABERMAS, 1997). A dimensão fenomenológica segue subjacente aos modelos ou paradigmas do atuar administrativo.

A partir do cotejo dos elementos fundantes da opção mineira, buscar-se-á projetá-la como válida para subsidiar soluções mais abrangentes, para, ao final, concluir pela potencialidade do instituto, seja na versão mineira de Conferência de Serviços, seja na de Decisão Coordenada da Administração Federal, na perspectiva de “Um Direito Administrativo apto a enfrentar os dilemas de um Estado (Pós) Democrático”, um dos eixos de abordagem desta obra coletiva.

Por fim, são indicados alguns pontos para aperfeiçoamento do instituto.

§3º. Ultrapassado o prazo, caso a demora possa causar prejuízos graves ao interesse público, o Chefe do Executivo avocará a competência do órgão ou entidade omissa”.

2. HISTÓRICO DA RECENTE EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

Dada a conexão da solução normativa federal com a experiência de Minas Gerais, far-se-á breve incursão pelo histórico da recente evolução paradigmática da atuação administrativa do Estado, em leitura a derente a esses referenciais teóricos.

Desde 2003, o Estado de Minas Gerais vinha desenvolvendo um conjunto de estratégias governamentais sob a denominação Choque de Gestão, que batizou o plano de Governo 2003-2006, cujo principal propósito era o enfrentamento do déficit fiscal mediante a adoção de medidas emergenciais para o controle de gastos, e transparência.

Subjacentes a esse plano, encontravam-se, como suporte no macrocenário, fundamentos do regime de implementação de políticas públicas e de prestação de serviços denominado Nova Gestão Pública - NPM-, lançado por Christopher Hood, em 1991, no artigo intitulado *A Public Management for All Seasons*. O NPM foi tomado como pretenso paradigma, após centenas de anos de hegemonia da Administração Pública, com sua tradição estatista e burocrática; e, em sua forma mais extrema, afirmava a superioridade das técnicas gerenciais do setor privado sobre a Administração Pública, o que levaria à melhoria da eficiência e da eficácia.

Sob influência de ideias liberais de Margaret Thatcher ainda presentes na economia do Reino Unido, orientada para privatizações e corte nos gastos públicos, valorizavam-se, no Brasil, lições de gestão do setor privado; estimulava-se o crescimento de organizações independentes; punha-se foco na liderança empreendedora, ênfase em controle e auditorias de desempenho. Outras estratégias tinham lugar: desagregação de serviços e gestão de custos; crescimento do uso do mercado; foco em gestão em oposição à Administração; valorização de resultados em contraste com a abordagem dos grupos laborais tradicionais.

Corroborando essas práticas, o constituinte derivado erigiu a eficiência à condição de princípio constitucional, nos termos da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, à Constituição da República de 1988.

A partir de 2003, a disputa de paradigmas de atuação do Governo Federal e do Governo de Minas marcou um período de criatividade em ambas as esferas com vistas a instrumentalizar as estratégias e a própria identidade de cada qual. A União investiu em políticas sistêmicas e em mecanismos populares de participação; o Estado de Minas Gerais priorizou o equilíbrio fiscal, a realocação estratégica de recursos e meios, o realinhamento das funções estatais, o planejamento de políticas públicas, de modo a preparar o Estado para o desenvolvimento capaz de propulsar os indicadores de qualidade de vida da população e a emancipação da cidadania.

Em 2011, com a prática de gestão lastreada em valores desse jaez, o Estado de Minas Gerais já havia superado o estágio do Choque de Gestão e já reformulara suas estratégias.

Em situação de equilíbrio das contas públicas, o Estado se desafiava a aprimorar seus métodos e mecanismos gerenciais, não só com foco em resultados, e, também, na democratização da Administração. Isto é, cedeu-se à concorrência de paradigmas: continuou sustentando o regime de NPM, mas acolheu pressupostos de um novo paradigma, o da governança democrática, mais complexo e aderente à lógica de políticas sociais complexas e a processos decisórios mais desafiantes. E, apostando em lógica transversal de desenvolvimento, concebeu o Estado em Rede, correspondendo ao 3º estágio da Administração Pública no Estado: o da Gestão para a Cidadania.

Essa concepção do Estado pressupõe uma arregimentação dos diversos atores pela vertente de empoderamento horizontal, orientada para a promoção do diálogo, participação democrática, estratégias compartilhadas, transparência, construção da argumentação, com vistas à concertação ou formação de consensos⁴.

Há que se registrar que o Decreto-Lei 200/67 cogitou da importância da articulação e previu, nos artigos 6º, II, 8º e 9º, em extensos enuncia-

4 Sobre concertação, técnica ou lógica estruturante do modelo transversal de desenvolvimento do Estado de Minas Gerais, o Professor Doutor Eurico Bitencourt Neto, após ter participado da equipe de governo, desenvolveu tese doutoral em Portugal, publicada sob o título: Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI. Lisboa: Almedina, 2017.

dos normativos, o princípio da coordenação. Do mesmo modo, a Doutrina, de há muito, prega práticas de consensualização, na esteira, por exemplo, dos ensinos da Universidade da Colúmbia, de um lado, ou dos diálogos democráticos ou institucionais como pressuposto da governança em suas missões de aplicação, de outro (CASTRO; WOJCIECHOWSKI, 2010).

Tudo, hoje, (re)semantizado a partir dos pilares invisíveis, de um lado, a lógica procedural-discursiva de formação do poder, consoante lição habermasiana; e, de outro, a compreensão das arenas decisórias como campo de arregimentação, conforme lição de Pierre Bourdieu.⁵

Sobre o primeiro marco teórico, colhe-se a seguinte interpretação: “o modelo procedural-discursivo habermasiano de circulação do poder apresenta o embasamento teórico explicativo para a conformação da esfera pública, como sistema administrativo, às demandas aportadas pelos fluxos comunicativos” (PIRES; COSTA; CORDEIRO; CARDOSO, 2012)

Segundo Habermas, o Estado, como organização política, ocupa o centro da esfera pública, de dimensão discursiva, e nessa posição, deve converter o poder comunicativo, que transita pelos fluxos discursivos, em poder administrativo formulador de soluções. (PIRES; COSTA; CORDEIRO; CARDOSO, 2012)

Da aplicação do segundo marco teórico, apreende-se: “do ponto de vista da concertação dos atores, a Conferência de Serviços compõe uma arena de construções decisórias que pode ser entendida, na concepção bourdieusiana, como um campo, compreendido como estrutura de correlação de forças entre agentes engajados em processos discursivos e simbólicos” (PIRES; COSTA; CORDEIRO; CARDOSO, 2012).

Nesse contexto e com apoio nesses fundamentos teóricos, sem desprezar as técnicas de elaboração de matrizes de competências, de

5 Estudo coletivo, de viés institucional, elaborado pela equipe que subsidiou a implementação da conferência de serviços em Minas Gerais, trata do tema em linha jurídico-dogmática e, também, sob enfoque teórico, fiel aos marcos escolhidos. PIRES, Maria Coeli Simões; COSTA, Mila Batista Corrêa da; CORDEIRO, Caio B.; CARDOSO, José Luiz F. Conferência de Serviços: Reflexões e perspectivas para a construção de um novo instrumento de governança democrática. In: V Congresso Consad de Gestão Pública. 2012. Brasília. Anais. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração. 2012.

monitoramento intensivo e contínuo de ações e responsabilidades, investiu-se no diálogo intersetorial, interinstitucional e entre os atores e os afetados pelas políticas públicas, traçando-se um arranjo que conciliou diversos instrumentos de gerenciamento com mecanismos de compartilhamento de responsabilidade, consensualização e de participação. Tudo voltado para uma nova governança pública (OSBORNE, 2010), de caráter democrático, e, ao mesmo tempo, eficiente, capaz de articular meios, fins, demandas e agentes em função de resultados para a cidadania, em especial, em contraponto à inércia e à ineficiência da máquina pública.

Em 2011, o Estado de Minas criou a Conferência de Serviço, com o intuito de simplificar a processualidade administrativa, visando a enfrentar a procrastinação, a burocratização e outras desafios do processo decisório.

Em outras palavras: investiu-se no procedimento administrativo, com vistas a enfrentar disfunções que poderiam comprometer a atuação governamental e os propósitos democráticos, e, ao mesmo tempo, a (re) significar conceitos tradicionais do Direito Administrativo e rever concepções e regimes do atuar administrativo.

3. A CONFERÊNCIA DE SERVIÇOS EM MINAS GERAIS

A Lei Delegada n. 180, de 20 de janeiro de 2011, no art. 5º⁶, previu diversos instrumentos do modelo de Administração Transversal de Desenvolvimento.

6 “Art. 5º São instrumentos do modelo de Administração Transversal de Desenvolvimento, além dos tratados nos arts. 3º e 4º desta lei Delegada:

- I. Comitês temáticos
- II. Fóruns especializados de políticas públicas
- III. Conferência participativa de política pública
- IV. Audiência pública
- V. Consulta Pública
- VI. Conselhos de políticas setoriais
- VII. (Revogado)
- VIII. Agenda de Melhorias

Atento, sobretudo, ao fenômeno do emperramento e procrastinação de soluções relevantes em situações que envolviam alta complexidade decisória, fosse pela fragmentação de competências, fosse pela polifonia entre os atores decisórios ou ausência de convergência para resultados compartilhados, o Estado inovou pela vertente pedagógica de solução de problemas, instituindo a Conferência de Serviços, a teor do §§1º e 2º do já citado dispositivo e do art. 6º da Lei Delegada n. 180/ 2011⁷.

A Conferência de Serviços foi inspirada no paradigma de Governança Pública e em suplementos teóricos sobre fundamentos democráticos, e pautada a partir de uma lógica incremental, delineada esta pelo esforço de coordenação da estratégia governamental e de consecução de vantagens colaborativas, agregando-se lhe, na regulamentação operada pelo Decreto Estadual 45757/2011, alguns lineamentos inspirados na Administração italiana, conforme já assinalado (MODESTO, 2021).

Prestigiando-se a lógica colaborativa e a prática dialogal, especialmente a de modelo horizontal, pretendia-se que decisões complexas, dependentes do exercício de competências fragmentárias e que encerrassem potencial conflito encontrassem clima e espaço propício à conver-

IX. Câmaras multisetoriais de políticas públicas

X. Unidades administrativas regionais e

XI. outros instrumentos correlatos, desde que oficializados ou integrados por processos colaborativos formais”.

7 “Art. 5º.....

1º São também instrumentos a que se refere o Caput deste artigo a desconcentração do monitoramento da Estratégia Governamental, sob coordenação, e a Conferência de Serviço convocada nos termos do regulamento.

§2º A Conferência de Serviços, para os fins desta lei delegada, é a instância de decisão compartilhada de caráter interinstitucional e intersetorial que simplifica a processualidade administrativa mediante participação concomitante de todos os agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente.

Art. 6º As atividades de coordenação, integração, intersetorialidade ou transversalidade não excluem as responsabilidades originárias dos órgãos ou entidades envolvidas nos processos em rede ou no âmbito de sistemas, ou, ainda, nos de caráter interinstitucional”.

gência responsável entre propósitos definidos no procedimento e o fluxo decisório, o que se faria a partir de uma instância de coordenação responsável por uma visão sistêmica da questão com vistas a identificar os possíveis pontos de atenção e a construir a matriz de competências para a devida arregimentação e articulação dos atores, sujeitos ao crivo setorial, em torno do problema, em arena abrangente do conjunto decisório, em arquitetura plurissetorial ou multi-institucional.

Do ponto de vista técnico, à guisa de síntese, pode-se afirmar que o instrumento buscava valorizar a articulação e a concertação, em desenho especial de reestruturação do processo decisório, e potencializar a vantagem colaborativa, associada à integração de pessoas, processos, estruturas e recursos, a partir de uma matriz de competências para exercício concomitante pelos diversos atores.

Já então, não se tratava, pois, de mecanismo de inédita inventividade: cuidava-se de ordenar em instrumento específico cautelas práticas desenvolvidas na dinâmica da Administração, de incorporar técnicas de solução de problemas, de valorizar a processualidade decisória com fim na solução. Para isso, ênfase deveria ser dada à identificação dos pontos nodais do processo e na definição da estratégia para articulação de competências fragmentárias com vistas ao exercício concomitante e consequente, sem substituição ou superposição de ações, mas com propósito de complementaridade, sem prejuízo de princípios já incorporados, como transparência e prestação de contas.

Em termos pragmáticos, o instrumento permite destrinçar o problema e estabelecer a chave de sua solução, identificando os diversos atores responsáveis pelas soluções sobre aspectos específicos nos termos da respectiva competência, e que, em conjunto, compõem as bases de argumentação e enquadramento da correspondente atuação na solução global.

Pode-se afirmar que a tarefa de coordenação da Conferência de Serviços não é simples, demandando conhecimento aprofundado sobre a questão que exija a aplicação do instrumento e as diversas interfaces do problema e, ainda, acerca dos fluxos decisórios específicos em face da matriz intersetorial ou interinstitucional; o domínio de técnica de arre-

gimentação e capacidade dialogal; foco em monitoramento e condução assertiva para resultados.

Estabelecida a normatização, a Administração estadual aplicou o instrumento com vistas a sua consolidação, sendo certo que a lógica subjacente deu sustentação a diversas negociações no âmbito da Governança, conjugando práticas de monitoramento intensivo e matriz de competências e riscos.

Em um ambiente de quebra da continuidade administrativa, a Lei n. 180/2011 foi revogada pela Lei n. 22.257, de 27 de julho de 2016, com o que se retirou da organização administrativa de Minas Gerais o referido mecanismo. Não obstante tal desfecho, a modelagem continua válida para arrimar novas experiências.

4. DECISÃO COORDENADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

Em 2015, num cenário nacional complexo, de grandes mudanças que impactavam a governança, e amplificadas na Administração Pública Federal a polifonia orgânica e a desarticulação em relação a questões cruciais, logo se cogitou de estruturar mecanismos que pudessem garantir melhor articulação na esfera federal e, igualmente, nas relações federativas.

Como a divisar as dificuldades do quadro da crise sanitária mundial que atingiria o Estado brasileiro, com notório prejuízo para a eficiência estatal e para a confiança da população no tocante às decisões impactantes da vida coletiva, o Senador Anastasia tomou a iniciativa de projeto de lei destinado a integrar aos instrumentos gerenciais da Administração Pública Federal o denominado “Decisão Coordenada”.

O instituto presta-se a (re)semantizar princípios da Administração Pública, que, à luz do pensamento do autor do projeto, conforme explicitado na Justificativa, devem ser lidos “a partir de novos pressupostos, como o da transparência, o da celeridade na tomada de decisões

e a participação democrática, como elementos fundantes de qualquer ordem jurídica justa.”⁸

Argumentam alguns que não se fazia mister estabelecer em lei um tal mecanismo, eis que poderia ser adotado como técnica gerencial. Todavia, o instrumento ganha solidez especialmente na disciplina do modo da atuação e na definição das responsabilidades dos integrantes da matriz de competência nos moldes em comento. Abre à Administração Pública a possibilidade de redesenho da arquitetura de processos complexos, valorizando a processualidade administrativa, não como rito, mas como meio de consecução da finalidade pública. Nesse sentido, a modelagem permite antecipar resultados pretendidos, assim como tende a estabelecer maior racionalidade nos fluxos comunicativos e no processo decisório. Estimula os gestores a apropriarem conhecimentos acerca de metodologia de solução de problemas e sobre consensualização em torno de objetos de elevada complexidade e relevância. Ademais, a adoção do mecanismo caminha no sentido de maior legitimação do exercício do poder, em contraposição aos clássicos mecanismos sustentados sobre pilares da hierarquia, da verticalidade e da legalidade estrita, que resistem, desde o sopro seminal do Direito Administrativo, a despeito dos esforços de assimilação do paradigma democrático.

5. DIGRESSÕES SOBRE PROCESSO ADMINISTRATIVO

Para análise do marco legal federal, são feitas algumas digressões, a propósito da figura jurídica do processo administrativo. Paulo Modesto, discorrendo sobre o tema, mostra que, além do seu papel primário, vertido à garantia de decisões válidas e eficazes no âmbito dos processos restritivos e ampliativos, e dos processos cínicos e normativos, atribuem-se a ele funções secundárias, em sede de organização administrativa, ganhando então relevância a arquitetura do processo (MODESTO,2021). O jurista baiano, a partir de suplementos doutrinários de Sabino Cassesse, arremata essa ca-

8 Projeto de Lei n. 615/2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia-MG (Câmara dos Deputados: Projeto de Lei n. 9.431, de 2017).

tegorização: “processos administrativos podem ser simples (unisetoriais), complexos (plurissetoriais), assíncronos ou síncronos, bipolares ou poligonais, isolados ou conexos a outros processos” (MODESTO, 2021).

Deduzindo consequências práticas dessa categorização para a estruturação de processos decisórios, Paulo Modesto leciona: “A arquitetura dos processos administrativos definirá se a decisão será singular ou colegial, envolvente de órgãos de pessoas administrativas diversas (relações interadministrativas) ou da pessoa jurídica (relações interorgânicas)” (MODESTO, 2021)

E segue comentando: “forte nessa perspectiva, Sabino Cassesse definia o processo como o aspecto dinâmico da organização administrativa” (CASSESSSE, 1994, p. 254).

Essa dinâmica é potencializada sob a ótica do instituto, na visão de Modesto: “ao adotar a decisão coordenada, a Administração Pública altera a arquitetura do processo decisório em favor da sincronicidade e da concertação de pronunciamentos dos diversos órgãos envolvidos em temas complexos” (MODESTO, 2021).

Segundo Modesto, a lei federal “instituiu modelo procedural facultativo de aceleração de processos administrativos complexos (interinstitucionais ou intersetoriais) e de emissão de decisões em competência administrativa discricionária de modo dialogal, contextual” (MODESTO, 2021). Trata-se, segundo o autor, de “instrumento de concertação administrativa processual, alternativo e experimental em face do modelo sequencial ordinário, útil para abreviar a oitiva e a decisão administrativa incidente sobre diferentes interesses setoriais” (MODESTO, 2021).

As assertivas bem expressam a índole e a concepção do instituto no bojo do Direito Administrativo, conforme suplementos já aportados pelo mestre baiano, e o conceito legal da espécie. Dispõe a Lei Federal nº 14.210/21, no art. 49A, §1º:

Para os fins desta Lei, considera-se decisão coordenada a instância de natureza interinstitucional ou intersetorial que atua de forma compartilhada com a finalidade de simplificar o processo administrativo mediante participação concomitante de todas as auto-

ridade e agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento de sua formalização com a legislação pertinente.

Observa-se que a redação se afasta do padrão do Anteprojeto Federal e corresponde ao texto da lei mineira. A Lei de Processo Administrativo da Bahia lei 12.209, de 20 de abril de 2011, no art. 28, §§1º, 2º, 3º e 4º, com ligeiro acréscimo, repete o conteúdo do Anteprojeto, e, como este, não foi tomada como matriz para a iniciativa federal, salvo no tocante à inserção da disciplina na respectiva lei de Processo Administrativo.

Não se cuidará, neste artigo, de aprofundamento acerca de requisitos para aplicação do instrumento (estabelecidos no Art. 49A, da Lei Federal), sobre regime jurídico do instituto, nem do alinhamento técnico dos conceitos tangenciados pela lei, tendo em vista as limitações e condicionantes de um estudo para obra coletiva e a vertente metodológica que orienta o trabalho.

6. PONTOS DE ATENÇÃO NA DISCIPLINA LEGAL DA DECISÃO COORDENADA

MODESTO critica a recusa da possibilidade de convocação de decisões coordenadas em processos administrativos: a) de licitação; b) relacionadas ao poder sancionador; ou c) em que estejam envolvidas autoridades de Poderes distintos:

Essas limitações (...) não deveriam existir como vedações a priori, uma vez que na prática têm sido frequentes a cooperação estruturada entre autoridades de poderes diversos (vg, a cooperação interinstitucional prevista nos artigos 15 e 16 da Resolução CNJ 350, de 27/10/2020, coerente com os artigos 67 a 69 do CPC2015), e a utilização de instrumentos de concertação em matéria sancionatória(vg, Acordo de Cooperação Técnica em Leniência Anticorrupção envolvendo TCU, AGU e CGU, de 6/8/2020 e em matéria de licitações e contratos (vg., acordo de transações administrativas interinstitucionais da AGU, Lei

9469/1997; câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, Lei 13.140/2015 (MODESTO, 2021).

As ponderações devem ser consideradas para fins de aperfeiçoamento do instituto no plano federal, fazendo-se, antes, o necessário aprofundamento no tocante às peculiaridades do instituto, bem assim ao tratamento dispensado à matéria no direito italiano (MODESTO, 2021). De fato, alternativas internas de construção de soluções consensuais, especialmente as previstas no Código de Processo Civil brasileiro - CPC de 2015, entre outros avanços no ordenamento jurídico, recomendam uma perspectiva mais aberta no tocante às decisões coordenadas.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, não se olvidou a grande tendência de concertação expressa em mecanismos de transações no âmbito da gestão, como Termo de Ajustamento de Conduta, Termo de Ajustamento de Gestão, Contrato de Gestão, entre outros. Após a edição da Lei Delegada n. 180/2011, contudo, acentuou-se a tônica da consensualização.

Dessa forma, embora a legislação mineira em comento tenha sido revogada, é salutar trazer à baila a pauta da Conferência de Serviço, para seu aprimoramento enquanto modelagem de instrumento administrativo democrático e avançado, para possível reinserção na organização administrativa, na arquitetura processual.

Na modelagem mineira, cuja redação inspirou a norma federal, a vedação de aplicação da Conferência de Serviço a processos licitatórios, processos com participação de outros poderes e processos sancionatórios não era, contudo, aleatória. Como a alternativa de arranjo decisório importa em uma nova arquitetura processual, em caso de licitação, que deve seguir um procedimento vinculado, obediente a normas gerais e a prazos rigorosos, restaria temerária a inclusão dessa temática como objeto de sua aplicação. Ademais, razões práticas recomendariam tal recusa, considerando que a licitação corresponde à pauta cotidiana da Administração, contrariando o caráter excepcional da Conferência de Serviços. Casos de maior complexidade e de flexibilização de rito têm previsões próprias no novo marco legal das licitações (Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021). Os processos sancionatórios, sujeitos a princípios constitucionais

de caráter fundamental, capitaneados pela dotação do contraditório, e a uma ritualidade complexa e normatizada em caráter sistêmico, poderiam ter vulnerada a sua segurança jurídica em função da aplicação de um rito sumário, com prejuízo do contraditório. Por fim, excluiu-se a hipótese de aplicação do mecanismo a situações envolventes de outro poder, isto tendo em conta a importância da observância do princípio da independência dos poderes, que poderia ser afetado em razão de decisão vinculante para todos os participantes do processo decisório.

Após analisar em profundidade o marco legal federal, Modesto alinha conclusões importantes acerca do instituto da Decisão Coordenada no âmbito federal e que são, a seguir sintetizadas, a título de esboço do conteúdo das reflexões e de sinalização de posições críticas, sempre construtivas das melhores soluções para avanço do Direito Administrativo na ordem democrática: A Decisão Coordenada no plano federal nem sempre tem caráter decisório; pode ser convocada por qualquer autoridade obrigada a decidir matéria multisetorial que se enquadre nas previsões legais de sua aplicação; é disciplinada pela lei de regência mediante adoção de conceitos vagos ou plurissignificativos; seu regime legal estabelece restrições ou vedações incoerentes com normas e acordos vigentes; é imprecisamente conceituada com o termo instância; a previsão legal de decisão coordenada não impede que órgãos e entidades públicas celebrem acordos entre si sem as formalidades estabelecidas para aquela; eventualmente pode ser tomada como procedimento acessório de convocação obrigatória, caso seja contemplada em negócios jurídicos pré-processuais ou processuais atípicos; a decisão coordenada é uma forma de perseguir a concertação administrativa, mas não a única (MODESTO, 2021).

Acrescentem-se algumas sugestões de pautas correlatas, para reflexão. Em primeiro lugar, há de se apontar a dificuldade de articulação interfederativa, ou seja, entre os três entes federativos. As soluções no âmbito de políticas sistêmicas, como a de saúde e a de assistência social, prestigiam modelagens de concertação e decisão de caráter tripartite, mas há uma complexidade muito maior que ultrapassa as institucionalidades existentes. Haja vista a desarticulação que mostrou a extrema dificuldade de governança compartilhada no âmbito da crise sanitária mundial.

Outro tema que merece atenção pela perspectiva de arregimentação dos atores ao campo decisório, tendo em vista soluções compartilhadas, é o da gestão metropolitana, que envolve a disputa de competências e a tensão permanente entre autonomia municipal e interesse metropolitano.

Na mesma linha, cabe uma reflexão sobre as instâncias de crises, em moldes de gabinetes multisetoriais. Conforme a modelagem mais frequente, eles representam uma articulação física dos setores envolvidos, que assumem seu espaço em arranjo que tem características muito próprias de observatório comum.

7. CONCLUSÃO

A Lei Federal nº 14.210/21 deve ser considerada como avanço na ordem jurídica brasileira, ao criar a Decisão Coordenada, modelagem de concertação e, em última análise, de solução de conflitos, apta a agregar a pluralidade do interesse envolvido no processo com vistas a uma célebre e adequada decisão. Dos céticos, espera-se a reconciliação com os propósitos de fortalecimento dos instrumentos de legitimação do exercício do poder, em cujo rol se enquadra a novel modelagem em comento.

A experiência mineira, precedente imediato do instituto federal, e o conjunto robusto dos elementos de sua formação podem ser melhor explorados para o adensamento da solução federal e para internalização de pressupostos teóricos e paradigmáticos do instituto. Notadamente, a revisão paradigmática, conforme descrita, permite a leitura de soluções normativas pela perspectiva mais aproximada do pano de fundo que as circunstanciou.

Inserindo-se na temática da responsabilidade estendida e da governança democrática, o instrumento deve ser interpretado pelo viés do “modelo procedural-discursivo habermasiano”, por um lado; e do “conceito de campo de Pierre Bourdieu”, por outro, “compreendido como estrutura de correlação de força entre agentes engajados em processos discursivos e simbólicos” (PIRES; COSTA; CORDEIRO; CARDOSO, 2012).

O debate sobre Governança Pública reflete no rearranjo da arquitetura político-administrativa do Estado, verificando-se tendência de re-leitura, à luz de pressupostos democráticos de tutela de direitos e ampliação da participação dos atores no processo decisório da esfera pública; nesse ambiente, ganham expressão superlativa as soluções consensuais, os processos colaborativos e as relações voluntárias horizontalizadas, tendentes a consolidarem uma governança efetivamente democrática (PIRES; COSTA; CORDEIRO; CARDOSO, 2012).

O instituto facilita novas estruturas de processos decisórios, apresentando potencialidade para transformar do quadro de inércia administrativa. Há de se enfatizar, contudo, que só o processo comunicativo, a interpretação adequada da correspondente base normativa e a sua aplicação criteriosa, subsidiada por sólido conhecimento acerca das graves questões que emperram a Administração Pública, garantirão avanços da processualidade democrática.

Por fim, sintetizando a concepção e o alcance do instituto, pode-se afirmar que ele abre oportunidade de (re)significação de conceitos tradicionais do sistema administrativo, colaborando para a transversalidade e, assim, para um Direito Administrativo apto a enfrentar os dilemas de um Estado (Pós) Democrático, que ainda disputa espaço com um direito arrimado na hierarquia, na unilateralidade e na legalidade estrita.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT NETO, Eurico.. Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI. Lisboa: Almedina, 2017.

BOUDIEU, Pierre. Questões de sociologia. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

CASSESE, Sabino. Trattato di Diritto Amministrativo: Diritto Amministrativo generale. Tomo II, 2^a edizione. Milano: Giuffrè, 2003.

CASSESE, Sabino. Las bases del derecho administrativo. Trad. Luis Ortega. INAP. 1994, p. 251.

CASTRO, Erika de; WOJCIECHOWSKI, Maciej John. (coord.) Inclusão, colaboração e governança urbana: perspectivas brasileiras. Vancouver: The University of British Columbia; Rio de Janeiro: Observatório das Metrópoles; Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. V. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MINAS GERAIS. Lei Decreto n.45.757, de 07 de outubro de 2011. Dispõe sobre a Conferência de Serviços no âmbito do poder executivo. Diário Oficial de Minas Gerais, Belo Horizonte, 07 de dezembro de 2011. Disponível em : <http://www.almg.gov.br>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

MINAS GERAIS. Lei Delegada n. 180, de 20 de janeiro de 2011. Dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do poder executivo do estado de minas gerais e dá outras providências. Diário Oficial de Minas Gerais, Belo Horizonte, 20 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.almg.gov.br>. Acesso em: 20 abril de 2012.

MODESTO, Paulo. Decisão coordenada: experimentação administrativa processual. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-dez/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativa-processual> > Acesso em 14 de fev. 2023.

MODESTO, Paulo. (Coord.) Nova Organização Administrativa Brasileira. BH: Editora Fórum. 2^a ed., 2010

MOTTA, Fabrício. Decisão Coordenada: a boa novidade. Revista Consultor Jurídico, 21 de outubro de 2021. Disponível em: <https://conjur.com.br/2021> Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

OSBORNE, Stephen P. The new public governance? emerging perspectives on the theory and practice of public governance. London; New York: Routledge. 2010.

PIRES, Maria Coeli Simões; COSTA, Mila Batista Corrêa da; CORDEIRO, Caio B.; CARDOSO, José Luiz F. Conferência de Serviços: Reflexões e perspectivas para a construção de um novo instrumento de governança democrática. In: V Congresso Consad de Gestão Pública. 2012. Brasília. Anais. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração. 2012.

Projeto de Lei n. 615/2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia-MG (Câmara dos Deputados: Projeto de Lei n. 9.431, de 2017)

TRAVERSA, Emanuele. La conferenze dei servizi :Semplificazione amministrativa nella Pubblica Amministrazione. In: Overlex Portale Giuridico. Disponível em: <<http://www.overlex.com>>. Acesso em 8 de fevereiro de 2023.

DESAFIOS DOS MODELOS DE CONTRATAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS BASEADOS NA AMORTIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS REALIZADOS PELO CONTRATADO

Benjamin Zymler¹

Francisco Sérgio Maia Alves²

1. INTRODUÇÃO

O cenário de escassez de recursos públicos, fruto do crescimento das responsabilidades estatais e do esgotamento das fontes de financiamento de gastos públicos, fez com que o Estado buscasse alternativas para a realização de investimentos de seu interesse, sem recorrer, em um primeiro momento, ao orçamento público.

A ideia foi buscar a colaboração da iniciativa privada, mediante a construção de parcerias que pudessem tanto aproveitar os eventuais recursos disponíveis, como extrair a expertise

¹ Ministro do Tribunal de Contas da União. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB.

² Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

técnica do setor privado, na prestação de serviços públicos e na solução de problemas enfrentados pela Administração Pública.

O objetivo deste ensaio é analisar as características e os desafios inerentes aos modelos de contratação de obras públicas baseados na amortização de investimentos realizados pelo contratado.

Para tanto, serão estudados três instrumentos introduzidos recentemente no ordenamento jurídico-administrativo: o contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos, o contrato de eficiência e o contrato *Built to Suit* (BTS).

A fim de ilustrar os desafios e os riscos fiscais envolvidos nesses módulos contratuais, será exposto o caso apreciado recentemente pelo Tribunal de Contas da União (TCU), envolvendo a construção do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos/RJ pela Fiocruz, segundo o modelo BTS.

Para cumprir o propósito deste trabalho, será adotado o método de abordagem dedutivo, partindo-se da análise geral do objeto de estudo, ou seja, da legislação e da doutrina pertinentes, até se chegar às conclusões particulares. Outrossim, será realizado um estudo de caso envolvendo as questões jurídicas mencionadas, a fim de examinar a pertinência das observações iniciais realizadas quanto ao direito aplicável.

2. MODELOS DE CONTRATAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS A PARTIR DE INVESTIMENTOS REALIZADOS PELO CONTRATADO

O ordenamento jurídico-administrativo brasileiro incluiu, recentemente, modelos de contratação de obras públicas baseados na amortização de investimentos realizados pelo contratado

A adoção desse formato de contratação é dotada de completa rationalidade, especialmente no atual contexto das finanças públicas. Esse cenário foi adequadamente retratado pelo administrativista Mello (2015, p. 190), como se verifica no seguinte trecho de sua obra:

Assim, em épocas de forçada contração de investimentos públicos, não restará ao Estado senão a alternativa de buscar formas de colaboração com a iniciativa privada, convocando-a para custear total ou parcialmente a realização destes empreendimentos, mediante contrapartida diversa das tradicionalmente oferecidas. Não há dificuldades de monta para tanto, por ser vasto o repertório de vantagens que o Poder Público dispõe e pode oferecer aos particulares para atraí-los.

Ainda segundo o autor, ‘não há óbice constitucional algum a que o Poder Público, em regime de livre iniciativa, como é o nosso, se relacione com particulares empreendedores e acerte as fórmulas jurídicas idôneas para obter-lhes a colaboração mediante contrapartida econômica conveniente de parte a parte (MELLO, 2015, p. 191).

Os módulos contratuais que serão examinados neste trabalho se enquadram nesse contexto.

O primeiro deles é o contrato de gestão para ocupação de imóveis público, também chamado de contrato de *facilities*, instituído pela Lei nº 14.011, de 10 de julho de 2020. Conforme será melhor ilustrado adiante, ele pode incluir a realização de obras para adequação do imóvel público integralmente custeadas pelo particular contratado, o que exige períodos contratuais mais longos para a amortização dos investimentos realizados.

Da mesma forma, há os contratos de eficiência e o contrato de locação sob medida ou encomenda, também conhecido como contrato *Built to Suit* (BTS). Ambos os instrumentos estão atualmente disciplinados na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova lei de licitações e contratos, embora tenham sido introduzidos por outros diplomas normativos.

O objetivo deste tópico é tratar das principais características e dos riscos desses módulos contratuais.

2.1. Contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos

O contrato de gestão para ocupação de imóveis público, também chamado de contrato de *facilities*, foi instituído pelo art. 7º da Lei

nº 14.011/2020. Embora o dispositivo tenha feito remissão à Lei nº 8.666/1993, a figura contratual não se enquadra em nenhum dos módulos previstos no antigo estatuto licitatório, constituindo um contrato específico tipificado por aquela lei.

Por essa razão, o presente instrumento permanece válido, mesmo após a edição da Lei nº 14.133/2021, não sendo aplicável o disposto no art. 189 desta³. Em verdade, o novel é expresso quanto à recepção da Lei nº 14.011/2020 como legislação especial em matéria de licitações e contratos. Conforme o seu art. 192, “o contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicada esta Lei subsidiariamente”.

Logo, os contratos de *facilities* continuam regidos pela Lei nº 14.011/2020, incidindo a Lei nº 14.133/2021, apenas de modo subsidiário.

Conforme o art. 7º, § 1º, daquela norma, o contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos “consiste na prestação, em um único contrato, de serviços de gerenciamento e manutenção de imóvel, incluído o fornecimento dos equipamentos, materiais e outros serviços necessários ao uso do imóvel pela administração pública, por escopo ou continuados”.

Trata-se, portanto, de um contrato misto, segundo a terminologia do direito civil. Segundo Marino (2009, p. 109), o contrato misto é aquele em que se combinam elementos próprios de tipos contratuais diversos, formando um contrato único. Há toda uma doutrina em torno desse tipo de ajuste, que seria uma espécie de contrato complexo, distinto dos chamados contratos coligados. A diferenciação entre essas espécies extrapola e não é útil aos propósitos deste trabalho.

Segundo o art. 7º, § 2º, da Lei nº 14.011/2020, o contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos poderá:

I - incluir a realização de obras para adequação do imóvel, inclusive a elaboração dos projetos básico e executivo; e

3 Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

II - ter prazo de duração de até 20 (vinte) anos, quando incluir investimentos iniciais relacionados à realização de obras e o fornecimento de bens.

O contrato de *facilities* com investimentos para adequação do imóvel e fornecimento de bens constitui objeto de interesse do presente estudo, pois envolve o aporte de recursos do colaborador privado, os quais serão paulatinamente amortizados, no período de vigência do referido instrumento. Essa é a razão pela qual o legislador previu uma duração de até 20 anos, no inciso II do parágrafo em comento, algo absolutamente inédito no regime de contratações até então vigente à época da edição do mencionado normativo.

Conforme o § 4º do dispositivo em exame, nesses contratos com investimentos, as obras e os bens disponibilizados serão de propriedade do contratante. Essa característica desse módulo contratual atrai a discussão se ele não poderia ser considerado uma aquisição financiada de bem e, assim, estar sujeito às condições estabelecidas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF).

Tal decorre do art. 29, inciso III, da LRF, que define operação de crédito como um:

compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros; (grifos acrescidos).

Nessa perspectiva, haveria uma série de requisitos a serem cumpridos, antes da celebração desse módulo contratual, algo que não foi previsto na Lei nº 14.011/2020. A propósito, embora o § 5º do art. 7º da referida norma tenha previsto que ato do Poder Executivo poderia regulamentar o disposto neste artigo, essa providência não foi adotada, até a data da conclusão deste trabalho.

Considerando que o contrato de *facilities* com investimentos exige a realização de despesas públicas referentes à remuneração do parti-

cular, durante um longo período de tempo, o enquadramento do ajuste como assemelhado à operação de crédito implicaria a necessidade de observar os limites existentes quanto ao endividamento público.

Nessa perspectiva, as travas existentes ao crescimento da dívida pública podem representar um desafio ao uso disseminado desses módulos contratuais, caso eles sejam enquadrados no art. 29, inciso III, da LRF. A discussão do tema será mais bem endereçada no item 3 adiante, quando da exposição do caso referente à implantação do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos/RJ pela Fiocruz.

2.2. Contrato de eficiência

O contrato de eficiência foi originalmente previsto na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu, dentre outros, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

Ele foi incorporado pela nova lei de licitações e contratos, consubstanciando o esforço do legislador em unificar os diversos microssistemas licitatórios então existentes, incorporando suas inovações.

Segundo o art. 6º, inciso LIII, da Lei nº 14.133/2021, o contrato de eficiência é aquele “cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerando o contratado com base em percentual da economia gerada”.

Nessa perspectiva, ele destoa dos demais modelos de contratação usualmente adotados pela administração pública, na medida em que a remuneração do contratado não é baseada nos custos incorridos para a execução da avença, estando atrelada aos resultados obtidos quanto à economia gerada ao contratante, na forma de redução de despesas correntes. Ainda que o preço cobrado tenha que cobrir aqueles custos, a forma de precificação dos contratos de eficiência segue uma outra lógica.

Dito de outra forma, não importam os custos incorridos pelo particular na construção de benfeitorias permanentes e/ou adaptações das estruturas existentes, bem como na prestação dos serviços e fornecimento

de itens referentes à solução adotada em sua proposta de trabalho. O pagamento devido ao contratado corresponderá a um potencial sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária, conforme o inciso II do § 1º do art. 39 da Lei nº 14.133/2021.

Por essa razão, esse módulo contratual constitui uma espécie de contrato de risco para o particular, na medida em que a sua remuneração é vinculada a um evento futuro e incerto, que seria o alcance do resultado pactuado no ajuste.

Não obstante, esse formato também proporciona riscos à administração, caso os resultados esperados sejam sobreestimados. Schwind (2012, p. 3), isso pode acabar afastando qualquer possível interessado no desempenho da atividade, não se chegando, consequentemente, a resultado nenhum.

Por esse motivo, é importante uma análise prévia quanto aos resultados e riscos envolvidos nesse modelo de contratação, de sorte a promover uma escorreita ponderação dos custos de transação envolvidos para ambas as partes.

Segundo a própria definição contida no art. 6º, inciso LIII, o contrato de eficiência pode ou não incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, ou seja, a realização de investimentos que serão incorporados ao ativo permanente da administração pública. Caso isto ocorra, a própria norma admite prazos de duração mais longos, nos termos do art. 110, *in verbis*:

Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:
I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;
II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato. (grifos acrescidos)

O art. 15, parágrafo único da Instrução Normativa-Seges nº 96, de 23 de dezembro de 2022, que buscou disciplinar esse modelo de contratação no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e

fundacional, estabeleceu as seguintes regras para a definição do prazo de vigência dos contratos de eficiência.

Conforme o dispositivo, o órgão ou a entidade deverá considerar, no mínimo:

- I - o potencial de novas tecnologias ou demais inovações no mercado virem a tornar defasada a solução contratada com base na proposta de trabalho; e
- II - a compatibilidade com a amortização dos investimentos realizados, no caso dos contratos com investimento.

Como se vê, houve uma preocupação do legislador e dos órgãos encarregados de regulamentar a Lei nº 14.133/2021, quanto à estipulação de um prazo contratual que pudesse contemplar os riscos assumidos por cada uma das partes.

Todavia, considerando que o contrato de eficiência exige a realização de despesas públicas durante um longo período de tempo, suficientes, em tese, para remunerar os investimentos permanentes realizados pelo particular, há um outro risco que não foi devidamente sopesado pelo legislador: o eventual enquadramento desse modelo de contratação como assemelhado a operação de crédito e a consequente necessidade de observar os limites existentes quanto ao endividamento público.

Quanto a esses assuntos, a nova lei de licitações não trouxe nenhum dispositivo, diferentemente da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que estatuiu, em seu art. 10º, as condições que deveriam ser cumpridas para a contratação de parcerias público-privadas, sob o ponto do cumprimento das regras de responsabilidade fiscal.

Por certo, esse modelo de contratação envolve um menor risco fiscal, uma vez que a premissa dos contratos de eficiência é a proporção de economia à administração pública, na forma de redução de despesas correntes.

Todavia, da mesma forma que o contrato de *facilities* com investimento, as travas existentes ao crescimento da dívida pública podem representar um desafio ao uso disseminado desse módulo contratual, caso ele venha a ser classificado como assemelhado a operações de crédito. A

discussão do tema será mais bem endereçada no item 3 adiante, quando da exposição do caso referente à implantação do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos/RJ pela Fiocruz.

2.3. Contrato *Built to Suit*

O contrato *Built to Suit* (BTS), que em tradução livre significa “construído para servir”, consiste em um modelo de negócio jurídico importado dos Estados Unidos, que, originalmente, foi utilizado no Brasil como um contrato atípico, a partir da junção das características principais de outras duas espécies tipificadas no Código Civil brasileiro: os contratos de empreitada e locação (TARDIN, 2019, p. 4). Por essa razão, ele também é conhecido como locação sob medida ou encomenda.

O referido instrumento tornou-se um contrato típico, no Brasil, por meio da Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012, que incluiu o art. 54-A na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato). Conforme o dispositivo:

Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

Como se vê da redação da norma, esse tipo contratual mescla as características dos contratos de empreitada e locação, mas a elas não se resume. Conforme a parte final da disposição, há uma grande margem de liberdade para que as partes possam estipular as condições ideais que possam viabilizar os seus interesses, o que decorre do ambiente de maior autonomia da vontade, presente no mundo do direito privado.

Em verdade, esse ambiente de liberdade quanto à fixação de conteúdo contratual e ao próprio regime jurídico aplicável é admitido até

mesmo no mundo dos contratos administrativos, especialmente nos espaços vazios deixados pela legislação (ALMEIDA, 2020, p. 214).

Isso implica que os contratos BTS são instrumentos dotados de grande complexidade, na medida em que assimilam os atributos de vários negócios jurídicos, tipificados ou não na legislação. Essa ideia foi retratada por Rocha, Daniel e Rocha (2021), os quais acentuaram a inaplicabilidade da Lei do Inquilinato a essa espécie contratual:

Muito embora o aluguel do imóvel seja considerado em uma de suas cláusulas, o contrato denominado como “Built to Suit” contém em seu bojo uma relação contratual de elevada complexidade, em total dissonância com a mera locação de imóvel, pois comprehende uma série de outras obrigações, dentre as quais, a busca de espaço adequado, a celebração de contrato com os construtores, a elaboração de projeto, entre outros, devendo, pois, ser verificado sob a ótica da atipicidade, não se lhe aplicando as disposições da Lei do Inquilinato. O contrato “Built to Suit” comporta inúmeras prestações, das quais decorrem direitos, obrigações e responsabilidades diversas.

No mesmo sentido, Xavier (2016, p. 430) acentuou a diferença da função econômico-social dos contratos BTS, a qual impõe um direito material e específico distinto do extraído da Lei nº 8.245/1991. Segundo o mencionado autor:

[...] o contrato built to suit desempenha uma operação econômica tão diversa da locação imobiliária que as suas características específicas se afastaram severamente do tipo contratual da locação, propiciando o surgimento de um outro contrato que, por não encontrar uma correspondência mínima com os modelos contratuais delineados pelo legislador, deve ser classificado como atípico. A Lei 12.744/2012, ao apartar o regime de direito material dos contratos de locação, naquilo que for incompatível, aos contratos built to suit, ressalta a autonomia desse modelo negocial de contratação sem tipificá-lo e, muito menos, sem torná-lo um subtipo do contrato de locação. Ao assim proceder, o legislador reconheceu que a função econômica- social do contrato built to suit é

substancialmente diversa da função econômico-social da locação, exigindo um regime de direito material específico e apartado daquele genericamente encontrado na lei 8.245/91.

A dificuldade de encontrar o regime jurídico aplicável é uma nota característica dos chamados contratos mistos. Esse aspecto foi retratado no julgamento do REsp 1.475.477-MG, (Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze; Terceira Turma, julgado em 18/05/2021):

A questão fundamental quanto aos contratos mistos é determinar qual a sua disciplina jurídica, de modo que, para resolver o impasse, a doutrina especializada propõe 3 (três) soluções: a) teoria da combinação, na qual há decomposição de cada contrato que formou o misto, com aplicação da respectiva norma; b) teoria da absorção, a qual estabelece que todo contrato misto possui uma espécie contratual que prepondera sobre as demais, de maneira que suas normas é que regerão toda a relação jurídica; e c) teoria analógica, segundo a qual a tarefa do intérprete é procurar o contrato típico do qual mais se aproxima o contrato atípico em análise, com vistas a se aplicar a norma que disciplina aquele.

Esse cenário de incerteza e complexidade foi transferido para a Administração Pública, a partir do momento em que se autorizou o uso dos contratos BTS pelas entidades estatais. Tal ocorreu, na esfera federal, a partir do Acórdão nº 1.301/2013-Plenário, quando o TCU admitiu, excepcionalmente, a contratação direta de locação *built to suit*, por meio de licitação dispensável fundada no art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993, desde que cumpridos os critérios ali especificados.

Posteriormente, a Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015, tipificou os contratos BTS, no âmbito da administração pública, ao incluir o art. 47-A na Lei nº 12.462/2013. Segue a redação do dispositivo:

Art. 47-A. A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração.

§ 1º A contratação referida no caput sujeita-se à mesma disciplina de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicável às locações comuns.

§ 2º A contratação referida no caput poderá prever a reversão dos bens à administração pública ao final da locação, desde que estabelecida no contrato.

§ 3º O valor da locação a que se refere o caput não poderá exceder, ao mês, 1% (um por cento) do valor do bem locado.

A Lei nº 14.133/2021 não contém dispositivo tratando, de forma expressa, dos contratos BTS. Entretanto, o seu art. 51 admite a possibilidade de se proceder a contratações do tipo, uma vez que faz expressa menção a dois aspectos característicos desse módulo contratual: a realização de obras de adaptação e a possibilidade de amortização dos investimentos, por dedução lógica, realizados pelo particular.

Eis a redação do dispositivo: “ressalvado o disposto no inciso V do caput do art. 74 desta Lei, a locação de imóveis deverá ser precedida de licitação e avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários”.

A realização de obras de adaptação do bem pelo particular e a sua incorporação ao valor do aluguel, como forma de proceder à amortização desses investimentos, sugere que os contratos BTS da nova lei de licitações também admitem reversão dos bens à administração pública ao final da locação. Por evidente, essa possibilidade deve ser estabelecida no contrato, já que isso é um fator crucial que impacta no preço do ajuste.

Como já adiantado, o instrumento constitui um contrato misto, formado, no mínimo, pela junção de duas espécies: a construção ou reforma substancial mediante empreitada e a locação, se não houver reversão do bem ao final para o locatário; ou a construção ou reforma substancial mediante empreitada e a aquisição financiada do bem, se houver reversão para o adquirente. Pode ainda ser precedido de aquisição do terreno ou do imóvel propriamente para posterior reforma, bem como do fornecimento.

Apesar da ênfase ao elemento locação, esses instrumentos possuem uma característica bem mais próxima ao contrato de empreitada, financiada direta ou indiretamente pelo contratado, nos casos em que for prevista a reversão do bem. Esse atributo foi retratado

pela doutrina de Nakamura (2016, p. 354-355), como se verifica na passagem transcrita a seguir:

A Lei 12.744/2012 disciplinou o *built to suit* como um contrato de locação. Entretanto, o *built to suit*, apesar de se aproximar do contrato de locação, contém elementos específicos que o tornam muito mais complexo que uma mera relação locatícia. A relação contratual do *built to suit* possui obrigações completamente alheias a um contrato de locação, como a seleção/aquisição de imóvel e a construção de obra sob medida, ou seja, conforme orientação do contratante.

Nessa trilha, o autor segue assinalando que “o núcleo da relação do *built to suit* é a obrigação da construção sob medida e a consequente contrapartida financeira que tem por finalidade, principalmente, amortizar o investimento realizado e, de forma secundária, retribuir o uso da coisa” (NAKAMURA, 2016, p. 355).

Esses mesmos atributos do contrato BTS, previstos na Lei do RDC, foram mantidos na parca disciplina do assunto no art. 51 da Lei nº 14.133/2021. Como se vê, a administração pública permanece em um estágio de elevado grau de incerteza quanto às condições para o uso do instrumento, o que pode ser registrado como uma crítica ao legislador, ao editar o novel estatuto licitatório.

Não há propriamente nenhuma antijuridicidade quanto à ausência de previsão expressa dos contratos BTS na nova lei de licitações, assim como quanto à falta de um regramento mais rígido.

Nesse sentido, Bonatto e Santos (2022, p. 44) assinalam que o uso desse instrumento pela Administração Pública não exige a previsão expressa na lei administrativa, porquanto a incidência das regras do direito privado nas contratações públicas encontra suporte no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o art. 89 da Lei nº 14.133/2021 e o art. 54 da Lei nº 8.666/1993. Todavia, não se pode olvidar que a própria legislação civilista foi tímida quanto ao tratamento do assunto.

Nessa mesma senda, Justen Filho (2016, p. 96) ressalta que não está vedada nem mesmo a celebração de contratos inominados e atípicos pela Administração Pública, assim como a inclusão de cláusulas não ex-

pressamente referidas em lei – ressalvados os casos em que existir algum tipo de restrição aos interesses ou poderes atribuídos à Administração. Além disso, cabe lembrar que o ente público não pode alterar as condições deduzidas expressamente na lei e na legislação correlata.

O assente laconismo da Lei nº 14.133/2021 quanto à disciplina dos contratos BTS pode atrair duas interpretações:

- a) houve uma postura minimalista intencional do legislador, de deferência ao caráter predominantemente privado dos contratos de locação em que a administração seja locatária. A ideia seria prestigiar a autonomia contratual das partes, sem prejuízo de se recorrer à disciplina trazida pela legislação civil; ou
- b) o legislador abriu espaço para que o modelo de contratação fosse disciplinado mediante regulamento.

Entende-se que a administração deve trilhar para o segundo caminho, pois, apesar dos atributos privados desse módulo contratual, este ganha contornos mais evidentes de direito público, nos casos em que é prevista a reversão do bem. Conforme visto acima, essa espécie tem características mais marcantes de um contrato de empreitada, o qual constitui um contrato típico de direito público previsto na Lei nº 14.133/2021, sendo relevante atender diversos aspectos relacionados à satisfação do interesse público. Especificamente, há preocupações relativas ao custo dos investimentos, a adequação do projeto aos propósitos da administração e à própria capacidade do Estado de arcar com os vultosos investimentos. Como é sabido, o bem construído será revertido ao patrimônio público, estando sujeito, por conseguinte, à disciplina desse ramo jurídico.

Os contratos BTS constituem um instrumento eficaz para que a administração pública possa adquirir ou simplesmente utilizar um imóvel, por um período mais longo, de acordo com as suas necessidades específicas, sem precisar realizar, de imediato, os investimentos necessários para a construção ou adaptação substancial do imóvel.

De toda forma, esse tipo de contrato, por implicar a necessidade de vultosos pagamentos durante longos períodos, tem o potencial de pressionar

e comprometer o orçamento público, principalmente se o modelo passar a ser usado de forma disseminada, sem nenhum tipo de limite. A realização dessas despesas deveria cumprir as regras relativas ao teto de gastos.

Esse traço característico é ainda mais acentuado no caso de contratos BTS com reversão do bem, já que, nessa hipótese, o valor da prestação ainda é mais elevado, para que sejam remunerados os investimentos realizados para a construção. Em verdade, esse tipo de BTS mais se assemelha a aquisição financiada de um imóvel, o que atrai a discussão quanto à natureza das despesas como investimentos e a necessidade de cumprir as normas de responsabilidade fiscal atinente a investimentos duradouros – previsão no PPA, limites de endividamento, entre outros.

Há preocupações que devem ser contornadas, considerando as balizas às quais está sujeita a administração pública, principalmente sob o ponto de vista da responsabilidade fiscal, que levam à conclusão de que a melhor forma de disciplinar o assunto é mediante a edição de regulamentos.

Considerando o volume de recursos envolvidos, especialmente quando os investimentos forem elevados, não nos parece adequada o Poder Público ficar à mercê de regras não definidas previamente, estipuladas pelas partes, em um ambiente de autonomia contratual. Acredita-se que o regramento do tema é importante até mesmo para dar segurança jurídica às partes e, por que não, aos agentes públicos envolvidos.

A propósito do assunto, cabe destacar que a nova lei de licitações não reproduziu a regra contida no art. 47-A da Lei do RDC, que limitava o valor da locação a 1% do valor do bem locado. Segundo Soliano (2023):

A maior discricionariedade, contudo, deverá ser acompanhada com uma maior e mais densa motivação, assim como uma atenção ao espaço fiscal do órgão ou entidade contratante. Assim, por exemplo, um prazo mais alargado pode diminuir o preço mensal do aluguel, mas aumentar os custos financeiros atrelados ao investimento e vice-versa. O custo-benefício deste trade-off deverá ser devidamente avaliado e demonstrado pela administração.

A nova lei de licitações não tratou expressamente da duração dos contratos BTS. Não obstante, pode ser aproveitada a disciplina de seu art. 110, lavrado no seguinte sentido:

Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:
I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;
II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

Nessa trilha, o assunto foi disciplinado na Instrução Normativa-SEGES nº 103, de 30 de dezembro de 2022, que dispôs sobre os procedimentos de seleção de imóveis para locação no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Conforme o seu art. 9º:

Art. 9º Os contratos de locação observarão os seguintes prazos:
I - até 5 (cinco) anos, contados da data de recebimento do objeto inicial, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 8º, cuja vigência máxima será definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção;
II - até 10 (dez) anos, nos contratos de locação BTS sem investimento, no qual inexistem benfeitorias permanentes; e
III - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos de locação BTS com investimento, quando implicar a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente às expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração ao término do contrato.

3. CASO DA CONSTRUÇÃO DO NOVO CENTRO DE PROCESSAMENTO FINAL DE IMUNOBIOLÓGICOS DE BIO-MANGUINHOS/RJ PELA FIOCRUZ

Por meio do Acórdão nº 1.928/2021-Plenário, o TCU apreciou a legalidade de licitação para a construção do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos - RJ (NCPFI), realizada pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

A Fiocruz/Bio-Manguinhos optou pelo uso da modelagem *built to suit* para a implantação do NCPFI.

Para tanto, ela se valeu da Lei 12.462/2011, que admitiu a utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para a celebração de instrumentos do tipo, como visto.

O objeto da licitação era a contratação de investidor com vistas à construção de imóvel, em terreno da Fiocruz, pelo regime BTS, contemplando a execução das obras de construção, a montagem dos equipamentos de produção adquiridos pela instituição e o fornecimento de equipamentos de utilidades e materiais. A duração total do contrato foi estipulada em 240 meses (20 anos), assim distribuídos:

- a) 48 meses para a construção e entrega do complexo e instalação dos bens adquiridos;
- b) 12 meses de carência a partir da entrega definitiva do empreendimento; e
- c) 180 meses para o pagamento de parcelas a título de reversão do bem e aluguel.

Como se vê, foi previsto que o bem construído e os equipamentos instalados serão revertidos ao patrimônio da Fiocruz/Bio-Manguinhos. Nesse contexto, o valor mensal a ser pago ao contratado é composto por uma parcela referente à reversão do imóvel e outra relativa ao aluguel.

Esse valor mensal foi estimado em R\$ 46,655 milhões, com data-base fixada em setembro de 2020, constituindo o valor corrente men-

sal máximo admitido no edital lançado. Essa estruturação corresponde a um desembolso total de recursos públicos da ordem de R\$ 8,7 bilhões em valores presentes à época do julgamento pelo TCU. Esse conjunto de pagamentos servirá para custear os investimentos realizados com capital próprio do contratado, avaliados em R\$ 2,695 bilhões à época da fiscalização. O custo médio ponderado de capital foi calculado em 8,09% a.a.

Conforme visto, esse modelo de contratação foi timidamente abordado pela Lei do RDC, circunstância que se repetiu, com ainda mais intensidade, na nova lei de licitações.

Dentre os aspectos discutidos no acórdão, cabe dar relevo a dois apontamentos realizados pela unidade técnica, relacionados ao modelo BTS, que seriam a falta de instrumento orçamentário adequado considerando a duração do contrato e os riscos fiscais pertinentes a esse formato de contratação. No caso, registrou-se que a administração realizará desembolsos correspondentes à integralidade do aluguel durante o período de 15 anos, além do pagamento de 60% deste no período de carência, de sorte que o instrumento orçamentário plurianual existente não é capaz de abranger todo o período de desembolso do projeto e a integralidade do valor do investimento, circunstância confirmada pelo Ministério da Economia.

Como consequência, assinalou que haveria:

[...] possibilidade de celebração de um contrato cujo valor global pode alcançar R\$ 7,3 bilhões sem qualquer tipo de autorização orçamentária e legislativa previamente à licitação, por falta de instrumento adequado, não sendo possível, inclusive, verificar o cumprimento de outras regras fiscais dispostas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Adiante, a unidade técnica aduziu que a reversão do bem ao final de sua construção implica que a essência da operação é a realização de “[...] uma despesa de capital derivada de uma operação de crédito”.

Nesse contexto, manifestou preocupação quanto ao uso recorrente desse tipo de contratação, pois apesar de o Ministério da Economia ter afirmado “que não há materialidade significativa para afetar regras fiscais como ‘Regra de Ouro’ ou ‘Teto dos Gastos’”, no caso concreto, a

SeinfraUrbana entendeu que, “[...] caso os demais órgãos da Administração passem a adotar o modelo built to suit com reversão, poderá ser constituída uma carteira significativa capaz de afetar tais regras”.

Em resposta à oitiva, a Fiocruz/Bio-Manguinhos acolheu a observação de que as despesas relacionadas ao contrato BTS deveriam ser classificadas como de capital, mas refutou o enquadramento do ajuste como uma operação de crédito ou um arrendamento mercantil (*leasing*).

Quanto à ausência de instrumento orçamentário apto a prever a execução do empreendimento, a entidade aduziu que o contrato está sujeito às mesmas condições de uma parceria público-privada (PPP), devendo cumprir o art. 10 da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004⁴.

4 Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

- I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:
 - a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
 - b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e
 - c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;
- II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;
- III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;
- IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;
- V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

Ao analisar os elementos apresentados, a SeinfraUrbana pontuou que não obteve êxito em esclarecer as questões acima levantadas junto à Secretaria do Tesouro Nacional, tendo se limitado a concluir que persistiam os riscos identificados na modelagem do BTS e propor o envio de cópia da deliberação aos Ministérios da Economia, da Saúde e da Casa Civil, bem como ao Congresso Nacional:

[...] para fins de alerta sobre os riscos de insegurança jurídica e possíveis impactos orçamentários e fiscais identificados por este Tribunal devido à falta de regulamentação da aplicação do modelo built to suit no setor público, especialmente para os contratos que prevejam reversão do imóvel à Administração Pública.

À vista da especificidade do assunto, foi solicitado o pronunciamento da então denominada Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag), unidade técnica do TCU especializada em questões relacionadas à orçamento e gestão fiscal.

A unidade técnica trouxe substancioso parecer no qual aduziu que o contrato BTS pretendido pela Fiocruz/Bio-Manguinhos tinha a natureza de uma operação de crédito e que havia a necessidade de cumprimento da legislação orçamentária e financeira. Em síntese, foram essas as conclusões da Semag:

- i. as locações sob encomenda – built to suit, ao realizarem a diluição temporal do valor devido ao empreendedor ao longo do contrato, caracterizam-se como operações de crédito nos termos do art. 29, inciso III, da Lei Complementar 101/2000. Tal característica é especialmente verificada nos casos em que há a reversão obrigatória do objeto adquirido, construído ou reformado substancialmente ao patrimônio do ente público, nos termos do art. 47-A, § 2º, da Lei 12.462/2011;
- ii. como condição para a assinatura do contrato, faz-se necessária a existência de prévia e expressa autorização para a contratação da operação de crédito, esteja ela presente no texto da lei orçamentária do exercício, em créditos adicionais ou em lei específica, nos termos do art. 32, inciso I, da Lei Complementar 101/2000;

- iii. a operação de crédito é definitivamente materializada no momento do recebimento do objeto adquirido, construído ou reformado substancialmente pelo contratante. Como condição para o referido aperfeiçoamento da operação e o recebimento do objeto da locação sob encomenda, exigem-se, nos termos do art. 16, incisos I e II, e do art. 32, inciso II, ambos da Lei Complementar 101/2000: a) a estimativa do impacto orçamentário e financeiro; b) a declaração do ordenador de despesa de adequação orçamentária e financeira; c) a inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação; e d) verificação dos limites e condições relativos à operação de crédito pela Secretaria do Tesouro Nacional;
- iv. quando da inclusão da operação de crédito no orçamento (no exercício de sua realização efetiva), bem como do recebimento do NCPFI pela Fiocruz (registro da despesa primária com a incorporação do bem), deverá ser verificado o atendimento ao Teto de Gastos da EC 95/2016, à Regra de Ouro do art. 167, inciso III, da CF/1988, às metas fiscais de que trata a Lei Complementar 101/2000 e a Lei de Diretrizes Orçamentárias e aos limites da Resolução do Senado Federal 48/2007.

Não obstante as abalizadas ponderações da unidade técnica especializada, o Relator entendeu que o contrato BTS apresenta, em essência, características próximas de uma PPP – concessão administrativa, com prévia execução de obra pública.

Esse modelo de ajuste guarda semelhança e se insere no contexto desse e de outros modelos contratuais introduzidos mais recentemente no ordenamento jurídico, cujo traço comum é o prazo de duração mais longo, a execução de obras com recursos do próprio contratado ou de terceiros e a amortização desses investimentos mediante o pagamento de parcelas diluídas no curso de sua vigência.

Em síntese, o contrato BTS guarda semelhança com o contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos (Lei nº 14.011/2020) e com o contrato de eficiência com investimentos permanentes (Lei 14.133/2021), descritos no capítulo anterior.

O Relator enfatizou que todos esses modelos contratuais se caracterizam pela realização de pagamentos diferidos no tempo, os quais

embutem não apenas o custo dos serviços, quando existentes, como também os investimentos realizados pelo particular na execução de uma obra pública. Apesar dessa característica, não há, nas leis de regência, nenhum dispositivo que os enquadre como uma operação de crédito e imponha o cumprimento dos requisitos da espécie.

Como dito, eles consubstanciam a intenção do legislador de criar modelos de contratação com prazos mais longos, concretizando uma espécie de compromisso intergeracional para a realização de políticas públicas. Esses novos arranjos tiveram como objetivo criar uma alternativa para a prestação de serviços e a execução de obras públicas, mediante o uso de recursos privados com posterior pagamento pelo Poder Público.

Tal situação também ocorre nos contratos BTS, que foram inseridos na Lei do RDC dentro do mesmo contexto de viabilizar a celebração de contratos mais longos prevendo investimentos privados na prestação de serviços e execução de obras, com pagamentos diluídos. Da mesma forma, não há no art. 47-A nenhuma exigência quanto à observância das regras relacionadas à realização de uma operação de crédito.

Desse modo, o Relator concluiu que há relevantes ponderações que conduzem à plausibilidade da conclusão oposta à da Semag, no sentido de que o BTS, como as outras espécies indicadas, pode ser considerado um contrato administrativo autônomo não enquadrado como operação de crédito.

Diante dessa zona de incerteza, o Tribunal acolheu o voto do relator, não sentido de autorizar o prosseguimento da licitação para a construção do NCPFI pela Fiocruz/Bio-Manguinhos, devido às consequências negativas que adviriam da interrupção do certame e o interesse público envolvido na implantação de um fábrica de imunobiológicos, especialmente no contexto da pandemia da Covid-19, existente à época. Em suma, o TCU valeu-se da análise das circunstâncias indicadas nos arts. 21, 22 e 24 da LINDB

Não obstante a interpretação conferida ao presente caso, o TCU resolveu dar ciência ao Ministério da Economia a fim de que analisasse, para casos futuros, o enquadramento de contratações do tipo BTS com reversão do bem, assim como dos demais contratos indicados, como uma

operação de crédito, verificando as condições que devem ser atendidas para a sua conclusão.

Ademais, considerando as restrições então existentes à expansão do gasto público, o TCU determinou à Fiocruz/Bio-Manguinhos que, antes do início da execução das despesas relativas ao pagamento do aluguel do contrato que decorrerá da licitação, verificasse o atendimento ao Teto de Gastos da EC nº 95/2016.

Por fim, o Tribunal recomendou à Casa Civil que, em face de sua atribuição de coordenação e integração das ações governamentais, avaliasse a conveniência e oportunidade de regulamentar as garantias a serem ofertadas pelo Poder Público em contratações *built to suit*, a fim de reduzir os fatores de riscos envolvidos nesses ajustes, permitir propostas mais vantajosas e viabilizar o uso desse modelo de contratação no âmbito da administração pública.

4. CONCLUSÃO

O cenário de escassez de recursos públicos fez com que o Estado criasse novos módulos contratuais, em que o particular realizasse, com recursos próprios, os investimentos necessários à consecução das finalidades públicas, com o pagamento diluído destes pela Administração Pública, em contratos de longa duração.

Dadas as complexidades práticas e jurídicas que esse formato de contratação carrega, precipuamente quando há reversão do bem, não se pode olvidar as implicações fiscais e orçamentárias existentes, principalmente quando a amortização dos investimentos demandar longos períodos contratuais.

Os riscos fiscais presentes nos contratos de gestão para ocupação de imóveis públicos, nos contratos de eficiência e nos contratos BTS impõem uma maior atenção por parte do legislador, a fim de que o uso disseminado destes instrumentos não acarrete um crescimento demaisado da dívida pública, sem nenhum parâmetro de acompanhamento e controle pelo Parlamento e demais órgãos encarregados de promover o controle da gestão fiscal.

Reputa-se necessária a melhor regulamentação desses módulos contratuais, quanto às questões supramencionadas, de modo a permitir a fruição dos benefícios desses instrumentos para a realização dos investimentos requeridos pelo Estado, sem o risco de comprometimento das gerações futuras.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Péricles Ferreira de. A liberdade contratual no direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 187-217, out./dez. 2020.

BONATTO, Hamilton. SANTOS, Rafael Costa. *Contrato público built to suit: planejamento, licitação e contratação: Lei nº 14.133/2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Administração Pública e os edifícios construídos sob medida. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 17, n. 59, p. 89-107, jan./mar. 2016.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato built to suit. In: *Tratado de direito empresarial*. v. 4. Modesto Carvalhosa (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra pública a custo zero: instrumentos jurídicos para realização de obras públicas a custo financeiro zero. *Revista Trimestral de Direito Público: RTDP*, Belo Horizonte, n. 62, p. 189-198, jul./set. 2015.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O Built to Suit e a Administração Pública. *Revista Jurídica Cesumar*. Maringá, v. 16, n. 2, p. 349-374, mai./ago. 2016, p. 354-355.

ROCHA, Débora Cristina de Castro. DANIEL, Claudinei Gomes. ROCHA, Edilson Santos. Built to Suit - Atipicidade e autonomia material em relação à lei do inquilinato. *Revista Migalhas*, 10 de maio de 2021. Disponível em: <<https://>

www.migalhas.com.br/depeso/345159/built-to-suit-atipicidade-e-autonomia-em-relacao-a-lei-do-inquilinato. Acesso em: 19 mar. 2023.

SCHWIND, Rafael Walbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, jan./mar. 2012.

SOLIANO, Vitor. O built to suit na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de setembro de 2021, 15h10. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-set-25/vitor-soliano-built-to-suit-lei-litacoes> > Acesso em: 19 mar. 2023.

TARDIN, Nathália. A regulamentação do contrato built to suit no direito brasileiro. *Revista dos Estudantes de Direito da UFES*, Vitória, v. 1 n. 1, 2019.

EROSÃO FISCAL DO CUSTEIO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Élida Graziane Pinto¹

Ao longo da vigência da Constituição Federal (CF), a relação de instrumentalidade entre receitas governamentais e custeio dos direitos fundamentais tem sido mitigada, por meio do arcabouço fiscal que lhe dá sustentação cotidiana no ciclo orçamentário de todos os entes políticos da federação brasileira. Paradoxalmente a pretexto de instituir e manter regras fiscais que delimitam o tamanho do Estado brasileiro, tem sido — paulatinamente — quebrado o piso da proteção social desenhado em 5 de outubro de 1988.

A despeito de não haver redução formal no rol de direitos sociais inscritos no art. 6º da Constituição, seus instrumentos de defesa na seara orçamentário-financeira têm sido submetidos a contínuo processo de esvaziamento ao longo das mais de três décadas de sua vigência.

A pretexto de recorrentes ajustes fiscais no Brasil, redesenhos normativos sucessivos incidiram sobre dois pilares (a

1 Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo e Professora de Finanças Públicas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Livre-Docente em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP), com estudos pós-doutoriais em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (EBAPE/FGV) e Doutora em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FD/UFMG).

saber, vinculação orçamentária e organização federativa solidária) que deveriam garantir — em reforço recíproco — a dimensão objetiva dos direitos à saúde e à educação e do arranjo sistêmico da seguridade social.

Desde 1988, a tese primordialmente adotada pelos poderes políticos seria a de que as finanças públicas tenderiam a um suposto desequilíbrio intertemporal por força do comportamento das despesas primárias, sem que se avaliasse concomitantemente o fluxo das despesas financeiras e a trajetória regressiva das receitas tributárias. Vale lembrar que a maioria das renúncias fiscais tem sido concedida por prazo indeterminado e sem monitoramento adequado do impacto nas metas fiscais e das contrapartidas prometidas no ato da sua instituição.

Assim, desenrolaram-se dezenas de emendas constitucionais que tiveram — direta ou indiretamente — escopo de reduzir o arcabouço normativo que rege o custeio dos direitos fundamentais na Constituição Federal. A justificação de tais iniciativas sustentava que seriam mutuamente excludentes as políticas de estabilização monetária, câmbio flutuante e resultado primário teoricamente capaz de estabilizar a trajetória da dívida pública (que perfazem o assim chamado tripé macroeconômico), de um lado, e a garantia de direitos sociais no Estado de Bem-Estar almejado constitucionalmente para o país, de outro.

Assim como se fossem antípodas em disputa no orçamento geral da União, a tensão entre estabilidade econômica e efetividade dos direitos sociais se situava sobre frágil equilíbrio jurídico-institucional, com repercussão direta ou indiretamente para o processo de endividamento.

Dada a existência mal equacionada de inúmeros conflitos distributivos incidentes sobre as contas públicas, os pisos de custeio da saúde e educação (arts. 198 e 212 da CF/1988), bem como o Orçamento da Seguridade Social (art. 165, §5º, III e art. 195, §2º, ambos da CF) operavam, tanto no campo simbólico, quanto no pragmático, como uma espécie de contrapeso fiscal à necessidade de custo alegadamente ilimitado para as políticas monetária, creditícia e cambial.

Desvincular receitas, reduzir o escopo dos regimes de gasto mínimo e restringir o alcance interpretativo de transferências intergovernamentais equalizadoras das distorções federativas tornou-se estratégia,

assumida implicitamente pela União desde o início da década de 1990, de estabilização macroeconômica, sobretudo, monetária.

Interessante notar a trajetória da desvinculação de receitas da União (DRU) no ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), cuja maior repercussão é a redução do saldo de contribuições sociais destinadas ao Orçamento da Seguridade Social. A instituição da DRU se deu por meio da Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994, a pretexto de ser medida alegadamente transitória e excepcional, mas, desde então, foi sucessivamente prorrogada por meio de oito emendas² ao ADCT para estender a sua vigência até 31/12/2024.

Por outro lado, cabe rememorar o esvaziamento da responsabilidade de equalização fiscal da União em face dos demais entes federados nas políticas públicas de educação e saúde, cujo arranjo orgânico constitucionalmente pressupõe rateio federativo de recursos na forma tanto do Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), quanto do Sistema Único de Saúde (SUS).

A omissão federal quanto ao dever de complementação equitativa na educação básica obrigatória afronta o artigo 211, §§1º e 7º da Constituição e as estratégias 7.21, 20.6 e 20.7 do Plano Nacional de Educação (Lei federal nº 13.005/2014) que se referem ao conceito do custo aluno qualidade inicial e custo aluno qualidade (CAQi e CAQ). Tal omissão já foi diagnosticada, embora não totalmente sanada, pelas instâncias de controle, como se depreende do parcelamento da quitação dos precatórios do extinto Fundef por meio do art. 4º da Emenda 114, de 16 de dezembro de 2021.

Na saúde, a falta de consolidação das pactuações federativas celebradas na Comissão Intergestores Tripartite para aprovação do Conselho Nacional de Saúde e publicação pelo Ministério da Saúde restringe nuclearmente o alcance do artigo 198, §3º, II da Constituição, tal como consignado pelo Acórdão TCU 2888/2015.

2 A saber, Emendas Constitucionais nº 10, de 4 de março de 1996; nº 17, de 22 de novembro de 1997; nº 27, 21 de março de 2000; nº 42, de 19 de dezembro de 2003; nº 56, de 20 de dezembro de 2007, nº 68, de 21 de dezembro de 2011, nº 93, de 8 de setembro de 2016; bem como nº 126, de 21 de dezembro de 2022.

Some-se a isso o fato de que o piso federal em ações e serviços públicos de saúde — fixado inicialmente pelo artigo 55 do ADCT em 30% do orçamento da Seguridade Social — foi redesenhado de forma reducionista pelas Emendas nº 29, de 13 de setembro de 2000; nº 86, de 17 de março de 2015 e nº 95, de 15 de dezembro de 2016, o que fez com que a participação proporcional da União no custeio do SUS caísse em um quarto no volume global de recursos públicos vertidos pelos três níveis da federação.

Eis o contexto em que é preciso reconhecer, como dois lados da mesma moeda, a regressividade proporcional de custeio dos direitos fundamentais por parte da União, de um lado, e a fragilização da equitativa descentralização de responsabilidades e repasses federativos que amparam políticas públicas definidas estruturalmente no texto constitucional, de outro.

Na série histórica da sua vigência trintenária, depreende-se um implícito processo de desconstrução do constitucionalismo dirigente assumido na CF/1988, a pretexto de consolidação fiscal cada vez mais exigente da redução do tamanho do Estado. Eis o processo de inversão de prioridades alocativas definidas constitucionalmente, quiçá esteja-se diante de toda uma “constituição dirigente invertida” (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006).

Tal trajetória foi criticamente acentuada desde a promulgação da Emenda 95/2016. Isso porque o supostamente transitório e excepcional “novo Regime Fiscal” impôs vintenário teto global de despesas primárias, no intuito de conter, sobretudo, a progressividade de custeio proporcional à arrecadação estatal nas ações e serviços públicos de saúde e nas atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino (respectivamente artigos 198 e 212 da Constituição).

É certo que o teto dado pela EC 95/2016 teve sua revogação pautada pela Emenda 126/2022, a se consumar por meio de lei complementar. Todavia ele buscou constitucionalizar a orientação finalística de a execução orçamentária dever produzir resultado primário positivo, por meio da contenção global das despesas primárias até 2036, alegadamente em prol da sustentabilidade intertemporal da dívida pública brasileira.

O que esteve e ainda está em disputa nas estratégias de ajuste fiscal via ADCT, estruturalmente, é a interpretação sobre o alcance das

normas que tanto distribuem responsabilidades federativas em arranjos orgânicos para consecução de políticas públicas; quanto fixam vinculações de receita, deveres de gasto mínimo em saúde e educação e um orçamento especializado na seguridade social.

Enquanto isso, nenhum avanço efetivo houve no regramento dos limites para a dívida mobiliária e consolidada da União (em omissão inconstitucional quanto aos artigos 48, XIV e 52, VI da CF); na relação temerária entre Tesouro e Banco Central (cujos custos e riscos fiscais das políticas cambial e monetária são mal equalizados no ciclo orçamentário); tampouco na contenção das renúncias fiscais, a despeito do artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal e do artigo 113 do ADCT, acrescido pela Emenda 95.

A bem da verdade, essa tensão não é privativa da realidade brasileira, tampouco corresponde a um fenômeno recente. O questionamento do arcabouço protetivo do Estado de Bem-Estar Social (tal como fora construído por inúmeras nações democráticas em todo o mundo) tem ocorrido, desde a década de 1970, a partir da agenda de austeridade fiscal que busca lhe reduzir escopo em prol da primazia de custeio das despesas financeiras (STREECK, 2013).

Caso houvesse equidade no debate brasileiro sobre ajuste intertemporal nas contas públicas para torná-lo consonante com o ordenamento constitucional vigente e enquanto não forem fixados os limites de endividamento federal a que se referem o artigo 48, XIV e artigo 52, VI da Constituição Federal, deveriam ser vedadas:

- a) a criação ou expansão de programas e linhas de financiamento;
- b) a remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções e;
- c) a concessão ou a ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária.

Cabe rememorar, a esse propósito, que, diante do risco de ruptura da “regra de ouro” inscrita no artigo 167, III da Constituição, é que os

§§3º e 4º do artigo 21, bem como os artigos 116 e 139 da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União para 2019 (Lei 13.707/2018) dispuseram acerca da necessidade de regramento detido sobre a redução das renúncias fiscais, ao longo daquele exercício financeiro, mediante:

- a) prazo de vigência para cada benefício (em regra, não superior a cinco anos);
- b) cronograma para aludida redução “em pelo menos 10% ao ano e que o respectivo ato seja acompanhado dos objetivos, metas e indicadores relativos à política pública fomentada, bem como da indicação do órgão responsável pela supervisão, acompanhamento e avaliação”, visando à meta global de redução à metade do estoque de renúncias fiscais no nível federal, para que
- c) “a renúncia total da receita, no prazo de 10 anos, não ultrapassa 2% do produto interno bruto (PIB)”, já que ultrapassou o patamar de 4% do PIB.

Em igual medida, a LDO federal/2019 previu, em seus artigos 147 e 148, a necessidade de o Banco Central elucidar, de forma mais detida e abrangente, não só a análise e justificativa da evolução das operações compromissadas no período, como também o impacto e os custos da 1) remuneração das disponibilidades do Tesouro Nacional; 2) manutenção das reservas cambiais, demonstrando a composição das reservas internacionais com metodologia de cálculo de sua rentabilidade e do custo de captação; bem como a 3) rentabilidade de sua carteira de títulos, destacando os de emissão da União. Se, por um lado, a regressividade tributária trata-se de “agenda negligenciada” (GOBETTI; ORAIR, 2016); por outro, o regime jurídico das despesas financeiras considera como essas se fossem “despesas ausentes” (MAGALHÃES; COSTA, 2018)

Em esforço de refinamento dos deveres já inscritos no artigo 7º, §2º e no artigo 9º, §5º, ambos da LRF, a LDO federal do exercício financeiro de 2019 chegou a apontar contundentemente para a centralidade dos custos das operações compromissadas e das reservas internacionais

para os resultados das políticas cambial, monetária e creditícia conduzidas pelo Banco Central.

Porém, quase nada avançou — de fato e de direito — no ordenamento das finanças públicas brasileiras no controle da regressividade tributária, tampouco houve evidenciação maior do caráter ilimitado das despesas financeiras. A Emenda 109/2021, aliás, provou ser um verdadeiro engodo a promessa de revisão das renúncias fiscais.

Houve tão somente fugacidade no diagnóstico de que era preciso ampliar as rotas de ajuste fiscal, mas, infelizmente, tais medidas de resolução no controle das renúncias fiscais e das despesas financeiras ainda são quimeras distantes. Enquanto são erodidos os pilares sociais da Constituição de 1988, nunca saem do papel efetivamente as promessas residuais de enfrentar as iniquidades fiscais que perpassam as receitas e as despesas financeiras.

Embora seja inegável a necessidade de aprimoramento da qualidade do gasto primário para sua maior aderência ao respectivo planejamento setorial das políticas públicas, em termos de metas físicas e financeiras, bem como seja imperativa a busca por controle de produtividade mínima dos servidores públicos na despesa de pessoal, não se pode ignorar a necessidade de ampliar o foco do debate sobre as regras fiscais do país.

A raiz do impasse fiscal brasileiro reside na falta de coordenação entre as políticas fiscal, monetária e cambial, com severa fragilidade institucional e normativa para a gestão da dívida pública.

Sem se ampliar o enfoque do ajuste fiscal para que ele passe a compreender também os impasses na gestão das receitas e das despesas financeiras, somente se empreenderá — de forma ainda mais veloz e evidente — a erosão orçamentário-financeira dos direitos sociais, em desconstrução do eixo de identidade da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, G; MASSONETTO, LF. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*. Coimbra. 2006; 49: 57-77.

GOBETTI, SW; ORAIR, RO. *Progressividade tributária: a agenda negligenciada*. Brasília: IPEA, 2016 (Texto para Discussão nº 2190). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2190.pdf Acesso em 20/12/2022.

MAGALHÃES, LCG; COSTA, CR. *Arranjos institucionais, custo da dívida pública e equilíbrio fiscal: a despesa “ausente” e os limites do ajuste estrutural*. Brasília: IPEA, 2018 (Texto para Discussão nº 2403). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2403jjj.pdf. Acesso em 14/01/2023.

STREECK, W. *Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Coimbra: Actual; 2013.

EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA POR PESSOAS DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E A TESE DO STF SOBRE O TEMA 532

Florivaldo Dutra de Araújo¹

1. INTRODUÇÃO

Especialmente nas três últimas décadas, ganhou vulto o debate em torno da delegabilidade do exercício do poder de polícia por particulares a entidades de direito privado da administração pública.

Até 2020, predominou no STF o entendimento de que o poder de polícia somente poderia ser exercido por pessoas de direito público, ou seja, no Brasil, pelas pessoas estatais (União, estados, municípios e Distrito Federal) e suas autarquias.

Nesse ano, o STF modificou substancialmente sua posição, ao ensejo do julgamento do RE 633.782, que levou à edição do enunciado da tese de repercussão geral relativa ao tema 532.

Conforme essa tese, é constitucional a delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado da administração pública indireta, nas condições ali delimitadas.

¹ Professor de Direito Administrativo na UFMG; Procurador da Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

O presente texto tem por objetivo analisar essas condições, visando a esclarecer o âmbito de aplicação da tese. Para tanto, preliminarmente serão expostos os conceitos jurídicos essenciais envolvidos na matéria, necessários a que, em seguida, se explorem adequadamente os desdobramentos da referida tese.

2. PODER DE POLÍCIA E SUAS MODALIDADES DE ATUAÇÃO

O exercício do poder de polícia é uma das espécies de atividades em que se desdobra a função administrativa do estado, consistindo em limitar a liberdade e a propriedade de outrem, em função do interesse coletivo.²

Assim como as demais atividades administrativas, os atos decorrentes do poder de polícia devem ter seu fundamento na legislação, aqui incluídas as normas constitucionais. Por isso se utiliza a expressão “poder de polícia em sentido amplo” para abranger os atos legislativos e os atos da função administrativa que têm por objeto essa atuação estatal.³

Os juristas, desde os pioneiros sistematizadores do tema na Alemanha e na França, dividem a atuação do poder de polícia em diferentes manifestações, mas sem consenso.

A sistematização de Otto Mayer contempla a *ordem de polícia*, o *consentimento de polícia*, a *sanção de polícia* e a *coerção de polícia*.⁴

2 O Código Tributário Nacional contém definição do poder de polícia, expressando-se, porém, de modo mais analítico, especialmente por arrolar diversos campos de atuação do poder de polícia: “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 coletivos.”

3 MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2015, p. 846-847.

4 Em alemão, respectivamente, *Polizeibefehl*, *Polizeierlaubnis*, *Polizeistrafe* e *Polizeizwang*. (MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2004, S. 226-314.)

A ordem de polícia é o ato estatal que cria a limitação à liberdade ou à propriedade, seja de modo geral e abstrato, seja em face de situação e/ou destinatário específico. Manifesta-se sob duas distintas modalidades: *ato normativo (Rechtssatz)*, que contém prescrições gerais (dirigidas a pessoas indeterminadas) e abstratas (dirigidas a situações indeterminadas); ou *ato administrativo (Verwaltungsakt)*, de efeitos individuais e concretos. O ato normativo, por sua vez, pode ser uma lei que normatize a atividade de polícia (*Polizeigesetz*) ou um regulamento administrativo de polícia (*Polizeiverordnung*).⁵

O consentimento de polícia é o ato, individual e concreto, expedido em favor de alguém, como condição de exercício de uma atividade que, sem esse pressuposto, é legalmente vedada.⁶

A sanção consiste em penalidade imposta a quem age de modo contrário a uma ordem de polícia.⁷

A coerção compreende o emprego de instrumentos de poder contra alguém para constrangê-lo a agir conforme os deveres decorrentes das ordens de polícia.⁸

Não obstante o prestígio da sistematização de Mayer, outras são encontráveis no Direito alemão. Por exemplo, Karl Heinrich Friauf divide a atuação do poder de polícia em dois grandes blocos: os atos criadores de obrigações originárias e os atos sancionadores do descumprimento dessas obrigações. O primeiro grupo desdobra-se em três espécies de atos: os regulamentos administrativos, as permissões e as ordens que criam obrigações e proibições em casos individuais e/ou concretos. O segundo engloba os meios de coerção para impor o cumprimento dos comportamentos ordenados e proibidos.⁹

5 MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2004, S. 226-239.

6 MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2004, S. 239-256.

7 MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2004, S. 257-270.

8 MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2004, S. 271-314.

9 FRIAUF, Polizei- und Ordnungsrecht. In: VON MÜNCH, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1988, S. 268-275.

Nessas sistematizações do Direito alemão, a atividade de fiscalização permanece implícita como pressuposto da sanção e da coerção.

Na França, também há diferentes classificações teóricas dos atos de polícia. Tal como lecionam Jean Rivero e Maurice Bourjol, é comum a referência a três processos pelos quais atua o poder de polícia: a *regulamentação*, as *decisões particulares* e a *coerção*.¹⁰

Jacqueline Morand-Deviller, no entanto, divide as atuações do poder de polícia em atos regulamentares, atos jurídicos individuais e atos materiais.¹¹ Nessa sistemática, embora a autora não o explice, parece-nos dedutível que os atos de coerção se encontram distribuídos entre as três categorias, a depender de seu conteúdo.

No Brasil, tem sido muito influente a classificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que utiliza a expressão *ciclo de polícia*, composto por “quatro fases” ou “quatro modos de atuação”: a *ordem* de polícia, o *consentimento* de polícia, a *fiscalização* de polícia e a *sanção* de polícia.¹²

Moreira Neto não apenas inclui a norma legal na ordem de polícia, como a considera basilar, porquanto dela deriva todo o ciclo. Confira-se:

A ordem de polícia é o preceito legal básico, que possibilita e inicia o ciclo de atuação, servindo de referência específica de validade e satisfazendo a reserva constitucional (art. 5.º, II), para que se não faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que se não deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público, apresentando-se, portanto, sob duas modalidades, adiante expostas, em que, em ambos os casos, a limitação é o instrumento básico da atuação administrativa de polícia. Essas modalidades referem-se, portanto, respectivamente, a restrições e a condicionamentos.¹³

10 BOURJOL, *Droit administratif*, 1972, p. 279-280. RIVERO, *Direito Administrativo*, 1981, p. 482.

11 MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, 2009, p. 635.

12 MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, 2014, p. 440.

13 MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, 2014, p. 440.

Verifica-se que, ao tratar dos modos de atuação do poder de polícia, Moreira Neto, assim como Otto Mayer, tratam do desempenho desse poder em sentido amplo, abarcando também os atos legislativos.

Mais adiante, ver-se-á que a divisão do poder de polícia em fases ou modalidades de atuação tem sido relevante na discussão da delegabilidade dessa prerrogativa pública. Como o foco deste texto é o exercício do poder de polícia por entidades de direito privado da administração indireta, deve-se, ainda que sucintamente, delimitar esse conjunto de pessoas no universo da administração descentralizada.

3. PESSOAS DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

O art. 18 da Constituição Federal de 1988 (CF) dispõe que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

Desse e demais dispositivos constitucionais relativos à organização do Estado brasileiro, resulta que cada uma dessas quatro espécies de entidades políticas, ou estatais, exerce autonomamente, no âmbito de suas atribuições, diversas atividades legislativas e administrativas. Assim, cada pessoa estatal é um ponto de convergência, um *centro* dessas atividades.

Quanto às atividades administrativas, as pessoas políticas podem exercê-las diretamente. Neste caso, trata-se da administração centralizada ou direta, composta pelos órgãos – ou seja, divisões internas – das pessoas estatais.

Porém, essas pessoas podem atribuir o exercício das atividades administrativas a outras pessoas, físicas ou jurídicas. Exemplos são a permissão do serviço de táxi, feita por município em favor de determinados indivíduos, e a concessão do transporte intermunicipal a pessoas jurídicas empresariais por estado-membro da Federação.¹⁴ Esses dois exemplos

14 Vide art. 175 CF e Lei Federal nº 8.987/1995.

referem-se à chamada *descentralização por colaboração*, que é feita em favor de pessoas físicas, ou de pessoas jurídicas que não integram a organização administrativa da esfera estatal descentralizadora.¹⁵

A entidade estatal pode, também, realizar a *descentralização institucional*, por meio da qual cria, ou seja, institui pessoas jurídicas para o exercício de atividade administrativa, as quais permanecem diretamente vinculadas à pessoa política instituidora. Conforme o art. 37, XIX, da CF, são quatro as espécies de entidades fruto dessa descentralização: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado.

A descentralização institucional comporta ainda um outro nível, originado da criação das entidades *subsidiárias*, prevista no art. 37, XX, CF. Conforme esse dispositivo, mediante autorização legislativa, podem ser criadas subsidiárias das entidades mencionadas no inciso XIX.¹⁶ As subsidiárias são, portanto, pessoas jurídicas controladas por uma das quatro espécies de entidades previstas no inc. XIX, estando, assim, indiretamente sob controle da respectiva pessoa estatal.

As quatro espécies de entidades arroladas no referido inc. XIX e suas subsidiárias compõem a chamada *administração indireta*.¹⁷

15 Na grande maioria das vezes a descentralização por colaboração em favor de pessoas jurídicas ocorrerá em face de empresas privadas. Mas também poderá ser feita em favor de pessoas jurídicas da administração indireta de outra pessoa estatal. Exemplo: a concessão do serviço de abastecimento de água, por município, em favor de empresa pública estadual.

16 É o seguinte o inteiro teor dos citados incisos do art. 37: “XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; XX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

17 O Decreto-Lei nº 200/1967 não menciona expressamente as subsidiárias, mas indiretamente prevê uma hipótese de criação dessa espécie de entidade no art. 5º, III, que define a sociedade de economia mista como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”. Ou seja, a socie-

A autarquia é pessoa jurídica de direito público, criada pelo estado para o exercício de atividade administrativa típica. Diferentemente das pessoas estatais, que possuem autonomia administrativa e legislativa, as autarquias gozam apenas de autonomia administrativa.¹⁸

Embora não haja consenso na classificação das atividades em que se decompõe a função administrativa do estado, pode-se desdobrá-la em cinco grandes espécies: poder de polícia, fomento, serviço público em sentido estrito, intervenção direta no domínio econômico e atividades instrumentais. Estas últimas são todas as atividades pelas quais a administração pública obtém os meios humanos e materiais para execução das outras quatro espécies, que lhe são finalísticas.

Todas essas atividades são típicas, ou seja, próprias da administração pública, com exceção da intervenção direta no domínio econômico. Esta é excepcional, pois somente pode ser exercida a título de monopólio da União, em rol taxativo e expressamente previsto no art. 177 da CF; ou “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, conforme o art. 173 da CF. O § 1º deste artigo esclarece que esta intervenção dar-se-á por meio da criação de empresa pública, ou sociedade de economia mista, ou suas subsidiárias, para as quais o inc. II desse parágrafo prevê “a sujeição

dade de economia mista pode ser uma entidade vinculada diretamente à União, ou a ela indiretamente ligada, por meio de uma entidade da administração indireta, controladora da sociedade de economia mista. Essa hipótese também se encontra prevista na definição da sociedade de economia mista constante do art. 4º da Lei 13.303/2016 (Estatuto das Empresas Estatais). Por não constarem expressamente as subsidiárias, no Decreto-Lei nº 200/1967, como pessoas componentes da administração indireta, a doutrina tendeu a não incluí-las no rol dessas entidades, ou, pelo menos, não lhe dedicou a mesma atenção dada às pessoas diretamente controladas pelas pessoas estatais. Mas é importante observar que elas compõem a administração indireta, tal como registrou o STF no julgamento do ARE 774.137 AgR-2º julgamento (Segunda Turma, Relator: Teori Zavascki, julgado em 14/10/2014, Dje-212, divulgado em 28/10/2014.) A inserção das subsidiárias na administração indireta acha-se reafirmada pela regulação dessas entidades na Lei 13.303/2016.

18 Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, com propriedade, conceitua as autarquias como “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa” (Curso de Direito Administrativo, 2015, p. 164).

ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

As atividades típicas da administração pública são chamadas de *serviço público*, em sentido amplo, em contraposição à atuação direta no domínio econômico.

De todas as atividades em que se decompõe a função administrativa estatal, a autarquia apenas não pode exercer a intervenção direta no domínio econômico, tendo em vista apresentar prerrogativas e limitações próprias do direito público. Em razão das primeiras, poderia ser um concorrente desleal frente aos agentes econômicos privados. Por outro lado, as limitações poderiam impedir que a autarquia apresentasse o grau de eficiência e eficácia necessário ao adequado desempenho de atividade econômica *stricto sensu*, ou seja, aquela explorada tipicamente pelos particulares, a título de livre iniciativa e regida pelo direito privado.

Incabível, portanto, a criação de autarquia para exploração direta de atividade econômica *stricto sensu*.

A empresa pública é pessoa jurídica de direito privado, formada por capitais exclusivamente públicos (da administração pública), criada pelo estado ou por pessoa da administração indireta para exercício de atividade administrativa típica ou atuação direta no domínio econômico.¹⁹

A sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, composta por capitais públicos e privados, criada pelo estado para exercício de atividade administrativa típica ou atuação direta no domínio econômico.²⁰

19 A Lei 13.303/2016 (estatuto jurídico das empresas estatais) assim define: “Art. 3º. Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

20 A definição da Lei 13.303/2016 é a seguinte: “Art. 4º. Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto

A empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias sob forma empresarial são espécies do gênero *empresas estatais*.

A fundação pública de direito privado é um patrimônio dotado de personalidade jurídica de direito privado, destinado, por lei, ao desempenho de atividade administrativa típica, sob controle da administração pública.²¹

Embora seja pessoa jurídica de direito privado, a fundação é uma espécie de pessoa jurídica apropriada para a persecução de finalidades sociais, não lucrativas, seja ela criada pelos particulares, nos moldes do Código Civil, seja ela instituída pelo poder público. Por isso, a ordem jurídica confere-lhe tratamento favorecido em diversos aspectos.

Para as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, destaca-se a imunidade tributária prevista no art. 150, § 2º, CF. Em razão disso e também do disposto no art. 173, § 1º, CF, as fundações da administração indireta não podem ser instrumentos de intervenção direta no domínio econômico. Para esta finalidade, devem ser criadas empresas estatais.

4. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA POR PESSOAS DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Parte da doutrina brasileira firmou-se na tese de que o poder de polícia somente pode ser exercido por pessoas de direito público, ou seja, pelas pessoas estatais arroladas no art. 18 da CF ou suas respectivas autarquias.

Embora alguns autores façam referência expressa apenas à vedação do exercício do poder de polícia pelos *particulares*, alguns dos argumentos são também voltados contra a delegação dessa atividade às

pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.”

21 O inc. IV do art. 5º do Decreto-Lei 200/1967, incluído pela Lei nº 7.596/1987, assim define: “Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.”

pessoas jurídicas de direito privado da administração indireta. Exemplificativamente, Maria Sylvia Di Pietro afirma:

Quanto à *indelegabilidade* do exercício do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, essa característica tem sido reconhecida pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, com base no argumento de que, em se tratando de atividade típica do Estado, só pode ser por este exercida. Com efeito, o poder de polícia envolve o exercício de prerrogativas próprias do poder público, especialmente a repressão, insusceptíveis de serem exercidas por um particular sobre outro. Os atributos, já apontados, da autoexecutriedade e coercibilidade (inclusive com emprego de meios diretos de coação) só podem ser atribuídos a quem esteja legalmente investido em cargos públicos, cercados de garantias que protegem o exercício das funções públicas típicas do Estado.²²

Até 2020, essa posição foi também majoritária no STF. Nesse sentido, uma das manifestações mais representativas ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.717, pela qual se impugnou o art. 58 da Lei Federal nº 9.649/1998, cujo *caput* dispunha: “Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.” O STF, de modo unânime, suspendeu a eficácia do dispositivo em 1999 e declarou sua inconstitucionalidade em 2002. A ementa sintetizou assim o fundamento da decisão:

(...) a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício

22 DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 2023, p. 167. A análise de cada argumento utilizado para defesa da restrição do exercício do poder de polícia às pessoas de direito público foge aos limites deste texto. Com essa análise, confirmam-se alguns dos trabalhos disponíveis na bibliografia brasileira: PEREIRA, *Regulação, Fiscalização e Sanção*, 2013. VIEIRA, *Os Limites à Delegação do Exercício do Poder de Polícia Estatal*, 2016.

de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.²³

Outra parte da doutrina defende a juridicidade da delegação do poder de polícia a entidades de direito privado da administração indireta, tal como leciona José dos Santos Carvalho Filho:

Tais entidades, com efeito, são o prolongamento do Estado e recebem deste o suporte jurídico para o desempenho, por delegação, de funções públicas a ele cometidas.

Indispensável, todavia, para a validade dessa atuação é que a delegação seja feita por lei formal, originária da função regular do Legislativo. Observe-se que a existência da lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração Direta e, desse modo, nada obstaria que servisse também como respaldo da atuação de entidades paraestatais, mesmo que sejam elas dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O que importa, repita-se, é que haja expressa delegação na lei pertinente e que o delegatário seja entidade integrante da Administração Pública.²⁴

Essa posição²⁵ granjeou paulatinamente mais adeptos e acabou por ser também adotada pelo STF, como se verá a seguir.

5. A TESE DO STF EM RELAÇÃO AO TEMA 532 DA REPERCUSSÃO GERAL

Em 2020, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 633.782, alterou substancialmente sua orientação a respeito do tema da delegação do poder de polícia a entidades de direito privado da administração indireta.

23 ADI 1717, Relator: Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28/03/2003, p. 63.

24 CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 2023, p. 69.

25 Especificamente em defesa da delegação do poder de polícia a empresas estatais: SUNDFELD, Empresa estatal pode exercer o poder de polícia, *Boletim de Direito Administrativo*, v.9, n.2, p. 98-102, fev. 1993.

Nesse processo, o STF reconheceu a constitucionalidade da delegação da atividade de policiamento de trânsito à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTRANS), entidade de direito privado da administração indireta do referido município.

Como consequência, foi expedida a tese de repercussão geral, tema 532, nos termos seguintes:

É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.²⁶

Três aspectos relativos a essa tese e respectivo acórdão parecem-nos merecer atenção, com o objetivo de aclarar mais precisamente a sua aplicação. É o que se buscará fazer no próximo item.

6. DESDOBRAMENTOS DA TESE DO STF

6.1. Pessoas abrangidas pela tese

O STF delimitou da seguinte maneira as pessoas da administração pública que, além das entidades estatais e das autarquias, podem exercer o poder de polícia: “pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público”.

Como já registrado, as pessoas de direito privado da administração indireta são as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações públicas e as subsidiárias de qualquer dessas três espécies de pessoas e, ainda, as subsidiárias das autarquias, desde que criadas com personalidade de direito privado.

²⁶ RE 633.782, Relator: Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, repercussão geral - mérito, DJE-279, divulgado em 24/11/2020, publicado em 25/11/2020.

Para que tais pessoas possam exercer o poder de polícia, é necessário que tenham, nos dizeres do STF, “capital social majoritariamente público”.

A expressão “capital social”, ou simplesmente “capital”, é normalmente associada às empresas privadas e às empresas estatais.

No entanto, essa expressão possui diversas acepções, mesmo no campo das ciências econômicas, que buscam delimitar mais estritamente o seu significado.²⁷

No sentido mais amplo, capital significa “Riqueza ou valores disponíveis”, conforme o dicionário *Aurélio*²⁸; ou “Conjunto dos bens disponíveis”, segundo *Caldas Aulete*²⁹. Nesse sentido, é sinônimo de *patrimônio*.

Considerando que a tese do STF se refere a “pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta”, sem distinções, entendemos que a expressão “capital”, nesse contexto, tem o sentido amplo de *patrimônio*.

A fundação de direito privado da administração indireta, como toda fundação, é um patrimônio personalizado e destinado a fins de interesse social. Conforme acima explicado, todas as atividades administrativas podem ser exercidas pelas fundações, exceto a intervenção direta no domínio econômico.

Há muito se aceita com tranquilidade que as fundações públicas de direito privado exerçam as atividades de fomento, prestação de serviços públicos e atividades instrumentais.

Polêmica se formou em torno da possibilidade de essas fundações, assim como as empresas estatais, exercerem poder de polícia.

Considerando que o patrimônio dessas fundações é inteiramente público e que elas somente podem prestar serviços públicos, em sentido amplo, conclui-se que elas estão inseridas entre aquelas autorizadas, segundo a tese do STF, a exercer o poder de polícia.

27 Sobre as múltiplas acepções dessa expressão, confira-se, por exemplo: SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo Dicionário de Economia*, 1999, p. 78-79 (verbete *capital*).

28 FERREIRA, *Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI*, s.d., verbete *capital*.

29 AULETE, Aulete Digital, verbete *capital*, disponível em: www.aulete.com.br, acesso em 30/03/2023.

Dúvida pode surgir, porém, em face do art. 5º, IV, do Decreto-Lei nº 200/1967 que, ao definir a *fundação pública*, registra que ela deve ser criada “para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público”.

Logicamente o legislador, ao assim se expressar, está afirmando que existem atividades que exigem a execução por órgãos ou entidades de direito público. Das várias atribuições em que se desdobra o exercício da função administrativa, acima indicadas, a única que, segundo parte da doutrina, somente pode ser executada por pessoas de direito público, é o poder de polícia. Parece-nos ser esta, portanto, a ordem de atividades referida no inc. IV do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967.

Cabe, então, indagar se a tese relativa ao tema 532 teria de excluir, de seu âmbito de incidência, as fundações de direito privado da administração pública. A resposta é não, pelas razões expostas na sequência.

Inicialmente, cabe lembrar que o Decreto-Lei nº 200/1967 é ato legislativo de aplicação restrita à administração federal. Com efeito, a autonomia político-administrativa dos estados-membros, municípios e Distrito Federal abrange a competência para legislar em matéria de organização administrativa, com submissão apenas às normas da Constituição Federal.

Assim, ainda que a referida restrição contida no inc. IV do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967 impedissem a atribuição de atividade de poder de polícia às fundações públicas de direito privado, tal consequência somente atingiria a esfera federal, além das administrações das demais entidades estatais que, em sua própria legislação, previssem também a mesma limitação.

Porém, mesmo para a administração federal, a referida restrição está prevista apenas como uma limitação *legal e a princípio*.

Ou seja, primeiramente, não é uma vedação constitucional, já que o STF, interpretando a Constituição de 1988, concluiu não decorrer dela vedação ao exercício do poder de polícia por entidades de direito privado da administração pública que satisfaçam os já referidos requisitos.

Além disso, por não ser uma regra constitucional, não tem força para limitar a atuação do legislador ordinário. Lembre-se que, conforme o

art. 37, XIX, CF, as fundações de direito privado da administração pública devem ter a sua criação autorizada por lei específica. Trata-se de lei ordinária.

Não se deve confundir a lei específica, ordinária, que deve ser aprovada para autorizar a criação de uma ou mais fundações de direito privado, com a lei complementar, referida ao final do art. 37, XIX, CF, que deverá ser editada para definir as áreas de atuação das fundações públicas. O pensamento predominante é o de que essa futura lei será de âmbito nacional, ou seja, obrigatória para todos os níveis da Federação. Com essa abrangência, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 92/2007.

Pois bem, a lei ordinária específica, a ser editada para autorizar a criação de fundação de direito privado da administração pública, tem a mesma força jurídica do Decreto-Lei nº 200/1967. Sendo posterior a esse Decreto-Lei, para a fundação específica cuja criação ela autoriza, essa lei afastará a aplicação das determinações do Decreto-Lei nº 200/1967 que lhe forem contrárias. Assim, se uma lei autorizar a criação de determinada fundação de direito privado, atribuindo-lhe o exercício do poder de polícia, essa determinação vigorará para essa específica fundação, mas não revogará o disposto no inc. IV do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967, que permanecerá, como disposição geral, aplicável às demais fundações da administração federal. Trata-se da situação prevista no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que determina: *“A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”*

Cabe registrar que o referido PLC 92/2007, tanto em sua redação original, de autoria da Presidência da República, como no substitutivo apresentado pelo Relator, Deputado Pedro Henry, exclui a possibilidade de as fundações de direito privado da administração indireta exercerem o poder de polícia. Se assim for previsto na futura lei complementar nacional, então sim, passará a existir uma vedação aplicável aos legisladores ordinários de todas as entidades estatais. Trata-se de uma opção válida de política legislativa, que o Congresso Nacional poderá adotar.

Mas, por enquanto, a União e demais entidades estatais podem, por meio de leis específicas, autorizar a criação de fundações públicas de

direito privado para exercício do poder de polícia, tendo em vista que a tese do STF afirma ser constitucional que as entidades estatais, em todos os níveis da Federação, transfiram a atividade administrativa de polícia às pessoas de direito privado da administração indireta, nestas estando incluídas tais fundações.

6.2. Atividades que podem ser exercidas pelas delegatárias do poder de polícia

Para que possam exercer a atividade de polícia, as pessoas de direito privado da administração indireta, além de terem patrimônio majoritariamente público, devem prestar “exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial”.

A expressão *serviço público*, no enunciado da tese, é, logicamente, empregada em sentido amplo, abarcando as atividades típicas da administração pública. Isso porque o exercício do poder de polícia não se confunde com o serviço público *stricto sensu* e, assim, não faria sentido que o STF estivesse a exigir, para que a entidade pudesse desempenhar atividade de polícia, que ela exercesse “exclusivamente serviço público” em sentido estrito.

Como já registrado, tanto as empresas estatais, como as fundações públicas de direito privado, podem exercer qualquer das atividades administrativas típicas, ou seja, serviço público em sentido amplo.

Por fim, a tese exige que as entidades de direito privado da administração indireta, para exercerem o poder de polícia, devem prestar serviço público (*lato sensu*) “em regime não concorrencial”.

Com efeito, é possível que tais entidades da administração indireta executem serviços que também sejam prestados por particulares na mesma área geográfica, em caráter concorrencial. Isso pode ocorrer, por exemplo, no setor elétrico, em que há casos de disputa de mercado entre empresas estatais e particulares concessionários.

Em tais situações, o exercício do poder de polícia pela entidade da administração pública poderia criar situação de concorrência desleal, o que justifica a restrição posta na tese enunciada pelo STF.

6.3. A indelegabilidade da ordem de polícia

No julgamento que levou à fixação da tese referente ao tema 532, o relator, Luiz Fux, adotou expressamente a chamada “teoria do ciclo de polícia”, que se desenvolve nas fases de ordem, consentimento, fiscalização e sanção, nos termos expostos por Diogo Moreira Neto.

Em uma frase do voto, Luiz Fux afirma que a única fase indelegável é a ordem de polícia.

Com base em uma leitura superficial do voto, pode-se supor que essa indelegabilidade atingiria toda a atividade de edição de atos normativos referentes ao poder de polícia.

Contudo, é necessário lembrar que a expressão *ato normativo* é ampla, indicando qualquer ato estatal que contenha normas gerais e abstratas.

São atos normativos as leis, no sentido mais restrito e apropriado, denominado por Celso Antônio Bandeira de Mello como leis no *sentido objetivo formal*, contendo normas não só gerais e abstratas, mas também *inovadoras*, ou seja, que estabelecem originariamente, no plano infra-constitucional, direitos e obrigações.³⁰

Mas também são atos normativos aqueles editados pelas entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, contendo normas gerais e abstratas que visam a dar cumprimento à lei, minudenciando aspectos que o legislador não normatizou completamente, ou estabelecendo procedimentos que permitem a efetivação das normas legais. Tais atos normativos são chamados de *derivados* ou *subalternos* e, nesse sentido, não são inovadores, não se caracterizando como atos propriamente legislativos.³¹

30 MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2015, p. 32-36.

31 DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 2023, p. 132-133.

O poder normativo derivado, ou seja, a prerrogativa de edição de atos normativos, é consensualmente reconhecida como própria da administração pública, no exercício de suas atividades, inclusive as de polícia.

Assim, por exemplo, várias autarquias editam atos normativos, sob rótulos tais como resoluções, portarias e deliberações, contendo prescrições gerais e abstratas relativas ao poder de polícia.

Se as entidades de direito privado da administração pública também podem exercer o poder de polícia, não faz sentido vedar que elas editem atos normativos para detalhar aspectos cuja regulamentação a lei lhes tenha atribuído, ou para estabelecer procedimentos necessários ao cumprimento da lei.

Assim, ao referir-se à indelegabilidade da ordem de polícia, não nos parece que o referido voto do relator tenha se referido a todo e qualquer ato normativo, mas apenas aos atos propriamente legislativos.

Além de a vedação de delegação de atos normativos infralegais não constar do enunciado da tese, a seguinte frase do relator parece-nos indicar que a indelegabilidade não teria tamanho alcance: “*Por fim, sempre ressaltar a única fase do ciclo de polícia que, por sua natureza, é absolutamente indelegável: a ordem de polícia, ou seja, a função legislativa.*”

Essa afirmação harmoniza-se com a doutrina de Diogo Moreira Neto, que expressamente é adotada como base teórica do voto, tendo em vista que esse autor, ao tratar da ordem de polícia, como acima reproduzido, define-a como “*o preceito legal básico, que possibilita e inicia o ciclo de atuação, servindo de referência específica de validade e satisfazendo a reserva constitucional (art. 5.º, II).*

Trata-se, sem dúvida, da lei em sentido próprio, e não de meros atos normativos infralegais. Tem-se aqui a concepção da ordem de polícia em sentido amplo, tal como concebida por Otto Mayer, que nela inclui a lei (*Polizeigesetz*) e o regulamento administrativo (*Polizeiverordnung*).³²

O problema é que, logo em seguida à frase do relator transcrita, segue-se, no voto, a seguinte afirmação: “*Os atos de consentimento, de fiscalização e de aplicação de sanções podem ser delegados a estatais que, à*

32 MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2004, S. 226-239.

luz do entendimento desta Corte, possam ter um regime jurídico próximo daquele aplicável à Fazenda Pública.”

Mas a inexistência da ressalva quanto à delegabilidade dos atos normativos infralegais de polícia numa frase parece-nos retratar mais um lapso de redação do que a intenção de excluir essa hipótese, tendo em vista que o restante do voto e o enunciado da tese de repercussão geral não corroboram a indelegabilidade desse poder normativo de estrito caráter administrativo.

7. CONCLUSÃO

Em síntese conclusiva, a tese de repercussão geral relativa ao tema 532 parece-nos implicar os seguintes desdobramentos:

- a) a delegação do poder de polícia pode ser feita em favor de qualquer das espécies de pessoas jurídicas de direito privado da administração pública indireta, abrangendo as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações públicas de direito privado e as entidades subsidiárias dessas pessoas, assim como as subsidiárias, com personalidade de direito privado, das autarquias;
- b) a expressão “capital social” é empregada em sentido amplo, como sinônimo de *patrimônio*;
- c) a expressão “serviço público de atuação própria do Estado” também é empregada *lato sensu*, indicando qualquer atividade típica da administração pública, ou seja, excluindo-se apenas a intervenção direta no domínio econômico, que é atividade a ser exercida apenas excepcionalmente pelo poder público;
- d) a referência à indelegabilidade da ordem de polícia, contida na fundamentação do voto do relator, refere-se apenas aos atos legislativos, não sendo vedada a delegação da atividade administrativa de editar atos normativos infralegais para detalhar aspectos cuja regulamentação a lei tenha atribuído

à administração pública ou para estabelecer procedimentos necessários ao cumprimento da lei.

REFERÊNCIAS

AULETE, Caldas. Aulete Digital – o dicionário da língua portuguesa na internet. Disponível em: www.aulete.com.br.

BOURJOL, Maurice. Droit administratif. I (L'action administratif). Paris: Masson et Cie, 1972.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 37^a ed. Barueri: Atlas, 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 36^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira e Lexikon Informática, s.d.

FRIAUF, Karl Heinrich. Polizei- und Ordnungsrecht. In: VON MÜNCH, Ingo (hrsg.). Besonderes Verwaltungsrecht. 8. Aufl. Berlin - New York: De Gruyter, 1988, p. 201-282.

MAYER, Otto. Deutsches Verwaltungsrecht. I und II. Band. Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Droit administratif. 11^e éd. Paris: Montchrestien – Lextenso Éditions, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Regulação, Fiscalização e Sanção: Fundamentos e Requisitos da Delegação do Exercício do Poder de Polícia Administrativa a Particulares. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1981.

SANDRONI, Paulo (org.). Novíssimo Dicionário de Economia. São Paulo: Best Seller, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. Empresa estatal pode exercer o poder de polícia. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, v.9, n.2, p. 98-102, fev. 1993.

VIEIRA, Ariane Shermam Morais. Os Limites à Delegação do Exercício do Poder de Polícia Estatal: Análise Sobre a Possibilidade de Atuação dos Particulares. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, 201.

IMPACTOS DA EROSÃO CONSTITUCIONAL NA GESTÃO DO ESTADO BRASILEIRO

José Dos Santos Carvalho Filho¹

1. O ESTADO E SUAS COMPLEXIDADES

A figura do Estado – não há dúvida - sempre implicou e continua implicando uma série de divergências quanto a vários de seus aspectos, como a natureza jurídica e política, os fins, a composição, a organização e outros do gênero.

Todos temos uma noção empírica sobre o Estado, mas suas complexidades reclamam maior aprofundamento sobre sua existência, necessidade e objetivos. Adotando-se o perfil sugerido por Paolo Biscaretti di Ruffia, o Estado “é um ente social que se forma quando, em um *território* determinado, um *povo* se organiza juridicamente, submetendo-se à autoridade de um *governo*”.²

Para os fins das presentes anotações, voltaremos nosso foco ao terceiro elemento, qual seja, o governo, que retrata o *elemento político* na concepção do Estado. Segundo alguns autores,

1 Mestre em Direito (UFRJ); Professor de Direito Administrativo; Professor Conferencista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Membro do IBDA – Inst. Bras. de Direito Administrativo; Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado).

2 PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Direito constitucional*, RT, 1984, trad. Maria Helena Diniz, pág. 33 (grifos do original).

é esse elemento que estampa a *soberania* do Estado, assim considerada a sua independência no âmbito da comunidade dos países.

Não obstante, a soberania, como bem registra o saudoso Dalmo de Abreu Dallari, admite outro sentido, podendo também constituir “expressão de *poder jurídico mais alto*, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica”.³

Não cabem aqui maiores elucubrações sobre o perfil do Estado. O que se pretende realçar é apenas o fato inarredável de que não é difícil imaginar as complexidades que cercam a gestão de um Estado, tanto no âmbito interno, quanto na esfera internacional. E tal gestão, obviamente, não é aleatória, mas, ao contrário, precisa situar-se sempre dentro dos parâmetros normativos estabelecidos pelo próprio Estado.

Tais parâmetros se espraiam pela Constituição, que espelha o conjunto normativo de maior grau hierárquico e que também apresenta muitas complexidades, como veremos adiante.

2. A CONSTITUIÇÃO E SUAS COMPLEXIDADES

Se o Estado, como ente social, irradia muitas complexidades, a Constituição, que traduz seu documento político e jurídico máximo, não faz por menos. Não se trata apenas de um conjunto normativo desconexo, mas sim de um sistema de normas que rege todas as relações sociais envolvendo o Estado e os cidadãos, bem como os vários fatores que formam a organização do próprio Estado e de seus Poderes.

Bem pertinentes as palavras de Santi Romano sobre a abrangência da Constituição: “Constituição, com efeito, significa, como já foi dito, ordem ou ordenação que determinam a posição, considerada em si mesma e nas recíprocas relações que dela derivam, dos vários elementos do

³ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, Saraiva, 30^a ed., 2011, pág. 90.

Estado e, portanto, o seu funcionamento, a atividade, a linha de conduta desse mesmo Estado e dos que dele fazem parte ou dele dependem”.⁴

Tudo na Constituição tem suas complexidades, a partir mesmo de sua formação, para a qual normalmente é necessário auscultar a vontade do elemento humano do Estado, indispensável à legitimidade do documento. Afinal, é este que define os direitos e as garantias desse próprio elemento humano, sendo, pois, incompatível alijá-lo do processo formativo.

De outro lado, não será nem um pouco fácil e simples estabelecer as formas de Estado e de governo, o regime político, os direitos e garantias fundamentais, a divisão de Poderes, as competências dos entes integrantes, no caso de federação, as formas de controle, os órgãos julgadores, a extensão da competência legislativa e tantos outros aspectos ligados ao Estado.

Definindo Constituição, J.H. Meirelles Teixeira fez menção a todos esses elementos: “o conjunto de normas fundamentais, constantes de documento escrito, solene e inalterável por lei ordinária, reguladoras da própria existência do Estado, da sua estrutura, órgãos e funções, do modo de exercício e limites da soberania, dos seus fins e interesses fundamentais, das liberdades públicas, dos direitos e deveres dos cidadãos”.⁵

Enfim, incluem-se muitos temas sensíveis e relevantes na Constituição, com base nos quais são suscitadas questões de difícil solução, todos retratando a inegável complexidade que gravita em torno da Carta maior. Nem é simples criar a Constituição, nem cumpri-la devidamente, o que se observa diuturnamente.

No entanto, a Constituição simboliza, como regra, o apanágio do regime democrático e do Estado de Direito, não havendo alternativa senão a de dar-lhe o legítimo cumprimento e emprestar-lhe o mais severo respeito a seus postulados fundamentais, de modo que todas as suas complexidades precisam, a todo custo, ser deslindadas.

4 SANTI ROMANO, *Princípios de direito constitucional geral*, trad. Maria Helena Diniz, RT, 1977, pág. 4.

5 JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, *Curso de direito constitucional*, Forense Universitária, 1991, pág. 44.

3. EFICÁCIA CONSTITUCIONAL

Dotar o Estado de uma Constituição estampa apenas o aspecto formal da organização política e das liberdades públicas, de onde se infere que o documento máximo pode não estar sendo aplicado da forma como o concebeu o Poder Constituinte. Daí, é inafastável que a Constituição, além de existir, produza os efeitos para os quais foi instituída, ou, em outras palavras, que a Constituição tenha eficácia.

Essa é uma questão que atinge todos os países dotados de Constituição. Quanto mais elevado é o *status* social de civilidade, de cidadania, de consciência dos direitos e garantias fundamentais e de organização política do Estado, mais ampla é a possibilidade de eficácia constitucional. Todo o quadro social, nesse caso, tem perfeita noção das instituições e dos efeitos positivos oriundos do sistema constitucional, e ele próprio envida esforços para a manutenção desse equilíbrio e da ordem social.

Noutra vertente, em sociedades com baixo *standard* quanto às noções de civilidade, cidadania e consciência política, a eficácia constitucional é constantemente posta em xeque, sobretudo porque algumas peças do tabuleiro governamental se colocam em habitual posição de ofensa aos postulados constitucionais. A tendência para tais instituições é a de alterar continuamente a Constituição, quando não se chega ao ápice da ruptura do sistema. À evidência, as instituições estarão em permanente perigo, assim como o estará o próprio regime democrático.

Não se pode aludir à eficácia constitucional sem considerar as pertinentes observações de José Afonso da Silva. Diz o grande jurista que a Constituição admite dois tipos de eficácia: a eficácia social e a eficácia jurídica. A eficácia social representa uma efetiva conduta de acordo com a prevista pela norma, ou seja, a norma é efetivamente aplicada. Já a eficácia jurídica é a aptidão da norma de produzir efeitos jurídicos; nesse caso, representa o caráter de exigibilidade, vale dizer, da possibilidade de ser cumprida.⁶

⁶ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros, 3^a ed., 3^a tiragem, 1999, pág. 66.

Ante tais premissas, conclui o autor, “uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social”.⁷ Essa possibilidade mascara uma verdadeira Constituição e permite que se criem fatores de erosão constitucional, apresentando-se o quadro constitucional como meramente formal, sem que mereça o endosso do corpo social.

Esse é exatamente o ponto nodal das presentes considerações. Quando a eficácia jurídica não irradia os mesmos efeitos que a eficácia social, a consequência será inevitavelmente um cumprimento canhestro e desengonçado da Constituição, tornando-se visíveis as ranhaduras em seu processo de eficácia e a erosão constitucional durante a gestão do Estado.

4. EROSÃO CONSTITUCIONAL E GESTÃO DO ESTADO

É imperioso, neste passo, consignar as linhas que contornam o sentido de erosão constitucional. *Erosão* vem do latim *erosio* (ex: *fora; rodere*: morder, roer). Equivale, pois, em tradução livre, a *morder para fora*. Em termos geológicos, erosão é o processo de desgaste do solo e das rochas de áreas mais altas para as mais baixas, com sedimentação dos fragmentos – fenômeno que modifica rios, relevos e paisagens.

Por analogia, portanto, é possível considerar que a erosão constitucional estampa o desgaste que atinge os vários paradigmas da Constituição em virtude de gestão ineficiente e desastrosa do Estado. Em consequência desse processo de desgaste, mutilam-se instituições, padrões democráticos, poderes estatais, a forma essencial do Estado e tantos outros aspectos formadores da Constituição.

Não custa ressaltar que o processo de erosão não se confunde em nenhum momento com o processo de modificação constitucional. Em relação a este, já assinalou com acerto Adriano Sant'Ana Pedra: “As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e conservação

⁷ Ob. e loc. cit.

da própria Constituição, visando ao seu aperfeiçoamento, buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade".⁸

A erosão, contudo, não tem tais propósitos e, a rigor, não tem propósito algum, de modo que, mesmo sem propósito, consegue deteriorar os pontos essenciais da Constituição, acabando por torná-la visivelmente ineficaz e desconforme com as metas sociais para as quais foi instituída.

É impossível relacionar todos os fatores da gestão do Estado que conduzem à erosão constitucional, até porque alguns deles estão na esfera da imprevisibilidade, aduzindo-se, ainda, para a circunstância de que não raro se configuram como aleatórios.

No entanto, vale dizer que a gestão estatal pode ser causa ou consequência. Uma deficiente gestão provoca desgastes constitucionais, ao mesmo tempo em que fatos sociais causadores da erosão também dispõem impactos negativos para a gestão estatal.

Mas, dentro do plano de objetividade e concisão a que nos propusemos nestas breves considerações, serão indicados alguns dos referidos fatores erosivos – os quais, reitere-se, não esgotam o elenco, apesar de serem de indiscutível relevância para uma verdadeira análise dessas formas de hostilidade constitucional. São eles a harmonia dos Poderes, as liberdades e direitos fundamentais e o padrão de moralidade social.

O problema, de resto muito perigoso, é que o processo de erosão é muitas vezes imperceptível no primeiro momento, e esse fato permite que seus efeitos deletérios sejam desde logo produzidos antes da chegada do saneamento constitucional. Exige, pois, redobrado controle por parte da sociedade e das instituições.

4.1. Harmonia dos Poderes

A teoria da separação de poderes, concepção de Montesquieu, passou a integrar as cartas constitucionais de modo geral como mecanismo para assegurar a liberdade dos indivíduos. Dizia o grande filósofo

⁸ ADRIANO SANT'ANA PEDRA, *A Constituição viva*, Mandamentos, 2005, pág. 130.

que, quando o Poder Legislativo está reunido num só corpo com o Poder Executivo, desaparece a garantia da liberdade, porquanto um deles, o predominante, criará leis tirânicas para aplicá-las tiranicamente.⁹

Embora a referência tenha sido apenas ao Legislativo e ao Executivo, ao Judiciário pode atribuir-se o mesmo perigo. Nenhum poder, inclusive o Judiciário, está isento da capacidade de violar o direito de liberdade, variando somente a forma como se processa a violação.

Não é por outra razão que a Constituição impõe o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 2º). A separação dos poderes, em última análise, reflete a separação e distribuição de funções, e isso porque, na linha teórica, a criação dos poderes foi fundada com base nas funções estruturantes do Estado – a legislativa, a executiva e a judicial.¹⁰

A erosão constitucional ocorre quando qualquer dos poderes invade atribuições de outro, numa pretensão inconstitucional de prevalência relativamente aos demais. A independência converte-se em arbitrariedade e a harmonia desaparece do sistema e dá lugar ao conflito, o que espelha flagrante ofensa aos parâmetros constitucionais e ao princípio da separação dos poderes.

Mais comum é a erosão causada por invasões do Executivo. Nesse caso, sobressai um regime despótico e antidemocrático com potencialidade da prática de muito arbítrio, obviamente com o esmagamento dos direitos e garantias individuais e coletivas.

O Legislativo, quando se arroga funções de outros Poderes, também provoca uma erosão constitucional. Tendo a função normativa, passa a assumir a função executiva, englobando duas funções que não podem ser cumuladas – executiva e a legislativa. Só haverá equilíbrio se atuarem harmonicamente dentro dos ditames constitucionais.

O Judiciário não foge à regra e causa vários tipos de erosão constitucional. O mais comum deles é o que se tem denominado *ativismo judicial*, eufemismo que traduz, na prática, uma invasão na esfera dos demais poderes. Quando o Judiciário procede assim, afasta toda e qual-

9 MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois*, Livro XI, Cap VI, Libr. Garnier Frères, Paris.

10 DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos* cit., pág. 215.

quer segurança jurídica dos cidadãos. Pretensões de preponderância, de notoriedade midiática e de fantasias de heroísmo e salvação nacional são fatores já conhecidos de erosão constitucional oriunda do Judiciário por seus tribunais e juízes.

4.2. Direitos fundamentais e liberdade

São muitos os conceitos atribuídos aos direitos fundamentais. Para o presente trabalho, valemo-nos do perfil oferecido por Guilherme Peña de Moraes, que os considera como os “direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade”.¹¹

Tais direitos encontram-se incorporados à personalidade física ou jurídica e estampam posições favoráveis irrevogáveis, quando em jogo o regime democrático e o Estado de Direito. Sem eles, a democracia se esboroa e o Estado poderá ser tudo, menos de Direito. Por isso, as Constituições, ao menos em sua esmagadora maioria, os relacionam em capítulo próprio e com o destaque que merecem no contexto social.

A liberdade, a seu turno, representa a autodeterminação dos indivíduos no sentido de, dentro de certos limites, agir voluntariamente em direção a seus propósitos, sendo inconstitucional qualquer forma coercitiva que pretenda impulsionar a vontade individual. No fundo, trata-se de um direito subjetivo e seu conceito espraia-se em várias direções dentro dos interesses humanos: liberdade de ação, de locomoção, de expressão, de religião, de profissão e tantos outros.

A vulneração do direito de liberdade e de qualquer outro direito fundamental constitui causa de erosão constitucional. A erosão, nesse caso, se concretiza pelo desrespeito aos paradigmas da Constituição que preservam o regime democrático. Se o próprio Estado os ofende, afasta a credibilidade dos cidadãos nos propósitos que o mobilizam.

11 GUILHERME PEÑA DE MORAES, *Curso de direito constitucional*, Atlas, 4^a ed., 2012, pág. 522.

Deve ser destacado que a erosão decorrente de violação de direitos e liberdades não se realiza somente de forma direta. Muitas ações e omissões estatais acabam por provocar, de forma oblíqua, a eficácia das garantias constitucionais. Nessa linha, vale a pena assinalar que as políticas públicas não raramente ocasionam, positiva ou omissivamente, ofensa aos direitos fundamentais, agredindo as linhas fundamentais que os escoram. E a erosão, claro, transparece de modo visível.

As mais frequentes violações ocorrem contra alguns segmentos da sociedade civil, como indígenas, pobres, negros, desassistidos, doentes etc. De nada valem preceitos constitucionais que garantem apenas formalmente essas categorias sociais. É imperioso que a garantia constitucional se processe materialmente, ou seja, mediante ações efetivas e sem omissões desidiosas, a fim de que os destinatários possam de fato receber os efeitos que a Constituição lhes garante.

Conforme bem registrado, uma visão mais humanista da política surgiu durante os séculos XVII e XVIII na Europa, e, como meta básica, “postulou-se a constitucionalização de um projeto delimitador da autoridade governamental, que garantisse ao indivíduo determinados direitos perante o poder potencialmente opressor do Estado”.¹²

Enfim, se as garantias e os direitos fundamentais não são objeto da devida proteção pelo Estado, é irrefutável que a Constituição sofre um processo de erosão do qual emana visivelmente a ineficácia de suas normas, que, no fundo, aparecem só formalmente, mas sem materialidade.

4.3. Standards de moralidade social

A Constituição, seja de onde for, sempre estará sujeita a erosão quando os standards de moralidade do grupo social se encontram em patamar muito baixo. Os valores relativos à honestidade e ao respeito ao direito do próximo, nesse caso, descem a níveis indesejáveis e incompatíveis com a alma da Constituição.

¹² AUGUSTO ZIMMERMANN, *Curso de direito constitucional*, Lumen Juris, 4^a ed., 2006, pág. 259.

O princípio da moralidade, como postulado administrativo, foi incluído no elenco dos princípios, constante do art. 37, *caput*, da CF. Como já tivemos a oportunidade de destacar em outro momento, “pode-se dizer, sem receio de errar, que foi bem aceito no seio da coletividade, já sufocada pela obrigação de ter assistido aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus próprios interesses ou de interesses inconfessáveis, relegando para último plano os preceitos morais de que não deveriam afastar-se”.¹³

A inversão de valores no campo da moralidade afeta a eficácia constitucional, alijando os reais elementos valorativos que geraram os postulados elencados e, o que traduz efeito devastador, culmina por apresentar-se como meio de exemplaridade para os demais indivíduos, sobretudo para os que têm menos luzes e que, por isso mesmo, estão mais sujeitos a influências exógenas, seja qual for a sua natureza.

A moralidade administrativa, um dos vetores da moralidade social, serve “para impedir que os dirigentes estatais se desviem das finalidades do Estado de Direito, empregando seus poderes públicos no intuito de se afastar das vontades estatais democraticamente legitimadas”, conforme já acentuou corretamente Thiago Marrara.¹⁴

De fato, a moralidade impõe o respeito aos valores maiores do Estado consagrados democraticamente na Constituição. Mas não é somente isso, pois que o princípio da legalidade e de resto todos os demais princípios também devem fazê-lo. A moralidade exige que o respeito em si já reflita uma consciência de valor, vale dizer, a consciência do ser humano de que não precisa haver regra impositiva para fazer ou não fazer, mas sim o sentimento individual valorativo que leve o indivíduo a ações justas e honestas.

Uma boa administração não se faz apenas pelo conjunto de normas jurídicas, mesmo as que figuram na Constituição. Urge um esforço comum e colaborativo entre o Estado e os indivíduos para uma relação

13 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*, Gen/Atlas, 37^a ed., 2023, pág. 18.

14 THIAGO MARRARA, *Princípios de direito administrativo*, obra colet. org. pelo autor, Atlas, 2012, pág. 163.

social credenciada pelos princípios valorativos da boa-fé, da honestidade, da retidão, do respeito aos direitos de terceiros, sem que haja aceno a vantagens impróprias e indevidas. A velha máxima de “levar vantagem em tudo” em nada guarda congruência com a moralidade e a ética social.

Repetem-se aqui as palavras de Juarez Freitas sobre ser inquestionável “que perdura uma luta hamletiana, isto é, o embate entre o dever prestacional de qualidade e a entrega macunaímica à inércia ou ao desvio”.¹⁵ É justamente esse desvio, realizado com grande habitualidade, que conduz à prática de atos imorais e à apropriação ilícita de bens e valores alheios, inclusive do poder público.

Os desvios de poder e a subtração de valores e de bens públicos perpetrados, no mais das vezes, pelos próprios governantes repercutem na valoração social e causam inevitável erosão constitucional, isso tudo sob os olhares desolados e impotentes da sociedade – que, em muitas ocasiões, também espera uma oportunidade de cometer os mesmos crimes.

5. CONCLUSÃO

A gestão do Estado se realiza mediante uma variedade enorme de ações e políticas, mas, sem dúvida, existem muitas delas que não se alinham com os parâmetros constitucionais e, ao contrário, rendem ensejo à erosão da Lei Maior, tornando-a perigosamente ineficaz.

Como já se antecipou, são várias essas possibilidades. A título apenas de considerações, resumidamente apresentadas, referimo-nos aos axiomas da harmonia dos Poderes, aos direitos e liberdades fundamentais e aos padrões de moralidade a serem exigidos de todos os cidadãos, governantes ou não. Embora haja outros fatores erosivos, esses certamente o são; daí a conveniência de revisitá-los, sempre que possível.

Findando as presentes anotações, e levando em conta o foco sobre o qual foram assentadas, julgamos que a erosão constitucional pode decorrer da má gestão do Estado quanto às missões que lhe foram reser-

15 JUAREZ FREITAS, *Direito fundamental à boa administração pública*, Malheiros, 3^a ed., 2014, pág. 19.

vadas, provocando evidente desgaste no meio social, bem como refundando a descrença da sociedade nas instituições, mas, noutra vertente, pode decorrer de fatos sociais que impactam a gestão estatal. Esta, portanto, pode ser causa e efeito da erosão.

Nunca é demais relembrar os ensinamentos de Gomes Canotilho: “O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado de direito democrático*”. E conclui seu pensamento: “Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*”.¹⁶

Na verdade, nenhum Estado de direito democrático pode sobreviver quando sua Constituição é atingida por fenômenos sociais que lhe causam profunda erosão e lhe tiraram a eficácia com a qual poderá enfrentar as realidades da sociedade e do próprio Estado.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito constitucional. Teoria da Constituição, Almedina, 2^a ed., 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de direito administrativo, Gen/Atlas, 37^a ed., 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu, Elementos de teoria geral do Estado, Saraiva, 30^a ed., 2011.

FREITAS, Juarez, Direito fundamental à boa administração pública, Malheiros, 3^a ed., 2014.

MARRARA, Thiago, Princípios de direito administrativo, obra colet. org. pelo autor, Atlas, 2012.

MONTESQUIEU, De L'Esprit des Lois, Livro XI, Cap VI, Libr. Garnier Frères, Paris.

16 J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional. Teoria da Constituição*, Almedina, 2^a ed., 1998, pág. 87.

MORAES, Guilherme Peña de, *Curso de direito constitucional*, Atlas, 4^a ed., 2012.

PEDRA, Adriano Sant'Ana, *A Constituição viva*, Mandamentos, 2005.

ROMANO, Santi, *Princípios de direito constitucional geral*, trad. Maria Helena Diniz, RT, 1977.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di, *Direito constitucional*, RT, 1984, trad. Maria Helena Diniz.

SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros, 3^a ed., 3^a tiragem, 1999.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles, *Curso de direito constitucional*, Forense Universitária, 1991.

ZIMMERMANN, Augusto, *Curso de direito constitucional*, Lumen Juris, 4^a ed., 2006.

INFRAESTRUTURA E PLANEJAMENTO COMO INSTRUMENTOS DA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

Emerson Gabardo¹

João Miguel França Corcovado²

1. INTRODUÇÃO

Conforme reconhece a professora Cristiana Fortini, uma das juristas mais prestigiadas do país e expert na temática da infraestrutura e da contratação pública, no modelo anterior ao do Estado Social, “o crescimento econômico desordenado e a concentração de riquezas geravam revoltas sociais que colocaram na berlinda a permanência do modelo liberal”. Em assim sendo, aduz a autora: “a ação do Estado passou a ser considerada o único caminho capaz de conduzir à construção de uma ordem econômico-social equilibrada, bastante para eliminar as desi-

1 Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR. Professor de Direito Administrativo da UFPR. Pós-doutorado pela *Fordham University School of Law* – EUA e pela University of California - UCI.

2 Técnico em Informática pelo Instituto Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil). Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do PIBIC – CNPq.

gualdades resultantes das práticas liberais.” (FORTINI, 2009, p. 2) Partindo deste pressuposto teórico, é possível asseverar que o Direito moderno, ao se estabelecer através da existência de um ordenamento dotado de calculabilidade e previsibilidade, foi essencial para a vigência de um regime de mercado, já que tais provisões são exigências vitais para o capitalismo racional.³ Com efeito, para a subsistência de um mercado extremamente complexo, em que as trocas são voltadas ao acúmulo de capital, é necessária a preponderância de uma administração passível de cálculo, criando instrumentos jurídicos que permitam a existência de algum grau de certeza por parte dos agentes econômicos.⁴ Nesse sentido, tais medidas normativas passam a ser condicionantes da ação humana ao incitar comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo.⁵

Um ordenamento posto que é calculável e previsível traduz, sem embargo, um sentimento de justiça que deve ser preservado pela manutenção de circunstâncias consolidadas, fundamentando a proteção dos direitos através da imutabilidade das situações e relações jurídicas já estabelecidas.⁶ Desta forma, o Estado Social de Direito passa a ter na ordem capitalista uma função organizadora – no sentido de estabelecer condições para permitir os indivíduos a atuarem enquanto agentes econômicos – bem como uma função estabilizadora, de forma a garantir a segurança jurídica como instrumento de previsibilidade e certeza para uma atuação regular e eficiente,⁷ propiciando, assim, a imposição do interesse público sobre o siste-

3 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008, P. 30

4 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 31

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 127-128.

6 COSTALDELLO, Ângela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. Curitiba, 1998. 160 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciência Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 33.

7 REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia – reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica. Tradução de Fernando Herren Aguillar. *Cadernos de Direito Econômico Empresarial – Revista de Direito Público*. São Paulo, nº 94, abr. 1990, p. 247.

ma econômico.⁸ Interesse público este que “não valida o aniquilamento dos interesses particulares”, como bem esclarece Fortini. (2009, p. 25)

Neste cenário, com as bases constitucionais sendo fundamento e limite para a atuação da seara pública nas atividades econômicas,⁹ a noção de planejamento se mostra indispensável para que o Estado tenha as condições de buscar o objetivo do desenvolvimento econômico sustentável previsto na Constituição Federal de 1988. O planejamento eficiente torna-se instrumento do exercício da função estatal que utiliza uma correlação entre os meios e os fins para atingir tais objetivos.¹⁰

Isto posto, o objetivo deste trabalho tem por fim avaliar de que maneira a ordem econômica prevista na Constituição deve ser condicionante para a atuação estatal de forma a se obter resultados planejados e condicionantes de uma infraestrutura capaz de propiciar o desenvolvimento econômico sustentável, objetivado e positivado formalmente pela CF. Para tanto, faz-se necessário realizar conceituações a respeito: (i) dos conceitos de planejamento, infraestrutura e desenvolvimento econômico e sustentável, além de suas respectivas aplicabilidades baseadas nas competências estatais previstas constitucionalmente; e (ii) da atuação do Estado enquanto interventor nas questões econômicas para promoção do desenvolvimento econômico sustentável. Como resultado, objetiva-se demonstrar como uma atuação baseada em um planejamento eficiente e multidimensional permite que o desenvolvimento econômico sustentável seja alavancado no contexto nacional brasileiro.

8 REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia – reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica. Op. cit., p. 265.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 212, p. 109–133, 1998. DOI: 10.12660/rda/v212.1998.47171. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47171>. Acesso em: 03 mar. 2023.

10 LÜBKE, Mariane Yuri Shiohara. *Planejamento Multidimensional e Desenvolvimento Sustentável*. Curitiba: Íthala, 2022, p. 19.

2. DESENVOLVIMENTO, INFRAESTRUTURA E PLANEJAMENTO

O desenvolvimento, enquanto conceito jurídico, tem dimensão econômica e social, na medida em que se busca uma ampliação quantitativa da produção, em conjunto a uma melhoria da qualidade de vida dos indivíduos. Nesse aspecto, o planejamento estatal permite que se materialize a implementação de atividades que melhorem essas dimensões, desenvolvendo a circulação e ampliação da produção de bens em paralelo ao desenvolvimento da qualidade de vida das pessoas como consequência de tal produção e distribuição.¹¹ Resta claro, portanto, que o que concretiza o desenvolvimento econômico é um crescimento de determinada grandeza (seja de produção, riqueza ou de infraestrutura) em conjunto a alterações em toda a estrutura do país, modificando a ordem econômica, mas igualmente a ordem social e cultural.¹²

Nessa mesma seara, o desenvolvimento sustentável se fundamenta através de uma disposição material e também por meio de uma disposição moral e ética, em uma busca pela justa distribuição de riquezas atrelada a uma interação entre os valores sociais em prol dos interesses do bem-estar coletivo.¹³ Sua particularidade se dá pelo fato de haver no desenvolvimento uma harmonia entre a economia e a ecologia.¹⁴ Possui também dimensão temporal, no sentido de ser obrigação como compromisso atual e futuro, já que possui não somente um caráter de proteção ao direito de se viver em um ambiente ecologicamente

11 DAL POZZO, Augusto Neves. *O Direito Administrativo da Infraestrutura*. Op. cit, p. 101-106.

12 NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento Econômico: Um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17-18

13 DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111.

14 NASCIMENTO NETO, José Osório. *Políticas Públicas e Regulação Socioambiental*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 52-56

equilibrado no presente, como também realizar a sua manutenção para as gerações futuras.¹⁵

Cumpre observar, ainda, que o desenvolvimento econômico tem como pilar a infraestrutura de uma nação, já que sem uma infraestrutura adequada, não pode haver desenvolvimento, e por consequência, a satisfação dos direitos coletivos consagrados pelo ordenamento.¹⁶ Tal pilar é fundamento da atividade econômica já que se configura como condição básica e necessária para o desenvolvimento, tornando-se requisito para que as demais atividades possam se desenvolver. Passa, portanto, a ser um meio para o cumprimento de algum objetivo estatal.¹⁷

Essas medidas só podem ser postas em prática mediante planejamento, se impondo como um instrumento de gestão que se mostra necessário tanto para assuntos de curto prazo, quanto para o alcance de objetivos complexos ou que demandam mais tempo ou ações sofisticadas.¹⁸ Isso porque o planejamento pode tanto ser um instrumento mecânico para execução de determinado fim, como um processo, ou modo de se desenvolver determinada tarefa.¹⁹ Cabe ao Estado, desta forma, traçar os rumos pelos quais realizará as suas ações por meio de um planejamento que estabeleça os meios, recursos e a intensidade das interações público e privadas para sua materialização.²⁰

Constata-se, assim, que para poder se observar o desenvolvimento econômico e sustentável da nação, faz-se necessário a criação de um

-
- 15 SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2017, p. 406.
- 16 DAL POZZO, Augusto Neves. *O Direito Administrativo da Infraestrutura*. Op. cit, p. 17-22.
- 17 BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coords.) *Elementos do Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 18-22.
- 18 LÜBKE, Mariane Yuri Shiohara. *Planejamento Multidimensional e Desenvolvimento Sustentável*. Op. cit., p. 25.
- 19 GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 3
- 20 GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. Op. cit., p. 227.

planejamento que determine a instauração de uma infraestrutura que atenda aos requisitos constitucionais estabelecidos e pressupostos para a atuação estatal no domínio econômico.

3. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A ordem pública é constituída por uma estrutura que, para além da racionalidade da generalidade da lei, deve garantir a execução dos contratos entre os indivíduos, sendo figura essencial para o sucesso empresarial, e por consequência, para o sucesso econômico.²¹ Nesse sentido, a atuação estatal interventora na vida econômica reduz os riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, pois, atua na garantia de segurança da prossecução fim de acumulação de capital por parte dos indivíduos.²²

Com efeito, Direito e Economia entrelaçam-se de modo indissociável, já que a vida econômica promove o regramento necessário para sua organização e ordenamento, e de igual forma, as normas jurídicas incorrem em regrar os interesses perante determinados bens, podendo alterar sua valoração.²³ Há que se observar que se a *ultima ratio* do Estado é a promoção do interesse público, deve-se realizar intervenções planejadas e traçar estratégias com o fim de equilibrar os interesses econômicos e a distribuição de riqueza,²⁴ através de metodologias de planejamento que promovam o bem-estar social.

21 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 31.

22 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 33.

23 NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Estudo do Direito Econômico*. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 27-28.

24 SILVA, Marcelo Gonçalves da; NALINI, José Roberto. A Interface Estado – Economia e Regulação Jurídica do Mercado: Desafios para o Desenvolvimento Sustentável no Brasil. *REVISTA ESMAT*, Palmas, v. 11, n. 18, p. 187-208, 2019. DOI: 10.34060/reesmat.v11i18.309. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/309. Acesso em: 1 mar. 2023, p. 191.

A Constituição brasileira de 1988 possui um modelo econômico de bem-estar, quando redefine o papel do Estado para atuar os diversos setores econômicos. Isto legitima o que foi disposto ao longo dos arts. 1º e 3º, bem como o expresso no art. 170 da Constituição Federal.²⁵ Segundo a classificação de Augusto Dal Pozzo, o Estado pode atuar mediante quatro vetores na ordem econômica: (i) a intervenção enquanto Estado Condu-tor, guiando o processo de desenvolvimento do país; (ii) intervenção por regulamentação, que também é compreendida pela ideia de controle, re-gulando a atividade econômica e estabelecendo instrumentos, bem como normas de comportamento obrigatório para os sujeitos que exerçerão as atividades econômicas a serem reguladas; (iii) enquanto Estado Produtor, assumindo tarefas de natureza econômica de maneira a incrementar o de-senvolvimento de determinadas atividades; e (iv) enquanto financiador, com-preendida pela noção de estímulo, cujo o objetivo é de convencer o operador econômico de certa atividade a seguir determinado caminho.²⁶

A ordem constitucional brasileira condiciona a construção e exe-cução de políticas econômicas públicas e privadas que estejam alinhadas à manutenção de um ambiente equilibrado, conforme o disposto no art. 225, parágrafo primeiro, inciso V da Constituição Federal,²⁷ explicitan-do o caráter coletivo dos titulares desse direito.²⁸ No mesmo sentido, o

25 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presi-dência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 mar. 2023.

26 DAL POZZO, Augusto Neves. *O Direito Administrativo da Infraestrutura*. Contra-corrente, São Paulo, 2020, p. 51.

27 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: V - contro-lar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; BRASIL. Cons-tituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 24 fevereiro 2023.

28 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Pau-lo: Saraiva, 2003, p. 51.

desenvolvimento sustentável enquanto premissa para atuação do Estado na Ordem Econômica, também pode ser observado pelos art. 3º, inciso IV.²⁹ Ademais, pode ser considerado objetivo nacional inerente à promoção do bem-estar de todos (art. 219),³⁰ de maneira a se estabelecer um planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado (art. 174, §1º).³¹

Estes dispositivos expressam a defesa do ambiente como o princípio da regência da atividade econômica, requerendo um tratamento diferenciado, quando vinculado às disposições do art. 170 da CF.³² A sustentabilidade e a proteção ao meio ambiente passam a ter, consequentemente, propósitos imediatos e relativos à qualidade do meio ambiente, além de propósitos mediados, quando ligados à saúde, bem-estar e segurança da população.³³

Com efeito, para a garantia destes dispositivos com a função estabilizadora que deles decorrem, é necessária a observação e adoção de comportamentos por parte do Estado que transmitam um elevado estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica com base na sua elevada

29 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Op. cit.

30 Art 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Op. cit.

31 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Op. cit.

§1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

32 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Novo prisma Hermenêutico. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 23, n. 3, <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13749>. Acesso em: 23 mar. 2023, p. 943.

33 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81.

cognoscibilidade.³⁴ Um controle jurídico-racional das estruturas argumentativas de normas gerais e individuais, permite a existência de instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro, sem enganos, frustrações ou demais surpresas.³⁵ Tal desempenho exige uma organização estável e permanente exercitados sob um regime jurídico infralegal, e que se exteriorizam por meio de decisões que se destituem de natureza jurisdicional.

4. AGÊNCIAS REGULADORAS E A INTERVENÇÃO DESCENTRALIZADA

As mudanças vivenciadas pelo final do séc. XX, sobretudo a partir da década de 1980, quando o Brasil seguiu a tendência mundial de retração na atuação estatal,³⁶ evidenciaram a crise dos valores do Estado pós-moderno especialmente no que tange a relação da atuação do Estado no domínio econômico. Com efeito, esta nova percepção do Direito, que passa a enxergá-lo não mais como um papel de direção da sociedade, mas tão somente um guia das negociações,³⁷ implicou o desenvolvimento de uma estrutura jurídica formulada em metas e de inclusão de disposições que permitam decisões dedutivas e descentralizadas,³⁸ fundada em um sistema

34 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 300-303.

35 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. Op. cit., p. 310-313.

36 FARIA, Luzardo. Transformações na Prestação de Serviços Públicos no Brasil: entre exclusividade, subsidiariedade e concorrência. In: BORDAS, Eduardo et. al (Coord.). *A Existência Digna e a Administração Pública do século XXI*. Curitiba: Íthala, 2019, p. 211-212.

37 ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado moderno? Tradução de Margaret Cristina Toba e Márcia Lopes Romero. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 15.

38 GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Editora Manole, 2003, p. 177.

de resultados.³⁹ Ou seja, a intervenção estatal por meio da regulação implica um peculiar processo decisório e técnicas específicas de controle.⁴⁰

A busca da eficiência pela via da regulação passa então a ter função técnica de valoração, ponderação e busca do equilíbrio entre os interesses envolvidos.⁴¹ Tal decorrência, comandada pelos avanços da pluralidade e complexidade da sociedade, permitiram que houvesse um processo fragmentário da administração pública. Esta medida permitiu que a Administração tenha cada vez mais autonomia e descentralização material tendo, assim, maior ponderação sobre os diversos interesses sociais presentes.⁴²

É nesse contexto que surgem as agências reguladoras no Brasil, tendo seus efeitos observados a partir de 1996, com a implementação das leis sobre a Reforma do Estado. Com essas novas perspectivas, a diluição do poder, por meio da separação entre os domínios do político e do técnico, deu à lei a função de formular políticas públicas e às agências reguladoras a função de implementação dessas políticas.⁴³

Desta forma, os agentes reguladores editam normas que compõem a moldura regulatória, mediante a compatibilidade destas com a Constituição e normas legais. A norma regulatória representa, sob esta

39 GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*, Op. cit., p. 81.

40 FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Marjorie W. Lei Federal n. 13.848/2019: a Lei Geral das Agências Reguladoras (Artigos 1º ao 3º da Lei 13.948/2019). In: SCHIER, Adriana da C. R.; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria S. M. de; VALLE, Vanice R. Lírio do. *Marco legal das agências reguladoras na visão delas*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 21-42.

41 SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, n. 58, p. 220-234, jan./mar. 2007, p. 225.

42 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013, p. 204.

43 SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. Op. cit., p. 226.

óptica, a maneira pela qual o agente regulador interpreta determinados comandos constitucionais e legais.⁴⁴

Em resumo, as agências reguladoras passam a exercer uma função de natureza técnica na intervenção do Estado na economia, o que ocorre por meio de uma ponderação entre interesses. Além disso, também podem atuar (i) na regulação dos serviços públicos; (ii) na regulação da exploração privada de bens e atividades monopolizadas; (iii) ou ainda na regulação das atividades econômicas em regime de concorrência, cada qual com suas especificidades atinentes aos setores regulados.⁴⁵

5. CONCLUSÕES FINAIS

A existência de políticas descentralizadoras, advindas do contexto histórico de retração estatal pós Constituição de 1988 trouxe a compreensão de que autarquias descentralizadas e autônomas seriam capazes de bairar regulamentos, estatuindo normas jurídicas e subordinadas à Lei. Tais regulamentos possuem regência coercitiva das relações estatais,⁴⁶ e, portanto, devem cumprir os liames constitucionais previstos pelo art. 174 da Constituição, uma vez que, a criação de agências reguladoras para atuar em determinados setores apenas concretizou uma estrutura administrativa para o desempenho dessa função da Administração Pública.⁴⁷

Justamente por isso, deve-se observar que um planejamento do desenvolvimento nacional que utilize como instrumento as infraestrutu-

44 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Públlico, nº. 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 13 mar. 2023, p. 8.

45 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Op. cit., p. 420-429.

46 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Op. cit., p. 415.

47 SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. Op. cit., p. 230.

ras que conjugam os ativos materiais, institucionais, pessoais, de instalação e condicionamento, devem estar alinhados às previsões do art. 174, §1º da CF. Não obstante, tais disposições devem servir como referenciais de um planejamento setorizado, regional, social e econômico, de modo que o “Estado estabeleça uma visão de futuro que conecte todos os setores compreendidos para as etapas relativas ao processo do desenvolvimento”. (LÜBKE, 2022, p. 175)

Sem um planejamento multidimensional, ainda que realizado por meio de órgãos autônomos e independentes entre si, mostra-se difícil de *coordenar, compatibilizar e priorizar* o atendimento aos anseios sociais e econômicos necessários para o desenvolvimento econômico sustentável.⁴⁸ Se o Direito tem como fim o regramento de comportamentos humanos nas suas relações interpessoais, implantando, assim, os valores que a sociedade almeja alcançar, é justamente nestas normas individuais e concretas que o Direito se efetiva, se concretiza, e se apresenta enquanto produto final positivado.⁴⁹ Com efeito, a existência de um planejamento que transmita segurança aos agentes econômicos mostra-se necessária e indelével para a formação de um adequado projeto de desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado moderno? Tradução de Margret Cristina Toba e Márcia Lopes Romero. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marcelo Gonçalves da; NALINI, José Roberto. A Interface Estado – Economia e Regulação Jurídica do Mercado: Desafios para o Desenvolvimento Sustentável no Brasil. *Revista ESMAT*, Palmas, v. 11, n. 18, p. 187–208, 2019. Dispo-

48 LÜBKE, Mariane Yuri Shiohara. *Planejamento Multidimensional e Desenvolvimento Sustentável*. Curitiba: Íthala, 2022, p. 175.

49 CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 98, p. 159-180, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67584>. Acesso em: 18 mar. 2023, p. 175.

nível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/309. Acesso em: 1 mar. 2023.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, n. 58, p. 220-234, jan./mar. 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 13 mar. 2023

SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2017.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional e Segurança Jurídica: Metodologia da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LICITAÇÕES PÚBLICAS: RESSIGNIFICAÇÃO DE UM INSTITUTO APARENTEMENTE ENGESSADO

Sirlene Nunes Arêdes¹

1. INTRODUÇÃO

Desde o Império, a ordem jurídica brasileira já possuía normas procedimentais sobre contratações públicas, mas foi somente em 1967, com a publicação do Decreto-Lei 200, de 25/02/1967, que a contratação por meio da licitação foi estabelecida como regra de maneira geral, estabelecendo-se as hipóteses de sua dispensa, suas modalidades e suas principais fases. De aplicação inicial restrita à União Federal, o Decreto-Lei 200/1967 teve sua incidência estendida aos demais entes federados pela Lei 5.456, de 20/06/1968, que ainda atribuiu aos Estados competência legislativa suplementar sobre o tema.

Posteriormente, o Decreto-Lei 2.300, de 21/11/1986, estabeleceu procedimento sistemático e abrangente de licitação e contratação pública para todos os entes federados. Essa norma foi substituída pela Lei 8.666, 21/06/1993, que não trouxe grandes inovações sistemáticas em relação à forma de contratar anteriormente estabelecida.

¹ Mestre e Doutora em Direito Administrativo. Professora de Direito Administrativo. Procuradora e Diretora de Administração e Finanças da Câmara Municipal de Belo Horizonte. Contato: sirlenearedes@gmail.com.

Desde a regulação do instituto pelo Decreto-Lei 200/1967, sómente houve real inovação no sistema com a introdução do Pregão, pela Medida Provisória 2.026, de 04/05/2000, diversas vezes reeditada e reelaborada, até que finalmente convertida na Lei 10.520, de 17/06/2002. Ao inverter as fases da licitação, possibilitar o sigilo do preço estimado de contratação, estabelecer o recurso como excepcionalidade, diminuir de prazos e acrescentar a fase de disputa, essa nova modalidade licitatória rompeu com os procedimentos amplamente difundidos, permitindo processo mais eficiente, em termos de preço e prazos de contratação.

Ainda vigentes, essas normas encontram-se em processo de substituição pela Lei 14.133, de 01/04/2021, denominada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC). Portanto, questiona-se se as mudanças procedimentais estipuladas pela NLLC são suficientes para modernizar o processo de contratações públicas pela redução do tempo de sua duração e de seus custos.

Desde seus primórdios, as normas que regulam as contratações públicas fundamentaram o procedimento licitatório em três pilares: a publicidade das contratações, a isonomia entre os interessados e a busca da melhor proposta para o Estado.² Esses parâmetros hoje constituem finalidade do processo de licitação e justificam os procedimentos inseridos no processo de contratação.

2 O Decreto nº 2.926, de 14/05/1862 nos arts. 1º e 2º já determinava a obrigação de publicação de avisos de intenção de contratar com a garantia de prazos diferenciados, conforme o objeto, para apresentação de propostas, garantido aos interessados, em caso de compras, o direito de conhecer as amostras previamente e, em caso de obras públicas, o direito de receber informações dos órgãos públicos. Posteriormente o Código de Contabilidade da União, Decreto 4.536, de 28/01/1922 regulou as contratações públicas da União, estabelecendo em seu art. 50 garantia desses princípios.

A sistematização dessas finalidades foi feita pelo Decreto-Lei 2.300/1986, em norma cujo conteúdo é de todo similar ao estipulado na Lei 8.666/1993: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Este texto analisa se, em seu conjunto, as alterações procedimentais previstas na NLLC possibilitam melhor atendimento aos fins da licitação. A primeira deste texto trata da inserção da NLLC no sistema e analisa alguns efeitos das mudanças procedimentais previstas nesta norma. Na segunda parte, descreve-se a forma pela qual a NLLC insere a tecnologia no procedimento, verifica-se a possibilidade de inserção de novos mecanismos tecnológicos e analisam-se requisitos e vantagens do incremento do uso da tecnologia no processo de contratação.

2. O ENGESSAMENTO NO PROCESSO DE COMPRAS ESTATAIS

Diversas foram as alterações sistêmicas ou procedimentais promovidas pela NLLC.³ Contudo, essas mudanças não estabelecem uma sistemática inovadora ou a quebra de paradigma, uma vez que, no geral, a NLLC manteve procedimentos já existentes e incrementou procedimentos operacionais. Por isso, a doutrina aponta que a NLLC não altera profundamente a hermenêutica vigente e caracteriza-se mais como norma vinculada ao século XX que ao século XXI.⁴ Entende-se que a dificuldade em romper os paradigmas existentes justifica que a norma não tenha

3 Como exemplo, podem ser citados: a inclusão de novas finalidades para o processo; a sistematização das normas sobre licitação; o incremento da transparência nas contratações pela instituição do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP); a positivação de procedimentos consagrados pela práxis administrativa, como a inversão de fases e a diminuição de prazos; a nacionalização do cadastro de empresas apenadas pelo Poder Público; a inclusão do Estudo Técnico Preliminar como fase obrigatória; a previsão de procedimentos auxiliares diversos; o estabelecimento do registro cadastral unificado (BARBOSA; KHOURY; MACIEL, 2021, p. 14; NARDONE, 2022).

4 “Assiste razão a quem afirma que esta ‘não é a lei disruptiva que parte da comunidade jurídica aspirava (uma lei do século XXI), mas é a lei que foi possível ser construída no atual momento (ainda que mais voltada à realidade do século XX)’. Apesar disso, para além de uma série de inovações em procedimentos e regras, há sutis, porém importantes, avanços no tocante à hermenêutica do direito administrativo.” (BARBOSA; KHOURY; MACIEL, 2021, p. 14).

promovido uma quebra hermenêutica significativa em relação ao sistema vigente (BARBOSA; KHOURY; MACIEL, 2021, p. 17).

A doutrina ainda aponta que, se não inovou sistematicamente, nem estabeleceu procedimentos inéditos e inovadores, a NLLC incrementou o formalismo especialmente no processo interno de contratação:

A crítica que desde logo se faz à Lei n. 14.133/2021 é pertinente ao excesso de burocracia, porque cada uma dessas providências demanda, pela redação do projeto, diversos levantamentos, investigações e definições, algo muito complicado de ser cumprido, especialmente por órgãos e por entidades menos estruturadas. Também chama a atenção que tais exigências burocráticas, de modo geral, são exigidas para a preparação de todas as licitações e contratos, até mesmo para aqueles cujos objetos são simples e usuais ou que não envolvam valores muito elevados. (NIEBUHR, 2021, p. 82).

O incremento desse formalismo advém especialmente de se tornarem cogentes para Estados e Municípios normas procedimentais forjadas na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e previstas em regulamentos federais (especialmente instruções normativas diversas) para contratações da União. Verifica-se que:

O perfil da recente Lei de Licitações e Contratos é marcado, entre outros fatores, pela nacionalização de regras federais. O legislador incorporou experiências consideradas exitosas ao novo marco legal, ciente do papel das leis nacionais como instrumento indutor de comportamentos. Sabe-se que a pretensão encontrará resistência e ressuscitará a discussão sobre o conceito de normas gerais, que marcou a vigência da Lei 8.666/93. (FORTINI, 2021).

Reputa-se que a generalização de tais procedimentos na forma prevista na lei foi equivocada, por não se considerar, no estabelecimento desses novos ritos, o vulto dos negócios envolvidos nas contratações, as estruturas administrativas necessárias para incorporação dessas normas e o incremento de tempo nos processos de contratação.

Não se considerou o custo do controle envolvido na imposição de maior formalização a todos os entes, especialmente pela imposição de regras procedimentais cuja efetividade no combate à corrupção e ao controle do sobrepreço não se pode afirmar com critérios científicos. Não apenas a autonomia dos entes federados, mas também a eficiência foi desconsiderada ao se tomar a realidade e os montantes de contratação da União Federal para detalhar, às minúcias, procedimentos para todos os entes da Administração direta e indireta do país.

Cita-se como exemplo dessa formalização na jurisprudência do TCU, a regulação da orçamentação prévia, etapa imprescindível no processo de contratação. Embora a Lei 8.666/93 a exigisse, nada definiu sobre sua elaboração, surgindo a *práxis* administrativa, posteriormente aceita pelas Cortes de Contas e de Justiça de que, para regularidade da contratação, o preço estimado deveria advir da coleta de, no mínimo, 03 (três) orçamentos.

Posteriormente, o TCU adotou o conceito de “cesta de preços”⁵ e, reputando insuficiente e irregular a fixação do preço estimado pela coleta de apenas 03 (três) orçamentos, estabeleceu critérios formais e requisitos para a definição do preço de referência inclusive com a fixação da ordem de prioridade entre diversas fontes. A jurisprudência atual do

5 Ainda na vigência do Decreto-Lei 2300/86, o TCU firmou o entendimento de que era necessária consulta a pelo menos dois orçamentos na fase interna para a composição do preço estimado, conforme Decisão 162/1993, publicada no D.O.U. em 18/05/1993, p. 6672 (MOTTA, 2002, p. 153). Com a Lei 8.666/93, em analogia ao convite, passou-se a exigir o mínimo de três preços. Por fim, antes de 2010 (Acórdãos 1573/2008 e 2361/2009, ambos do Plenário), o TCU evoluiu o entendimento para exigir a definição do preço estimado incorporasse preços efetivamente praticados no mercado público, firmando que “As estimativas de preços prévias às licitações devem estar baseadas em cesta de preços aceitáveis, tais como os oriundos de pesquisas diretas com fornecedores ou em seus catálogos, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos, sistemas de compras (Comprasnet), valores registrados em atas de SRP, avaliação de contratos recentes ou vigentes, compras e contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes.” (TCU, Plenário. Acórdão 2637/2015.)

TCU reputa como excepcional o uso do mercado para obtenção de preços⁶ e, mesmo na vigência a NLLC,

... muito embora se reconheça a legalidade da pesquisa de preço diretamente com fornecedores, tal prática está ficando cada vez mais adstrita a situações em que Administração não tem alternativas a não ser estimar o valor a ser contratado em pesquisa exclusivamente junto a fornecedores, conforme assentado no Acórdão 1875/2021(...). (FORTINI; BRAGAGNOLI, 2021).

Ocorre que, se essa determinação pode ser facilmente cumprida pela União Federal, tendo em vista o imenso volume de suas contratações e a diversidade dos contratos que celebra, essa não é a realidade dos milhares de municípios brasileiros, os quais, diante da inexistência de local unificado para divulgação de contratações públicas, muitas vezes, sequer contam com o mercado como fonte de consulta.

A simplificação do procedimento pode trazer mais benefícios públicos que a mera formalização ritualística, conforme comprovou-se quando da inserção do Pregão na ordem jurídica. Naquela ocasião foi apurado que as mudanças no procedimento, decorrentes da não divulgação do preço de referência no edital e da criação de uma fase de lances, efetivamente garantiu economia nas contratações públicas, especialmente nas compras. Contudo, atualmente, verifica-se que, mesmo usando os complexos critérios previstos pelo TCU, a divergência entre o apurado na fase interna e na fase de disputa não deixa de ser relevante (SILVA et al., 2018).

O orçamento estimado pouco serve para mostrar a realidade do mercado privado por diversas razões. O primeiro fator a ser considerado é a existência de custo extra para contratação com o Estado que, atuando como parte privilegiada, induz risco maior para o contratado

6 “Os sistemas oficiais de referência da Administração Pública reproduzem os preços de mercado, e, por gozarem de presunção de veracidade, devem ter precedência em relação à utilização de cotações efetuadas diretamente com empresas que atuam no mercado.” (TCU, Plenário. Acórdão 0452/2019). “A pesquisa de preços feita exclusivamente junto a fornecedores deve ser utilizada em último caso, na ausência de preços obtidos em contratações públicas anteriores ou cestas de preços referenciais (Instrução Normativa Seges-ME 73/2020).” (TCU, Plenário Acórdão 1875/2021).

(MOURÃO; SHERMAM; BUENO, 2021). Citam-se ainda diferenças na regulação das compras com o Estado que aumentam o custo da empresa e o risco do negócio, tais como o impedimento quase absoluto de pagamento adiantado; a obrigatoriedade de o contratado estar regular com suas obrigações fiscais em geral; ausência de garantias; possibilidade de pagamento apenas mediante precatório (CAMARA, 2021); e o poder punitivo exercido pela Administração (FORTINI; AVELAR, 2022).

Essa posição leva à diminuição da concorrência devido ao desinteresse de alguns fornecedores e prestadores de serviços em contratar com a Administração. Já quanto aos agentes que contratam com o Estado, muitos deixam de enviar o preço real na fase interna seja para não adiantarem o valor de sua proposta aos concorrentes ou por receio de punições caso não seja mantido o preço no momento da contratação.

Mais econômico, eficiente e rápido seria estabelecer para todos os bens e serviços catálogos de preços que possam ser usados nas orçamentações públicas, como já é a praxe nas contratações de obras e serviços de engenharia.⁷ Esses catálogos não apenas constituem padrões seguro para fixação do preço de referência, como ainda possibilitam a redução do prazo de contratação e diminuem efetivamente o custo dos contratos, quando utilizados.

Para garantir orçamentação mais próxima a realidade, a criação do PNCP mostra-se mais efetiva que os rigorosos procedimentos estabelecidos no art. 23 da NLLC. Isso porque no PNCP serão divulgadas todas as contratações públicas criando-se uma base de dados unificada, gratuita, pública e confiável – até hoje inexiste – que pode ser usada pelos órgãos públicos para realizar a orçamentação prévia.

É necessário reconhecer que as normas de licitação e contratação no Brasil criaram um mercado próprio para fornecer para o Estado,

7 A orçamentação para contratações de obras e serviços de engenharia é feita com uso de tabelas públicas de consulta de preços que efetivamente determina os custos máximos a serem pagos pelo Estado. Estabelecidas para a União pelo Decreto Federal 7.983, de 08/04/2013, as tabelas públicas constituem realidade na Administração Pública como mecanismo facilitador da orçamentação e foram estabelecidas como prioritárias para contratações de engenharia pelo art. 23, §2º, da NLLC.

que não apenas se regula diversamente, mas que opera com requisitos diferentes do mercado privado. “Enfim, as peculiaridades da contratação com a Administração Pública podem justificar, racionalmente, o maior preço adjudicado na licitação de determinado objeto. O que deve ser averiguado pelo princípio da economicidade é se a diferença de valor tem justificativa adequada e se é razoável” (CAMARA, 2021).

Portanto, é necessário pensar além de ritos que simplesmente incrementam requisitos formais ao processo de contratação, caso haja real intenção de que os procedimentos possam efetivar os fins da licitação, sob pena de algumas inovações reais da NLLC serem perdidas pela repetição de ritos atuais.

3. A TECNOLOGIA COMO MECANISMO DE DIMINUIÇÃO DA MOROSIDADE E DOS CUSTOS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

As novas formas de pensar e os novos mecanismos de contratação devem propor procedimentos capazes de solucionar os problemas⁸ atualmente detectados nos processos de contratação pública, especialmente a necessária redução de seus custos e prazos. Uma das formas de solucionar esses problemas é a adoção pela Administração Pública de formas modernas de negociação já usuais no mercado privado, cujas transações são mediadas pela tecnologia.

O impacto da tecnologia no processo de compra é tão significativo que as poucas inserções feitas nesse sentido pela NLLC têm potencial de promover mudanças culturais e procedimentais de grande impacto

8 “Dentre as falhas da antiga lei, podem ser mencionadas, exemplificativamente, a: i) incapacidade de evitar corrupção; ii) promoção de compras públicas de produtos e serviços de baixa qualidade; iii) imprevisibilidade dos custos das obras, que se submetem a frequentes aditivos; iv) composição de um ambiente normativo que teve como consequência um elevado número de atrasos e paralisações de obras; v) junção de regras que acarretou elevado índice de litígio entre contratantes e contratados; e vi) adoção de formalismo exagerado que tornou o procedimento de licitação lento e custoso.” (CAMARA, 2021).

no sistema e com resultados efetivos se comparadas com alterações formais nos procedimentos.⁹ No geral, percebe-se que “a nova legislação apresenta como pano de fundo a busca pela modernização do sistema de contratação pública” (NARDONE, 2022).

Contudo, o reconhecimento da internet como meio *par excellence* de divulgação das informações e a virtualização do procedimento seguem acompanhados de procedimentos ineficientes e desconexos com a realidade do século XXI, tais como exigência de divulgação das licitações em jornal de grande circulação (art. 54); a permissão de que a licitação ocorra na forma presencial, ainda que excepcionalmente (art. 17, §2º); a previsão da pré-qualificação de licitantes com vigência pré-determinada ao lado do estabelecimento do registro cadastral unificado no PNCP (art. 81, I, e art. 87),¹⁰ entre outros.

Essas exigências não têm conexão com os objetivos da licitação e incrementam o custo e o tempo do processo sem gerar efeitos positivos para a realização de seus fins; ou caracterizam-se em procedimentos que apenas dificultam o acesso dos interessados à contratação sem ganho, mesmo que potencial, ao Estado. Além de procedimentos inúteis e custosos, há ainda aqueles que, embora cumpram uma finalidade no processo, em razão de sua repetição infinita, desrespeitam o princípio da eficiência, tornando,

9 Por exemplo, a criação do PNCP não apenas aumenta a transparência das contratações públicas, como ainda cria cadastro permanente e nacional de preços contratados, que impacta inclusive na fase interna da licitação. Da mesma forma, a obrigação de inserção de dados no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) determina uma plataforma unificada para registro de penalidades, facilitando as consultas que os órgãos públicos devem fazer durante a contratação. A definição de que as licitações, sempre que possível, devem ser virtuais, permite concorrência nacional para venda de produtos e serviços de todos os entes, diminuindo as possibilidades de acordos locais.

10 Sobre a habilitação, a jurisprudência do TCU é no sentido de que é incabível a inabilitação por documentação disponível na internet, imputando aos membros da Comissão de Licitação e aos pregoeiros o dever de buscar nos sítios eletrônicos os documentos lá disponíveis. Infelizmente, essa prática não foi positivada na norma, permitindo ainda que o excesso de formalismo possa fazer com o a Administração perca uma proposta com menor preço.

portanto, necessária sua modernização e substituição para que cumpram o fim para o qual foram estabelecidos de forma mais ágil e menos custosa.

Pensando nessa realidade, propõe-se que a regulação do art. 19, I, II, do art. 80, II, da NLLC ou ainda a regulação do Sistema de Compra Instantânea¹¹ sejam efetivadas em novo modelo de compras mais rápido, eficiente e barato, o qual toma-se a liberdade de chamar aqui de “mercado livre das contratações públicas”.¹²

11 Em 10/04/2023, o Deputado Daniel Soranz propôs emenda à Medida Provisória 1.167, de 30/03/2023, para incluir na NLLC o “Sistema de Compra Instantânea (Cix)” em modelo similar ao aqui proposto. A proposta é aberta e espera-se que seja aprovada e regulada de forma inovadora, conforme defendido nesse texto. Considerando a importância do tema, segue o texto que se pretende acrescentar à Lei 14.133/2021 “Seção III - Do Sistema de Compra Instantânea (Cix) Art. 75-A. O Sistema de Compra Instantânea (Cix) destina-se à aquisição, por meio de credenciamento em mercado fluído, de bens padronizados e previamente selecionados pela Administração Pública, que serão anunciados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), na forma de regulamento do Poder Executivo federal, que disporá sobre: I - o credenciamento dos anunciantes; II - o cadastramento do bem em catálogo eletrônico de padronização; II - as regras para a formação do preço; III - os prazos e métodos para entrega e recebimento dos bens; IV - o prazo para pagamento, que não poderá ser superior a 30 (trinta) dias contados do recebimento; V - penalidades pelo inadimplemento do contratado. § 1º Poderão aderir ao Cix: I - os consórcios públicos de que trata a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005; II - as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos abrangidas pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, e pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, na forma de regulamento. § 2º Será permanente o credenciamento de novos interessados. § 3º A compra de bens em valor superior aos referenciais de mercado deverá ser justificada pelo agente de contratação responsável. § 4º Na hipótese contratação direta indevida por meio do Sistema de Compra Instantânea (Cix), ocorrida com dolo, fraude, erro grosseiro ou sobrepreço, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”

12 O nome “mercado livre das contratações públicas” é uma referência direta ao Mercado Livre que é “empresa argentina de tecnologia que oferece soluções de comércio eletrônico para que pessoas e empresas possam comprar, vender, pagar, anunciar e enviar produtos por meio da internet.” (WIKIPEDIA. Verbete Mercado Livre).

3.1. O mercado livre das contratações públicas ou Sistema de Compras Instantâneas

Como as bases sistêmicas das contratações públicas constituem evolução e incremento de procedimentos estabelecidos desde o Decreto 4.536/1922,¹³ a NLLC determina que, para cada contratação, a Administração instaure procedimento público de disputa com divulgação prévia, via edital, do objeto e requisitos da contratação e definição de data, horário e local para disputa pública pelo objeto.

Na realidade do século XX era impossível pensar em procedimentos diversos que garantissem a isonomia entre os participantes e que diminuíssem as possibilidades de arranjos entre agentes corruptos do mercado e do estado. Todavia, já no século XXI, a tecnologia possibilita inúmeros procedimentos e outros arranjos para o alcance dessas finalidades. Dessa forma, considerando acervo tecnológico atual, devido aos custos e prazos envolvidos nesse processo, a exigência da instauração de disputa específica para toda e qualquer contratação não mais se justifica.

Esse processo de contratação é custoso inclusive para as empresas interessadas em contratar regularmente com o Estado, que devem manter estruturas para execução de atos burocráticos de disputa licitatória, o que é convertido em custos a serem repassados ao cliente, contrariando, dessarte, um dos objetivos da licitação que a obtenção do melhor preço. Nesse sistema, a licitante que não contrata regularmente com o Estado tem dificuldade para participar de processos licitatórios, devido à *experti-*

13 “A Nova Lei de Licitações, Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, fez uma opção que recebeu muitas críticas de diversos autores por utilizar muito do regime anterior, com alterações que, de certa forma, consolidam regras que passaram a fazer parte do ordenamento jurídico após a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, tais como a da Lei do Pregão e do Regime Diferenciado de Contratação, bem como que incorporam importantes inovações no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei do Processo Administrativo da União, da Lei de Liberdade Econômica e das alterações à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Entendem esses autores que se perdeu a oportunidade de se criar um novo modelo de licitações e contratações que rompesse as amarras com o passado, deixando para trás um sistema que se notabilizou pela demora e emperramento da Administração Pública.” (FIGUEIREDO, 2021).

se exigida dos interessados e, até que seja efetivamente instalado o PNCP, devido à pulverização dos locais em que há a divulgação dos editais.

O tempo e os custos gastos na licitação podem ser reduzidos pela adoção de procedimentos tecnológicos e pelo compartilhamento de atos oficiais entre os entes públicos. O compartilhamento de atos administrativos possibilita que o ato praticado por determinado ente possa ser aproveitado por outros órgãos públicos evitando sua reiterada execução por diversos órgãos e em cada contratação.¹⁴

Ao se inserir a tecnologia nas contratações públicas, as possibilidades são infinitas. Por exemplo a pré-qualificação de bens (art. 80, II) ou do catálogo eletrônico padronizado (art. 19, II) podem ser concebidos com o uso da tecnologia para diminuir os custos e prazos do processo, no que tange às compras de bens comuns. Esses dispositivos podem ser regulados de forma a criar plataforma nacional para cadastro de bens comuns a serem adquiridos pelos entes públicos e de fornecedores interessados em vender para a Administração Pública.

Para tanto, basta que a União Federal desenvolva uma plataforma virtual que permita aos entes interessados adquirir os bens nela cadastrados, ou pode ser usado o PNCP, na forma da citada proposta do Deputado Daniel Soranz. Devido à sua condição de maior consumidora e à sua atuação nacional, o gerenciamento e uso do sistema pela União Federal já garante a adesão do mercado, amplia os benefícios da economia em larga escala e incrementa a nacionalização das compras. Em função da autonomia federativa, a adesão pelos demais entes não deve ser obrigatória, contudo, deve-se vedar a aquisição de bens por preço superior ao disponível na plataforma para determinado local do país.

Em relação às licitantes, o cadastramento na plataforma deve substituir a habilitação.¹⁵ Atribuindo-se ao gerenciador da plataforma a responsa-

¹⁴ Essa é uma possibilidade que se vislumbra para a vedação de marca ou produto nas contratações, conforme exposto no item 3.2.

¹⁵ A habilitação na plataforma e a retirada da disputa de empresas que não cumprem os requisitos traz benefícios para o poder público contratante e para as licitantes, já que uma vez inserida a documentação não há necessidade de promover nova junta- da em cada processo. No máximo, exige-se que a licitante substitua os documentos

bilidade pela análise dos requisitos de habilitação das licitantes no cadastramento, torna-se desnecessária a existência de fase autônoma para esse fim, bastando ao agente estatal retirar a prova de regularidade na própria plataforma, conforme estabelecido na fase interna do processo de contratação.

Posteriormente ao cadastro de licitantes ou com base no registro cadastral unificado, seriam cadastrados na plataforma itens comuns a serem adquiridos pelos entes públicos. A inserção dos itens pode ser feita a partir de demandas dos entes interessados ou do conhecimento de bens comuns no mercado com base em cadastros já existentes ou do catálogo eletrônico.

Cadastrados os itens, as licitantes interessadas podem ofertar preço para cada um deles, indicando a marca, os quantitativos disponíveis, locais de disponibilidade; prazos de entrega para cada região; custos de frete para as diversas localidades, cujo valor será inserido automaticamente no preço final; entre outras informações relevantes.

Sendo permanente a oferta, uma vez finalizada a fase interna da contratação, o ente público, por meio da plataforma, adquire o bem pelo critério do menor preço. A escolha do fornecedor não é feita nem pelo poder público, nem pelo agente do mercado, mas pelo sistema de inteligência artificial da plataforma que deve automaticamente selecionar a proposta com menor preço final no momento determinado pelas regras de funcionamento do sistema.¹⁶

Embora esse sistema seja usual no mercado, sua adoção pela Administração demanda o cumprimento de alguns requisitos. O primeiro requisito é a inversão da lógica estabelecida em relação ao sigilo das propostas transferindo o sigilo para o proponente. Diversamente da realida-

que estiverem vencidos. A tecnologia atualmente disponível permite a automatização com a busca de documentação de habilitação jurídica, fiscal e trabalhista, diretamente nos sítios eletrônicos dos órgãos emissores desses documentos, com a possibilidade de suspensão automática em caso de irregularidade. As limitações para execução desse sistema automatizado não são tecnológicas, mas econômicas e administrativas, devido às dificuldades, especialmente dos municípios menores de inserirem os dados em um sistema unificado.

16 Na prática, o agente público seleciona por meio de filtros na plataforma os produtos que pretende contratar. A escolha dos filtros decorre de escolhas justificadas na fase interna e constantes no respectivo processo de contratação.

de dos séculos XIX e XX em que as empresas eram poucas e todas conhecidas entre si, a realidade do século XXI, com a diminuição das distâncias e informatização das relações, é outra.

O avanço dos transportes e das telecomunicações permite que empresas situadas em qualquer parte do Brasil possam enviar seus produtos de forma efetiva para qualquer lugar do mundo. Nesse contexto, para diminuir os conflitos de interesse, mais importante que proteger o preço ofertado pelas licitantes é proteger a identidade da proponente. Ademais, neste momento, ao Estado não interessa a titularidade do autor da proposta, apenas o preço e o produto em si.

O preço de venda para bens comuns deve estar sempre disponível *on line*, garantindo às licitantes cadastradas, em qualquer momento, o direito de atualizar e alterar seus preços. Para obtenção da proposta de menor preço, a plataforma deve demonstrar os preços vigentes, permitindo consulta atual e dinâmica de forma que o preço mostrado é real e não é estimado.

A plataforma ainda deve garantir às licitantes cadastradas, aos órgãos de controle e ao público em geral amplo controle e transparência sobre os preços de venda de produtos. Pode-se ainda exigir das licitantes a demonstração de que os preços praticados na plataforma pública são os mesmos por ela praticados no mercado privado, ***nas mesmas condições***. Evidentemente, será necessária a evolução para estabelecer garantias adicionais já consagradas no mercado, por exemplo, o pagamento prévio na plataforma antes do envio do produto, de forma similar ao que ocorre atualmente nas plataformas privadas de compras.

Esse sistema apenas simplifica a fase da disputa da licitação (fase externa) e não constitui substituto da fase interna da contratação. Permanecem inalterados, os deveres do agente público quanto ao cumprimento dos requisitos prévios da contratação, isto é, a correta determinação da demanda com discriminação dos requisitos do objeto, o quantitativo com as respectivas justificativas para aquisição e demonstração da disponibilidade orçamentária, análise jurídica prévia do processo, entre outros.

3.2. Concretização dos fins da Licitação com uso da Tecnologia

O estabelecimento de procedimento nesses termos possibilita a concretização dos fins da licitação, especialmente o estabelecido no inciso I do art. 11 da NLLC, segundo o qual a licitação tem por finalidade “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”.

Além da obtenção de preços mais vantajosos devido ao aumento da concorrência que passa a ser nacional, esse sistema também garante a diminuição dos prazos devido à supressão de procedimentos atualmente previstos para as contratações. A redução dos prazos da fase externa decorre da oferta contínua, bastando ao ente público efetivar a compra na plataforma conforme critérios definidos no processo interno de compra. Sob o aspecto procedural, a retirada de complexos atos administrativos tais como a elaboração e divulgação de editais, habilitação; disputa de lances; reduzem não apenas os prazos, como ainda os custos com estrutura administrativa além de tornarem o procedimento mais simples.¹⁷

Questão a ser debatida é a necessidade de divulgação prévia da data de aquisição pela Administração. Entende-se que a definição de data e horário para aquisição por cada ente não deve ser a regra, sob pena de o preço divulgado na plataforma ser apenas indicativo, deixando as licitantes para fixarem os reais valores após oferta específica, o que ainda pode levar à perda do anonimato no processo de compra. A aquisição deve ocorrer pelo menor preço mediante divulgação na plataforma de uma espécie de “contratações do dia”, com horário para encerramento, no qual se mesclam demandas de entes diversos a partir de itens e não de compradores.

17 “Além dos inconvenientes causados pelo atraso na entrega do bem, da obra ou do serviço, a morosidade pode causar prejuízos à Administração, porquanto uma licitação lenta consome mais recursos públicos, seja pelos custos com a remuneração dos servidores envolvidos na licitação, seja pela possibilidade de ser necessário re-fazer projetos. A morosidade, portanto, afeta dois pilares da eficiência: o custo e a rapidez do processo licitatório.” (CAMARA, 2021).

A oferta feita na plataforma deve vincular a licitante, ou seja, há disposição de venda naquelas condições independentemente do adquirente. A inserção da demanda na plataforma também vincula o comprador, independentemente do ofertante.

Permite-se ainda a redução de estrutura em empresas privadas, pois, atualmente, para cada contratação, a licitante deve consultar editais, inserir preços, participar de disputa que pode demorar horas, enviar documentação específica, etc. Essa menor formalidade no processo e o uso de um sistema automatizado amplia a concorrência, permitindo que mais empresas participem da disputa.

A plataforma ainda possibilita o descadastramento nacional de marcas e produtos que não atendam padrões mínimos de eficiência. Neste aspecto, uma das inovações da NLLC é a previsão de exclusão de produtos com padrões insuficientes de qualidade dos rótulos a serem ofertados ao poder público.¹⁸

Todavia considerando a segmentação típica da estrutura administrativa nacional, a lei não permite que o processo de vedação de marca ou produto feito por um ente seja aproveitado pelos demais. Diante dos avanços atuais, exigir que cada ente federado promova individualmente análise para exclusão de seus cadastros de marca ou produto comprovadamente imprestável constitui desperdício de valorosos recursos públicos, devendo ser rejeitado em função da eficiência.

O estabelecimento de plataforma nacional permite que marcas produtos que não cumprem suas funções mínimas sejam descadastrados nacionalmente aproveitando a diversos entes. A análise da qualidade do produto deve ser feita em processo contraditório pelo gerenciador do sistema com participação do órgão público denunciante e outros entes que adquiriram o bem, evitando que outros órgãos sofram prejuízo pela aquisição de bem que já se mostrou imprestável.

18 “Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente: [...] III - vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual [...].” (Lei 14.133/2021).

O tratamento isonômico e a justa competição (art. 11, II, da NLLC) seriam efetivados com a criação de espaço impessoal de negociação. Esse espaço tem mais efetividade na concretização da impessoalidade que o atendimento de rigorosas normas administrativas procedimentais atualmente existentes. Isso porque o espaço virtual protegido pelo anonimato e pelo sigilo prévio dos contratantes diminui as relações diretas entre as partes envolvidas na contratação, que passa a ser intermediada por terceiro impessoal.

Garante-se ainda o cumprimento do disposto no inciso III do art. 11 da NLLC, segundo o qual constitui finalidade da licitação “evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente ineqüíveis e superfaturamento na execução dos contratos”. A plataforma facilita o controle de preços contratados já que permite a comparação entre preços ofertados e contratações efetivadas de maneira real, constituindo-se em parâmetro seguro para apurar o valor de mercado.

Em relação à orçamentação na fase interna da contratação, os preços constantes na plataforma podem ser usados para definir valores reais de contratação no mercado público e não meras expectativas desvinculadas do mercado. O acesso a preços de aquisições feitas por diversos entes passa a ser viabilizado em tempo real, de forma fácil e acessível detectando-se facilmente divergências. Esses parâmetros podem ser usados pelos órgãos de controle para fiscalização de superfaturamento, pelos diversos órgãos no planejamento de suas compras ou ainda como orçamentação prévia.

O sistema ainda viabiliza o cumprimento do objetivo previsto no inciso IV do art. 11 da NLLC, qual seja, “incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável”. Uma plataforma nacionalmente unificada para compras governamentais permite a integração nacional ao facilitar que empresas de todo o país vendam seus produtos nacionalmente.

Qualquer empresa que atenda aos requisitos estabelecidos na lei e os requisitos de habilitação, poderá vender os seus produtos para qualquer entidade da administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios em ambiente único. Facilita aos interessados a busca de negócios públicos vantajosos e aumenta a concorrência,

o que se traduz não apenas em ganhos econômicos para o poder público, mas também em ganhos sociais. O sistema unificado facilita a garantia de reserva de mercado para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, estabelecendo automaticamente as compras destinadas a elas.

Outra vantagem é o controle da vedação de participação de empresas declaradas inidôneas ou impedidas de licitar ou contratar com o poder público, já que é possível automatizar o acesso a plataforma impedindo que empresas nessa condição participem dos processos. A tecnologia permite o cruzamento de dados da plataforma como CEIS e demais sistemas de expedição das documentações de habilitação, permitindo até mesmo o descadastramento automático de empresas que deixem de cumprir os requisitos legais.

Por fim, pode-se incrementar a transparência e controle das licitantes ao permitir que os cidadãos e concorrentes apresentem ao gerenciador da plataforma eventuais usos abusivos da personalidade jurídica para fugir de penalidades administrativas que recaem sobre suas empresas.

CONCLUSÕES

Embora a NLCC não tenha promovido a quebra de paradigmas com a inserção da tecnologia de forma acentuada no processo de contratação pública, muitos avanços aconteceram nesse sentido, devendo-se destacar a criação do PNCP. Contudo, no geral, o procedimento previsto pela NLLC decorre sistema anterior com muitas fases e formalismos que caracterizam um processo moroso e extremamente formal.

Para diminuir a morosidade e engessamento da licitação, é necessário modernizar o procedimento, descartando algumas as formalidades que não estão vinculadas ao alcance dos fins do procedimento e inserindo a tecnologia na realização de suas fases. Concluiu-se que é necessário o incremento do uso da tecnologia para automatizar atos atualmente executados manualmente pelos agentes públicos e para permitir o aproveitamento de atos entre os órgãos públicos, de forma a reduzir o tempo, os custos e as falhas no processo. Para tanto será necessário repensar alguns

aspectos formais que mais emperram do que solucionam os problemas existentes e a adoção de uma mentalidade típica do século XXI para inserir a tecnologia como meio de efetivar as contratações públicas.

Uma das formas de avançar nesse sentido é o estabelecimento de contratação pública por meio plataformas *on line* para compras instantâneas, como já existe atualmente no mercado privado. Essa mudança encontra-se conectada com todos os fins da licitação, permitindo reduzir os custos de aquisição, os custos internos e os prazos do processo de contratação, e ainda garante a isonomia, amplia o controle sobre o preço e efetiva a inovação no processo.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Jandeson da Costa; KHOURY, Nicola Espinheira da Costa; MACIEL, Francismary Souza Pimenta. Aspectos hermenêuticos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 147, Brasil Ano 52 Jan-Jun-2021, p. 12-20. Disponível em <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/94>> Acesso em 22/03/2023.

CAMARA, Rafael Rodrigues Pessoa de Melo. Aspectos Gerais da Nova Lei de Licitação e Contratação Pública, *in* ROCHA, Wesley; VANI, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli (org.). *A nova lei de licitações*. São Paulo, Almedina. 2021.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de Infrações Administrativas e Recursos em Licitações e Contratos Administrativos *in* ROCHA, Wesley; VANI, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli (org.). *A nova lei de licitações*. São Paulo, Almedina. 2021.

FORTINI, Cristiana. Contratos de prestação continuada na nova Lei de Licitações e Contratos. *Consultor jurídico*, publicado em 8 de abril de 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-08/interesse-publico-contratos-prestacao-continuada-lei-licitacoes>>. Acesso em 16/04/2023.

FORTINI, Cristiana; AVELAR, Marina Magalhães. O direito administrativo sancionador: considerações sobre o PL 4253/20 e a futura lei de licitações. *Observador*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 10, p. 1-10, 2021.

vatório Nacional da Nova Lei de Licitações, atualizado em 05/02/2022. Disponível em <<https://www.novalelicitacao.com.br/2021/01/20/o-direito-administrativo-sancionador-consideracoes-sobre-o-pl-4253-20-e-a-futura-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em 16/04/2023.

FORTINI, Cristiana; BRAGAGNOLI, Renila. O acórdão 1875/21 do TCU e os parâmetros para pesquisas de preços na Lei 14.133/21. *Consultor Jurídico*, publicado 30/09/ 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-set-30/interesse-publico-acordao-187521-tcu-pesquisas-precos-lei-1413321>>. Acesso em 16/04/2023.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte, 9^a ed. Del Rey, 2022.

MOURÃO, Licurgo; SHERMAM Ariane; BUENO, Mariana. Contratos Administrativos e as Prerrogativas da Administração Pública na Lei n. 14.133/2021 *in* ROCHA, Wesley; VANI, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli (org.). *A nova lei de licitações*. São Paulo, Almedina. 2021.

NARDONE, José Paulo. Desafios e oportunidades do primeiro ano da nova Lei de Licitações e Contratos. *Portal do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. 2022. Disponível em <<https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-desafios-e-oportunidades-primeiro-ano-nova-lei-licitacoes-e-contratos>>. Acesso em 10/04/2023.

NIEBUHR, Joel. Capítulo 4. Fase preparatória. *in* NIEBUHR, Joel (org) *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. al. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 283p.

SILVA, Maria do Carmo de Sousa; SCHRAMM, Gercina Maria Rodrigues; SOUZA, Helano Batista de; SOUSA, Horácio Luiz de. Pregão eletrônico: *A economia proporcionada por essa modalidade de licitação nas contratações de serviços de uma instituição federal de ensino superior*. 2018. Disponível em: <https://admpg.com.br/2019/anais/2018/arquivos/06032018_230605_5b14a4e1daed4.pdf>. Acesso em: 15/04/2023.

WIKIPEDIA. Verbete Mercado Livre. Disponível em <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Mercado_Livre_\(empresa\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Mercado_Livre_(empresa))>. Acesso em 08/04/2023.

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: O MOVIMENTO REGENERATIVOS DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Tatiana Camarão¹

I. A GOVERNANÇA DAS ORGANIZAÇÕES E A PROMOÇÃO DE CONTRATAÇÕES EFICIENTES, EFETIVAS E EFICAZES

A Lei nº 14.133 traz na sua essência o comando de que a alta direção das organizações públicas é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, com o propósito de avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e respectivos contratos para que sejam alcançadas contratações eficientes, efetivas e eficazes².

Essa ação mandatória tem o firme propósito de fazer com que as contratações alcancem os objetivos elencados no artigo 11 da Nova Lei. São eles:

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1993) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), Vice-presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo – IMDA, professora da pós-graduação da PUC/MG. Palestrante e instrutora de cursos de capacitação.

2 Essa é a dicção do art. 11 da Lei nº 14.133/21.

- a) assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- b) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- c) evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- d) incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável;
- e) promover um ambiente íntegro e confiável;
- f) assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias;
- g) promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Nota-se, como ensina a nossa homenageada, professora Cristiana Fortini, a ideia de governança está enraizada na Lei nº 14.133/21 e tem como finalidade que as aquisições agreguem valor ao negócio do órgão e entidade pública com riscos aceitáveis³. Ainda é possível encontrar na Nova Lei vários dispositivos da atuação da gestão voltados a bons resultados e qualidade da prestação do serviço à sociedade⁴, ressignificando a direção dada pela Lei nº 8.666/93 que, por sua vez, tinha no cerne da sua preocupação a etapa de operacionalização do processo e, portanto, focou no cumprimento formal da tramitação processual.

Nesse contexto e para a perfeita compreensão dos avanços da Nova Lei, torna-se importante assimilar as práticas que visam incrementar o desempenho das contratações nas organizações e que se encontram dispersas no texto da Lei.

3 Recomendamos leitura da Resolução nº 347, de 13 de outubro de 2020.

4 A OCDE (p. 17, 2020), tecendo considerações sobre o tema, afirma: “A boa governança pública consiste nas regras, procedimentos, práticas e interações formais e informais dentro do Estado, instituições não estatais e cidadãos, que enquadram o exercício da autoridade pública e a tomada de decisões no interesse público.” Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/policy-framework-on-sound-public-governance_c03e01b3-en#page1>.

II. DOS PROCESSOS DO TRABALHO DE CONTRATAÇÃO

Um dos pontos mais importantes para fixação das atribuições, competências e prazos para práticas dos atos do processo licitatório é a elaboração e implementação do portfólio de processos de contratações⁵. Algumas organizações sofrem com a falta de processos de contratação sistematizados.

É essencial definir as etapas do processo licitatório, os atos que deverão ser praticados, os atores que movimentarão essa engrenagem interna e os documentos a serem produzidos. Se não for implementada e padronizada a tramitação do processo e matriz de responsabilidade na organização, o fluxo de documentos fica desbussolado, o retrabalho torna-se regra e os desperdícios com tempo, recursos e hora técnica dos servidores e colaboradores se tornam comum.

São várias as vantagens que se tem quando a organização mapela seus processos e divulga os fluxos padronizados para conhecimento, implementação e execução por todas as áreas, a saber: visão sistêmica do processo; identificação das áreas e definição de papéis e responsabilidades; padronização dos documentos; fixação de prazos e redução de tempo de tramitação; relocação de servidores; eliminação de possíveis gargalos e desperdícios; otimização do fluxo; e melhoria da comunicação.

Do mesmo modo, quando se tem a visão do processo na sua integralidade e identificação dos gaps, torna-se possível fazer a calibragem e redesenho do trâmite, com o propósito de melhoria de desempenho e aperfeiçoamento, medida que vai ao encontro do comando da inovação previsto no art. 11, inciso IV, da Nova Lei.

Um bom método a ser adotado na implementação dos processos de trabalho das contratações é o *benchmarking*, o qual deve ser realizado com outros órgãos e entidades públicas, comparando o desempenho de processos já estruturados, levantando as melhores práticas e identificando *bugs* que devem ser evitados. Depois de implantados e postos em execução os fluxos, é necessário que estes passem por revisões contínuas, por meio de melhorias incrementais.

5 Art. 28 da Lei nº 14.133/21.

Partindo da premissa que a busca da proposta de melhor resultado é objetivo das contratações previsto no art. 11, inciso I, da Nova Lei, torna-se obsoleto a adoção de processos de trabalho tradicionais baseados nas lógicas tecnocrata e cartesiana, com fluxos estruturados de forma rígida e compartmentalizada, prática comum entre os servidores de atuar em silos, sem interação e colaboração. Esse modal ortodoxo rotineirizado de forma segmentada e insulado pela burocracia de cada área deve ser substituído pela arquitetura organizacional integrada, com a formação de equipe multifuncional, principalmente na fase preparatória dos processos licitatórios⁶. Enfim, o “sempre foi feito desse modo” abre espaço para um modelo de trabalho interativo.⁷

Reclamações dos dirigentes com relação a prazos alongados de conclusão de uma licitação, custos transacionais elevados e o impacto negativo da burocracia documental, são frequentes. A propósito, ressalta Guilherme Horn “os profissionais de uma empresa não podem se acostumar com nada disso, não podem ficar insensíveis a essas coisas”⁸, reproduzindo modelos esgotados.

A título de ilustração, alguns órgãos públicos, definem que a área requisitante tem a atribuição de elaborar o Termo de Referência sem interrelação com os demais departamentos, prejudicando o levantamento das informações essenciais que circundam a contratação. Daí decorre o movimento “sanfona”, isto é, o “vai e volta” dos processos para correção. Muito embora os servidores estejam habituados, familiarizados, com essa rotina, ela não se apresenta satisfatória, visto que as unidades administrativas devem ser tratadas, pensadas, de forma integrada e na sua inteireza.

Sobre o tema acima, cumpre esclarecer que alguns normativos estabelecem essa adaptação das organizações à contemporaneidade, com

6 Sobre o tema, sugerimos leitura do livro “Gestão do amanhã: tudo o que você precisa saber sobre gestão, inovação e liderança para vencer na 4^a. Revolução Industrial”. MARGALDI, Sandro; NETO, José Salibi. São Paulo: Editora Gente, 2018, p. 148.

7 Como alerta Guilherme Horn: “os profissionais de uma empresa não podem se acostumar com nada disso, não podem ficar insensíveis a essas coisas”.

8 HORN, Guilherme. O *mindset* da inovação: a jornada do sucesso para potencializar o crescimento da sua empresa. São Paulo: Editora Gente, 2021, p. 22.

a previsão de interação e colaboração entre as áreas para cocriarem os documentos. Vejamos.

O art. 8º, da IN SEGES ME 81/22, prevê que o Termo de Referência será elaborado conjuntamente por servidores da área técnica e requisitante ou, quando houver, pela equipe de planejamento da contratação.

No mesmo sentido, a Resolução CNJ nº 468/22, que dispõe sobre diretrizes para as contratações de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos órgãos submetidos ao controle administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Justiça, previu, no art. 7º, que a fase de planejamento da contratação será coordenada por uma equipe de planejamento da contratação, formalmente designada pela autoridade competente e composta pelo demandante e pelos setores técnico e administrativo do tribunal ou conselho, com atribuições descritas no Guia de Contratações de STIC do Poder Judiciário.

Pois bem, os novos normativos recomendam a instituição da equipe de planejamento multifuncional para cocriar os documentos da fase inicial da licitação.

Lado outro, essa colaboração das áreas se estende a outros atores do processo licitatório. Cite-se, a propósito, a atuação do agente de contratação, a qual, dentre outras características, deve ser colaborativa, por meio do acompanhamento e impulsionamento da licitação, do certame até a homologação⁹.

Neste ponto, há que se observar que a contribuição do agente de contratação para a equipe de planejamento não viola o princípio da segregação de funções, pois não participa da decisão tomada pelos integrantes da equipe de apoio, mas, apenas e tão-somente, colabora com quem assume o constructo da fase preparatória, evitando as recidivas de erros e ilegalidades. Cumpre destacar, ainda, que segregar não é insular as áreas e ilhar as equipes. A interação das áreas é vital para as organizações públicas que poderão levantar as informações essenciais para o alcance dos resultados esperados.

9 Art. 8º da Lei nº 14.133/21.

Enfim, o redesenho de processos de trabalho com modal clássico e ultrapassado para o modelo com interação entre as áreas não é mera perfumaria, pois o insulamento das áreas é prejudicial para o resultado da organização. Por isso, as mudanças estruturais prestigiando processos de trabalho, nos quais as áreas interagem, se retroalimentam de informações e cocriam, é uma diretriz da Nova Lei que deve ser observada por todas as organizações públicas.

III. DA GESTÃO POR COMPETÊNCIA NOS PROCESSOS DE TRABALHO

Com o mapeamento dos processos de trabalho é necessário que as escolhas dos agentes públicos que atuam na engrenagem das contratações sejam pautadas pelo conhecimento técnico, habilidades comportamentais, aptidão e eticidade.

O texto do novel diploma enfatiza pontos importantes que a alta direção deve ater-se quando do exercício de seu papel de dar concretude as práticas de liderança, como as medidas de integridade voltadas aos agentes públicos (art. 7º, III e § 1º; art. 9º); a gestão por competência (art. 7º, I e II) e a matriz de responsabilidade (art. 8º); a segregação de funções (art. 7º, § 1º); o plano de capacitação (art. 18, § 1º, X; art. 169, § 3º, I; art. 173); e a definição de funções (art. 8º, § 3º e 4º).

Portanto, faz-se necessário que os gestores façam, previamente, a identificação das competências-chave e das funções a serem executadas, assim como tenham claro o constructo dos processos de trabalho, a definição de papéis e responsabilidades e o tempo necessário para o desempenho das funções. Com isso, é possível verificar se há profissionais nos quadros da entidade com a expertise exigida ou, havendo lacuna em termos de qualificação, que se providencie investimento em treinamento e desenvolvimento de competências do quadro existente, ou que se recorra aos processos de recrutamento e seleção. Cumpre lembrar que a Nova Lei traz como propósito das contratações a inovação e sustentabilidade,

temas atuais e essenciais, os quais exigirão dos agentes públicos conhecimento e capacitação também nessas temáticas.

IV. OS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO E A NECESSIDADE DE AVALIAR, DIRECIONAR E MONITORAR PARA O ALCANCE DA EFICIÊNCIA, EFETIVIDADE E EFICÁCIA DAS CONTRATAÇÕES

A Nova Lei é mandatária com relação à implementação da governança das contratações, responsável por estabelecer a direção a ser tomada, com foco em evidências e resultados, com o propósito de atender à missão da organização e ao interesse público para o qual foi criada.

Com efeito, para efetividade desse constructo do sistema de governança é inevitável que as organizações estabeleçam estruturas e instâncias internas destinadas aos propósitos e finalidades de avaliar e monitorar as diretrizes, planos e políticas definidos como estratégicos. Não é possível aferir os indicadores e metas, tampouco o atendimento dos objetivos estabelecidos se não forem implantadas as instâncias responsáveis pelo direcionamento, monitoramento e avaliação¹⁰.

Ocorre que as organizações sofrem com a falta de monitoramento dos resultados e evidências para a tomada de decisão, e uma das razões para essa realidade nefasta é a ausência na Lei nº 8.666/93 de menção a essa etapa importante das contratações. Não faz sentido a área das contratações adotar processos perfeitos se não há o monitoramento dos resultados. O monitoramento por meio da análise de dados e evidências coletados e a verificação de riscos são insumos essenciais e apropriados para orientar a condução da entidade e avaliar a estratégia organizacional. Na contramão dessa boa prática de governança, as auditorias do Tribunal de Contas de União trouxeram à tona um panorama que demonstra, clara-

10 No processo nº TC 029.083/2019-2, o TCU reconhece que uma das falhas da governança nas organizações decorre das fragilidades no processo de tomada de decisões, quer pela falta de estudos robustos que as justifiquem, quer pela pouca transparência e diálogo com os principais agentes setoriais na condução do processo decisório.

mente, algumas barreiras e fraquezas na indicação¹¹, acompanhamento e supervisão de indicadores e resultados que merecerão mudanças basilares e novas estruturações de aprimoramento nas organizações públicas.

Essa governança clara e objetiva, torna-se fundamental, em especial, para as contratações. Como retroalimentar o sistema se não há resultados apurados? Como identificar se é o caso de estudar novas soluções, se as que estão vigentes não têm avaliação acerca de suas métricas? Como estabelecer medidas estratégicas e assertivas, se não há dados e riscos apurados? Enfim, há uma série de melhorias com relação ao monitoramento que devem ser implementadas. A propósito, sugere-se que os órgãos e as entidades públicas invistam em capacitação e se unam na busca de melhores formas de enfrentamento dos desafios, em um trabalho colaborativo de envergadura, que começa com o interesse e a disponibilidade para troca de experiências e de boas práticas, pois essas relações interinstitucionais são excelentes instrumentos para a melhoria na qualidade regulatória.

Portanto, há que investir-se na mudança desse contexto. Sem informações, resultados, investigações, métricas, como é possível elaborar orçamento, planejamento estratégico, plano de logística sustentável, plano anual de contratações, plano de obras, plano de tecnologia da informação, ou seja, documentos que orientam as contratações? Como aferir se os resultados esperados das contratações estão sendo atendidos? Qual o reporte da sociedade acerca dos serviços prestados?

A Nova Lei de Licitações e Contratos deu ênfase a esse levantamento de informações iniciais como substrato para o monitoramento final por meio do Estudo Técnico Preliminar¹². Ou seja, o ETP se destina a identificar e analisar a necessidade projetada pela unidade administrativa ao realizar seu Planejamento Estratégico, Plano de Logística Sustentável

11 No processo TC nº 011.574/2021-6) foi consignado que: “279. Quanto ao indicador GestContrat, apesar da evolução para melhor (figura 82), ainda é alto o percentual de organizações no estágio inicial no que diz respeito à adoção de métricas objetivas para mensuração de resultados do contrato e vinculação da remuneração da contratada ao desempenho apresentado: 40% (figura 81, coluna 4361)”.

12 A definição do ETP encontra-se no art. art. 6º, inciso XX, da Lei nº 14.133/21.

e Plano Anual de Contratações, buscando evidenciar o problema a ser resolvido, assim como as soluções possíveis, com fins de avaliar as informações necessárias para subsidiar o respectivo processo de contratação.

Nesse contexto, o art. 18, § 1º, IX, da Lei nº 14.133/21, define que um dos requisitos do Estudo Técnico Preliminar – ETP é a demonstração do objetivo a ser alcançado com a contratação, tomando para avaliação os aspectos de economia gerada e o aproveitamento de pessoas, materiais e recursos disponíveis. Esse item é fundamental, pois exigirá dos órgãos uma avaliação permanente e final dos resultados pretendidos com a contratação, com o propósito de retroalimentar o sistema. Lado outro, o Termo de Referência prevê no art. 6º, inciso XXIII, da Lei nº 14.133/21, como um de seus elementos, o modelo de gestão de contratos por meio do qual há que se definir os indicadores a serem considerados para o resultado das contratações.

Cumpre-se registrar que essas informações devem ser desenvolvidas de forma colaborativa e multidisciplinar, e para excelência da produção desse documento faz-se necessário, como dito anteriormente, a implementação de duas ações preparatórias e interdependentes: gestão por competência e plano de capacitação.

V. A GESTÃO DE RISCOS E AVALIAÇÃO DE SATISFAÇÃO DO SERVIÇO PARA TOMADA DE DECISÃO NOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO

Na Nova Lei, a gestão de riscos ganha um peso estratégico e é recomendada para utilização pela alta direção na busca, primeiramente, de diagnosticar e avaliar as atividades e processos que estão expostos aos riscos para, posteriormente, adoção de medidas de contingenciamento e controle. Essa ferramenta não pode ser tratada apenas, e tão-somente, como mero processo de identificação de falhas ou erros.

Segundo James Batista Vieira e Rodrigo Tavares de Souza Barreto, “a gestão de riscos legitima uma forma de processo decisório, baseada em evidências sobre os riscos que podem ser realizados por

qualquer ator competente para produzir uma avaliação de riscos de qualidade. Nesse contexto, a gestão de riscos e os problemas que a governança pública busca resolver estão inter-relacionados, pois a avaliação do risco orienta o entendimento sobre onde a intervenção pública é legítima. Essa relação estabelece uma orientação normativa sobre como as decisões coletivas devem ser tomadas, assim como ocorre no processo decisório das agências públicas”¹³.

Ocorre que essa ferramenta vital para a subsidiar a alta direção da organização ainda se encontra em grau de maturidade de implantação inicial ou intermediário. O TCU, em levantamento com várias organizações, diagnosticou essa realidade preocupante e merecedora da atenção dos dirigentes.

86. Preocupa, no entanto, o fato de que a gestão de riscos ainda se mostra frágil em mais da metade das organizações respondentes (51%, na figura 27, coluna 2110). A baixa maturidade nessa prática, afeta as demais, pois pode dificultar ou impossibilitar a avaliação, pelas instâncias internas de governança, sobre a adequabilidade do modelo de governança e gestão adotado. É um fator que limita saber se há controles desnecessários ou riscos não tratados. (TCU, TC nº 011.574/2021-6)

Depreende-se de tal leitura que as organizações devem investir em estruturas e processos voltados à gestão de riscos, visto que se trata de medida estratégica das organizações e que merece uma área responsável por verificar seu cumprimento¹⁴.

Com relação a essas medidas, a Nova Lei de Licitações e Contratos ratifica a necessidade da gestão de riscos do macroprocesso das con-

13 Vieira, James Batista Governança, gestão de riscos e integridade / James Batista Vieira, Rodrigo Tavares de Souza Barreto - Brasília: Enap, 2019. Pág. 109.

14 No processo TC nº 011.574/2021-6) encontramos o seguinte registro: 278. O indicador RiscoContrat (capacidade em gestão de riscos das contratações) acompanhou a evolução da prática de governança pública que aborda a gestão de riscos para toda a organização (2110), tratado na seção 3.3: houve melhora significativa comparando os resultados com os obtidos em 2018 (figura 80). Mas de forma semelhante ao apresentado na prática 2110, o cenário atual ainda revela baixa maturidade em gestão de riscos das contratações em 47% dos respondentes (coluna RiscoContrat, figura 79).

tratações e avaliação de riscos como procedimento a ser implementado na fase preparatória da licitação¹⁵.

Esse incremento, promovido pela Nova Lei, fortalece a análise preditiva, antecipando e prevendo os problemas de alto impacto e a probabilidade de ocorrência. Por isso, os gestores devem envidar esforços para que esse monitoramento seja perene nas organizações.

Por outro lado, a avaliação de resultado também foi prestigiada no novel diploma de licitações e contratos, visto que o art. 87, § 3º, prevê que “a atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, registrado seu desempenho qualitativo na execução contratual, sempre baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos. Também é parte desse documento, se for o caso, as eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada”. O mesmo artigo trata, ainda, de exigir que a anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado está condicionada à implementação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, o qual demonstra ser o contratado apto à realização do registro de forma objetiva. Ainda são quesitos dessa avaliação o atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

O art. 123, por sua vez, traz essa orientação de verificar a satisfação do serviço.

Art. 123. A Administração terá o dever de, explicitamente, emitir decisão sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos regidos por esta Lei, ressalvados os requerimentos manifestamente impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para a boa execução do contrato.

Parágrafo único. Salvo disposição legal ou cláusula contratual que estabeleça prazo específico, concluída a instrução do requerimen-

15 Art. 18 da Lei nº 14.133/21.

to, a Administração terá o prazo de 1 (um) mês para decidir, admitida a prorrogação motivada por igual período.

Feitas essas considerações, os órgãos e entidades públicas devem promover a avaliação interna para diagnosticar quais são as estruturas, processos e controles existentes, visto que, a partir dessa visão geral, é possível planejar as ações de adequação à Nova Lei. É certo que a matriz de responsabilidade e os fluxos processuais devem fazer parte de regulamento orgânico.

E o art. 144 ainda prevê que, na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, tendo como referência as metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no Edital de Licitação e no contrato.

Enfim, a verificação do resultado, qualidade e adequação do serviço entregue permite auxiliar no monitoramento da satisfação dos usuários e na efetividade das políticas e ações implementadas, verificando se os objetivos inicialmente pactuados estão sendo alcançados.

VI. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, destaca-se a necessidade de uma governança estruturada e exercida de modo natural no processo licitatório e de contratação para se cumprir todas as exigências não somente da Nova Lei, mas para tornar esses processos mais transparentes e, genuinamente, que visam ao bom funcionamento da coisa pública e que vão ao encontro dos anseios da sociedade.

Nesse contexto, mister se faz depreender que os processos de contratação devem passar por revisitações e aperfeiçoamentos. Não é simples e tampouco imediato executar, mas as decisões das organizações não podem mais ser tomadas desprovidas de evidências, pois é essencial que as escolhas e prioridades tenham a referência de dados e resultados apurados. Outrossim, o processo deve ser claro em seus fluxos, indicadores e metas e o seu monitoramento deve ser realizado de maneira siste-

mática e contínua, para proporcionar uma tomada de decisão mais estratégica, visto que será baseada em informações precisas e corretas. Dessa forma, permite-se a correção de desvios e identificação oportunidades de melhoria, orientando as ações e atividades próprias da função de gestão em prol do alcance da missão e dos objetivos definidos pela organização.

Resta evidente que as organizações têm que responder a esse desafio para o aprimoramento da governança nas contratações. O que não é possível aceitar são contratações ineficientes, atrasos nas contratações, decisões sem lastro em dados e evidências.

A sociedade anseia por melhores serviços. O caminho a seguir é único: ter uma boa governança dos processos licitatórios e de contratações que seja orientador e regulador. Posto isso, nos resta ratificar que a melhoria dos processos de contratações é vital, assim como a mudança de cultura no âmbito dos servidores públicos de modo geral e não somente dos envolvidos na compra ou contratação.

REFERÊNCIAS

HORN, Guilherme. *O mindset da inovação: a jornada do sucesso para potencializar o crescimento da sua empresa*. São Paulo: Editora Gente, 2021.

MAGALDI, Sandro; NETO, José Salibi. *Gestão do Amanhã: Tudo o que você precisa saber sobre gestão, inovação e liderança para vencer na 4ª Revolução Industrial*. 10ª. ed. São Paulo: Gente, 2018. 256 p. ISBN 8545202296.

OECD. *Policy Framework on Sound Public Governance Baseline Features of Governments that Work Well*. 2020. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/policy-framework-on-sound-public-governance_c03e01b3-en#page3>.

VIEIRA, James Batista. *Governança, gestão de riscos e integridade* / James Batista Vieira, Rodrigo Tavares de Souza Barreto - Brasília: Enap, 2019.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E A DESJUDICIALIZAÇÃO NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA

Sérgio Pessoa de Paula Castro¹

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo, assim como diversos ramos do Direito, passa por constantes modificações, e delas necessita, para se manter em compasso em relação às exigências das atividades estatais e do melhor atendimento ao interesse público e aos cidadãos; não obstante, é essencial que essas mudanças estejam em consonância com o arcabouço jurídico e democrático, de forma a garantir a proteção a tais relevantes interesses. Nessa esteira, assumem importância as discussões práticas e teóricas, como as elaborações a que a presente obra, com a qual nos honra colaborar, se propõe.

Nas devidas homenagens à Professora Cristiana Fortini, representante da Escola Mineira de Direito Administrativo²,

1 Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

2 A respeito, remetemos à obra por nós organizada em conjunto com o ilustre colega Onofre Alves Batista Júnior, a qual conta, dentre seus capí-

ressalta-se seu papel na docência e no exercício da Advocacia Privada e da Advocacia Pública, a cotejar as elaborações teóricas com os desafios que se apresentam à prática, de modo a apresentar soluções com o exato amparo jurídico e embasamento voltado à consecução das finalidades do Direito junto aos cidadãos.

À vista disso, e considerando as novas práxis que se colocam, face ao constitucionalismo tradicional, no Estado contemporâneo, pretendemos discutir, neste texto, tema urgente na prática da Administração Pública e que merece desenvolvimentos teóricos, a saber, a questão da desjudicialização. Nesse sentido, destacamos o entendimento de Fortini acerca dos métodos consensuais de resolução de controvérsias expresso no artigo *Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir*.

Nessa toada, o desenvolvimento da sociedade e a experiência administrativa demonstraram que a postura clássica da litigiosidade não é a mais acertada, abrindo portas para a autocomposição de conflitos também no âmbito da Administração Pública, solução que pode ser não só mais rápida, mas, também, mais condizente com o diálogo que torna toda e qualquer decisão mais legítima e democrática (FORTINI, 2021).

A partir dessas reflexões, buscamos realizar, nas páginas que se seguem, comentários relacionando as práticas voltadas à desjudicialização, sob a perspectiva da Advocacia Pública, à efetivação, sobretudo, do princípio constitucional da eficiência. Para tanto, abordaremos, no próximo tópico, questões sobre o mencionado princípio e a desjudicialização; e, a seguir, breves exemplos de práticas desjudicializantes no âmbito da Advocacia Pública da União e do Estado de Minas Gerais. Reforça-se, desde já, a importância do fomento a uma cultura de diálogo para que tais iniciativas, devidamente ancoradas pela legalidade e pelo interesse público, possam levar aos melhores resultados.

tulos, com texto de autoria da referida Professora: FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula (Org.). *Tendências e Perspectivas do Direito Administrativo: uma visão da Escola Mineira*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 253-265.

2. A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A DESJUDICIALIZAÇÃO

Conforme explanado por Daniela Mello Coelho Haikal (2000, p. 258-261), o Estado brasileiro se desenvolveu, inicialmente, com uma administração patrimonialista, sem o tratamento impessoal adequado à coisa pública. A partir dos anos 1930, esse paradigma passou para o de uma administração burocrática, a qual incorporou regras tendentes a evitar os problemas do período anterior, mas incorreu, por outro lado, em normativas, por vezes, excessivamente rígidas e engessantes, levando a resultados insatisfatórios e até mesmo à perda de legitimidade, posto que o funcionamento estatal e a tomada de decisões se mantinham distantes da participação e controle da sociedade. Diante dessas questões, foi proposta a reforma administrativa na década de 1990, com vistas ao modelo de administração gerencial, sendo este caracterizado:

[...] pela existência de formas modernas de gestão pública, modificando os critérios de aplicação do controle dos serviços públicos, as relações estabelecidas entre o Poder Público e seus servidores e alterando, também, a própria atuação da administração, que passa a enfatizar a eficiência, a qualidade e a efetiva concretização do regime democrático, mediante a participação mais intensa dos cidadãos (MELLO, 2000, p. 259).

Assim, a Exposição de Motivos Interministerial nº 49, de 18 de agosto de 1995, que culminaria na Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, apresentou, como um dos fins que se esperava alcançar com a reforma administrativa, “incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte”. Desta feita, além de medidas quanto à estruturação e organização administrativas e aos servidores públicos, a Emenda inseriu, como se sabe, no artigo 37 da Constituição da República³, o princípio da eficiência, acrescentando-o

³ CRFB/1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos prin-

aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, diretrizes norteadoras da atuação da Administração Pública de qualquer dos Poderes em todos os entes federativos. Também a Constituição do Estado de Minas Gerais, em seu artigo 13⁴, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 13 de junho de 2021, incorpora o princípio dentre aqueles a que se sujeita a Administração Pública.

No que diz respeito a seu conteúdo, ressalta o Professor e Procurador do Estado do Rio de Janeiro Alexandre Santos de Aragão (2012, p. 375) que tal princípio implica que o Estado “deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”. Complementa o autor que, a partir disso, o Direito não mais se ocupa somente da realização lógica de seus comandos, mas necessita também “aferir se esta realização lógica está sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade” (ARAGÃO, 2012, p. 376).

Na mesma linha, o Procurador do Município de Recife Bruno Santos Cunha aduz que, com a valorização do princípio da eficiência, é fortalecido o aspecto democrático da Administração Pública, favorecendo a concretização de direitos fundamentais, e observando que “são justamente esses resultados, como decorrência da eficiente atuação administrativa, que darão legitimidade à Administração no atual estágio constitucional” (CUNHA, 2012, p. 383). O autor encontra-se entre os doutrinadores que relacionam a eficiência ao direito à boa Administração, no seguinte sentido:

cípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

4 CEMG/1989: “Art. 13 – A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade. (Redação dada pela Emenda à Constituição nº 49, de 13/6/2001) § 1º – A moralidade e a razoabilidade dos atos do Poder Público serão apuradas, para efeito de controle e invalidação, em face dos dados objetivos de cada caso. § 2º – O agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade”.

Em tal quadrante, o Direito ganha papel de relevo como instrumento de promoção da qualidade da ação administrativa, estabelecendo vinculação jurídica à noção de boa administração, eis que inevitável o tratamento da qualidade administrativa como objeto e escopo do Direito Administrativo, com a sistematização, sobretudo a partir do princípio da eficiência, do direito fundamental à boa Administração. Assim, não só a ciência da administração, mas também o Direito deve se ocupar da qualidade da administração (CUNHA, 2012, p. 388).

Cabe ressaltar, ainda, conforme o profundo estudo sobre o princípio da eficiência administrativa levado a cabo pelo ilustre colega Onofre Alves Batista Júnior (2012), que, dentre seus aspectos básicos, encontram-se diversos elementos, como produtividade, economicidade, qualidade, celeridade e presteza, continuidade na prestação dos serviços públicos e desburocratização. Ademais, segundo lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018), trata-se de um princípio que pode ser visto, por um lado, como referente ao modo de atuar de cada agente público, e, por outro, à forma de organização e funcionamento da Administração Pública, sempre com o objetivo direcionado ao melhor resultado na prestação de serviços à população. Rumo a essa finalidade, encontram-se mecanismos como contratos de gestão, agências autônomas, organizações sociais, dentre outros (DI PIETRO, 2018).

A doutrina também reforça, como no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), a importância de se ter em mente os demais princípios constitucionais quando da aplicação da eficiência, não se interpretando esta de modo isolado. Como destacado pelas citações acima colacionadas, é princípio também voltado à efetivação de direitos e do Estado democrático, podendo ser plenamente integrado à execução do ordenamento.

Nesse sentido, cumpre mencionar a inclusão, pela reforma do Judiciário, com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, no artigo 5º da Constituição da República⁵, do direito fundamental

5 CRFB/1988: "Art. 5º. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)".

à razoável duração do processo e à celeridade processual, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo. De se notar, a partir disso, a relação pertinente quanto ao princípio anteriormente exposto.

É nesse tocante que se apresenta a importância da desjudicialização, elemento apto, a um só tempo, a solucionar demandas de modo mais célere, a favorecer a razoável duração processual judicial e administrativa e a assegurar a prestação de direitos, em consonância à eficiência.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI nº 2.922 Rio de Janeiro, com acórdão datado de 3 de abril de 2014, evidenciou a desjudicialização, considerando constitucional Lei Estadual que disciplinava a homologação judicial de acordo anteriormente firmado com interveniência da Defensoria Pública em matéria de prestação de alimentos. O STF consignou que a legislação não incorria na matéria de Direito Processual Civil, reservada à União, versando tão somente sobre procedimento, e frisou que a regulação sobre os procedimentos permite que os Estados passem a ser “partícipes importantes no desenvolvimento do direito nacional e a atuar ativamente na construção de possíveis experiências que poderão ser adotadas por outros entes ou em todo território federal”. Ao fim, expressou a pertinência do tema à desjudicialização, posto que a assistência extrajudicial da Defensoria “permite a orientação (informação em direito), a realização de mediações, conciliações e arbitragem (resolução alternativa de litígios), entre outros serviços, evitando, muitas vezes, a propositura de ações judiciais”.

Mais recentemente, na ADI nº 2.160 Distrito Federal, com acórdão de 1º de agosto de 2018, a Corte versou sobre as Comissões de Conciliação Prévia inseridas na Consolidação das Leis Trabalhistas pela Lei Federal nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, estabelecendo em interpretação conforme que não se trata de mecanismo obrigatório, mas indicando sobremaneira sua importância ao fazer constar na redação do acórdão que, conquanto não essencial para o ajuizamento de reclamação trabalhista, “a legitimidade desse meio alternativo de resolução de conflitos baseia-se na consensualidade, sendo importante instrumento para o acesso à ordem jurídica justa, devendo ser apoiada, estimulada e atualizada”. No voto do Ministro Luiz Fux, restou expresso, ainda, o seguinte:

[...] nesse contexto atual em que o quantitativo de processos é manifestamente inassimilável por juízes e tribunais, o deslocamento de competências do Poder Judiciário para órgãos extrajudiciais – o que consubstancia a chamada desjudicialização – deixa de corresponder a uma mera possibilidade de melhoria do acesso à justiça e passa a ostentar status de estratégia imprescindível para que, desafogando-se o Judiciário, permita-se que nossa justiça não se transforme em injustiça manifesta – porquanto tardia.

E mais:

O que se busca fomentar, portanto, é a desjudicialização e a resolução consensual dos conflitos, que podem trazer benefícios sociais de ampla magnitude, conferindo (i) maior eficiência ao sistema da Justiça do Trabalho; (ii) maior celeridade à resolução dos conflitos; e (iii) maior satisfação das partes envolvidas no tocante à solução final adotada.

Mais do que repisada, portanto, a intrínseca relação entre a desjudicialização, a eficiência e a realização de direitos e resultados.

3. A DESJUDICIALIZAÇÃO COMO FATOR DE EFICIÊNCIA NA ADVOCACIA PÚBLICA

No que tange à Administração Pública, por sua vez, tornamos ao citado artigo de Cristiana Fortini, que enfatiza que, conforme o Código de Processo Civil de 2015, o Estado agora deve ter como prioritária, e não alternativa, a resolução consensual e extrajudicial de conflitos:

Por conseguinte, não apenas por uma questão de conveniência e oportunidade, mas por uma questão de mandamento legal, deve a Administração Pública priorizar a autocomposição, em detrimento da judicialização de toda e qualquer demanda. Não por outra razão é categórico o art. 3º, § 3º do CPC⁶ ao estabelecer que os juízes, ad-

6 CPC/2015: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sem-

vogados (inclusive os advogados públicos, importa frisar!), os defensores públicos e os membros do Ministério Pùblico têm o dever de estimular a desjudicialização. É de se destacar também o art. 174 do CPC, que robustece a possibilidade de criação de câmaras de mediação e conciliação e ratifica a pertinência dos termos de ajustamento de conduta, visando à solução extrajudicial de controvérsias envolvendo a Administração Pùblica (FORTINI, 2021).

Essencial, portanto, a atuação da Advocacia Pùblica nessa direção, nos casos em que for cabível e adequado à realização do interesse pùblico. Assim sendo, a Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, em seu artigo 32, dispôs sobre a possibilidade de criação de câmaras de conciliação e resolução administrativa de conflitos no âmbito das Advocacias Pùblicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com competências para: “I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pùblica; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito pùblico; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

Deve-se notar que a Advocacia-Geral da União – AGU, anteriormente a tal Lei, já criara a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF (MOURA, 2021), por meio do Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro de 2007:

Art. 17. Compete à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF:

- I – identificar os litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal;
- II – manifestar-se quanto ao cabimento e à possibilidade de conciliação;
- III – buscar a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal; e
- IV – supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da Advocacia-Geral da União.

pre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores pùblicos e membros do Ministério Pùblico, inclusive no curso do processo judicial”.

Posteriormente, suas competências foram ampliadas, sendo suas atribuições, atualmente, indicadas pelo Decreto Federal nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023, que assim dispõe:

Art. 41. À Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal compete:

I – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;

II – requisitar aos órgãos e às entidades da administração pública federal, envolvidos ou não no conflito submetido à Câmara diligências, cooperação técnica e manifestação sobre a oportunidade e conveniência de sua atuação administrativa na solução do conflito;

III – dirimir, por meio de mediação, as controvérsias:

a) entre órgãos públicos federais, entre entidades públicas federais ou entre órgão e entidade pública federal;

b) que envolvam órgão ou entidade da administração pública federal e os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios ou suas autarquias ou fundações públicas;

c) que envolvam órgão ou entidade da administração pública federal e empresa pública ou sociedade de economia mista federal; ou
d) que envolvam particular e órgão ou entidade da administração pública federal, nos casos previstos no regulamento de que trata o § 2º do art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015;

IV – buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores ou por outros membros do Poder Judiciário, ou por proposta dos titulares dos órgãos de direção superior, de execução e vinculados da Advocacia-Geral da União;

V – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos submetidos a procedimento de mediação;

VI – encaminhar, quando couber, ao Consultor-Geral da União as controvérsias jurídicas não solucionadas por procedimento de mediação para os fins do disposto no § 1º do art. 36 da Lei nº 13.140, de 2015; e

VII – coordenar, orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas da União nos Estados.

No caso de Minas Gerais, por seu turno, a Lei Estadual nº 23.172, de 20 de dezembro de 2018, criou a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos – CPRAC, “com a finalidade de instituir a

conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a administração pública direta e indireta” (artigo 5º). Integrada à estrutura da Advocacia-Geral do Estado – AGE nos ditames da Lei Complementar nº 151, de 17 de dezembro de 2019, os procedimentos da Câmara são atualmente regidos pela Resolução AGE nº 61, de 6 de julho de 2020. Em suma, a Lei Estadual nº 23.172/2018 define como seus objetivos:

Art. 6º – A Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos terá como objetivos:

- I – instituir valores e meios jurídicos que permitam um melhor relacionamento dos cidadãos com a administração pública;
- II – prevenir e solucionar controvérsias administrativas e judiciais entre o particular e o Estado, ou entre órgãos ou entidades da administração pública direta e indireta;
- III – garantir juridicidade, eficácia, estabilidade, segurança e boa-fé nas relações jurídicas e administrativas;
- IV – agilizar e aumentar a efetividade dos procedimentos de prevenção e solução de controvérsias;
- V – racionalizar a judicialização de litígios envolvendo a administração pública direta e indireta;
- VI – reduzir passivos financeiros decorrentes de controvérsias de repercussão coletiva.

Atuando na solução de controvérsias acerca de direitos disponíveis e de direitos indisponíveis que admitem transação⁷, a CPRAC proporciona eficiência e celeridade, realizando em conjunto uma série de outros princípios e garantias constitucionais, como a juridicidade, a legalidade, a boa-fé, o contraditório e a defesa do interesse público, em atividade harmônica ao ordenamento jurídico. Relatório interno da AGE/MG do biênio 2020/2021 (considerando até a data de 20 de setembro de 2021) apurou que o tempo médio dos procedimentos da Câmara é de 190 dias, enquanto a média para processos judiciais é de 6 anos e 9 meses – as

7 Resolução AGE nº 61/2020: “Art. 5º – Poderão ser objeto de autocomposição no âmbito da CPRAC as controvérsias que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Parágrafo único – A autocomposição poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele”.

soluções extrajudiciais, portanto, levaram a resultados em geral em apenas 7% do tempo estimado judicialmente, constituindo exemplo da eficiência, satisfação do interesse público e atendimento ao jurisdicionado.

Na mesma Lei que criou a CPRAC, outros mecanismos voltados à desjudicialização foram implementados, quais sejam, as autorizações para não ajuizamento, não interposição de recursos ou desistências. Regulamentada pela Resolução AGE nº 25, de 14 de agosto de 2019, essa prática diz respeito, nos termos da Lei Estadual nº 23.172/2018, sobretudo, aos seguintes casos:

Art. 1º – Fica a Advocacia-Geral do Estado autorizada a não ajuizar, não contestar ou desistir de ação em curso, não interpor recurso ou desistir de recurso que tenha sido interposto, ainda que parcialmente, desde que inexista outro fundamento relevante, nas seguintes hipóteses:

I – casos considerados especiais ou com risco de sucumbência ou de sua majoração, conforme previsto em resolução do Advogado-Geral do Estado;

II – matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, sejam objeto de ato declaratório do Advogado-Geral do Estado;

III – caso exista decisão do Supremo Tribunal Federal – STF – desfavorável em controle concentrado de constitucionalidade ou proferida pelo plenário;

IV – matérias que contrariem enunciado de súmula do STF, vinculante ou não, ou dos Tribunais Superiores;

V – caso exista acórdão com trânsito em julgado desfavorável em incidente de assunção de competência ou em incidente de resolução de demandas repetitivas;

VI – matérias decididas em definitivo de modo desfavorável pelo STF ou pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ –, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 1.036 da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015;

VII – matérias decididas em definitivo de modo desfavorável pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST –, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 896-C do Decreto-Lei Federal nº 5.452, de 1º de maio de 1943;

VIII – quando, em promoção fundamentada, o Procurador do Estado não vislumbrar, no mérito, a possibilidade de êxito da pretensão, em vista das circunstâncias de fato postas nos autos e da jurisprudência dominante, a fim de afastar a sucumbência recursal. [...]

Por fim, cabe lembrar que uma das diretrizes estratégicas para a Advocacia-Geral no Plano Mineiro de Desenvolvimento Estratégico 2019-2030 é “Alcançar menor nível de judicialização de controvérsias e alto índice de casos resolvidos de forma preventiva e extrajudicial”. Em consonância, o Planejamento Estratégico da AGE 2020-2027 colocou em evidência, como norteadores de sua atuação, a legalidade, a impensoalidade, a ética, a moralidade, a publicidade e a eficiência, e indicou expressamente a desjudicialização como uma das ações por que se pauta sua visão⁸. Dessa forma, os dispositivos advindos da Lei Estadual nº 23.172/2018 têm sua implantação e exercício regidos tanto pela prática em estrito cumprimento do ordenamento legal, quanto pelo embasamento principiológico reforçado nos planejamentos condizentes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As medidas apresentadas rumo à desjudicialização exemplificam brevemente formas pelas quais a Advocacia Pública contribui para a consecução dos princípios da Administração Pública, dentre os quais, como inicialmente trabalhado neste artigo, o princípio da eficiência, em harmonia com todo o arcabouço jurídico brasileiro e mineiro. Essas medidas e elaborações constituem modificações no Direito Administrativo fundamentais para sua atualização e desenvolvimento; entretanto, para sua devida efetivação, necessitam também do impulso a uma cultura de

8 Visão: “Atuar de forma conjunta e cooperativa com os órgãos e entidades do Poder Executivo e consolidar-se como instituição de referência na advocacia pública, pautada na defesa do interesse público, da desjudicialização, da redução da litigiosidade, da inovação e da instrumentalização das políticas públicas”. Missão, visão, valores e norteadores da AGE podem ser consultados em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/missao-visao-valores/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

diálogo e empatia, valorizando a participação do jurisdicionado e a consensualidade para a elaboração de soluções mais adequadas.

Frisa-se, por fim, que essas modificações no Direito Administrativo, em direção à melhor realização dos princípios constitucionais, do interesse público e do atendimento aos cidadãos, só são possíveis pela atuação de profissionais comprometidos com o ordenamento jurídico, dentre os quais a Professora Cristiana Fortini é exemplo, seguindo na trilha, sobretudo, dos ensinamentos de nossos mestres Paulo Neves de Carvalho e Pedro Paulo de Almeida Dutra, construindo e reafirmando os estudos da Escola Mineira de Direito Administrativo.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Missão, Visão e Valores*. Disponível em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/missao-visao-valores/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. In: MARRARA, Thago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo*: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 375-381.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Prefácio Luciano Ferraz. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007*. [dispondo sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes]. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/arquivos/ato-regimental-no-5.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 fev. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Advocacia-Geral da União e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-11.328-de-1-de-janeiro-de-2023-455352807>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. *Exposição de Motivos Interministerial nº 49, de 18 de agosto de 1995, dos Srs. Ministros de Estado da Justiça, da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, da Educação e do Desporto, da Administração Federal e Reforma do Estado e do Planejamento e Orçamento*. [Referente à Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 16 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 16 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.160 DF*. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. Data de julgamento: 1º ago. 2018. Data de publicação: 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/768161306>. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.922 RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 3 abr. 2014. Data de publicação: 30 out. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/25342540>. Acesso em: 13 mar. 2023.

CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 382-404.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula (Org.). *Tendências e Perspectivas do Direito Administrativo: uma visão da Escola Mineira*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 253-265.

FORTINI, Cristiana. Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir. *Revista Consultor Jurídico*, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>. Acesso em: 12 jan. 2023.

MELLO, Daniela Coelho. Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 147, p. 257-362, jul./set. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/622>. Acesso em: 23 jan. 2023.

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. *Resolução AGE nº 25, de 14 de agosto de 2019*. Dispõe sobre a autorização para não ajuizar, não contestar ou desistir da ação em curso, não interpor recurso ou desistir do que tenha sido interposto, nos termos da Lei nº 23.172, de 20 de dezembro de 2018, e dá outras providências. Disponível em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/legislacao/resolucao-25-de-14-08-2019/>. Acesso em: 16 fev. 2023.

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. *Resolução AGE nº 61, de 6 de julho de 2020*. Regulamenta a composição, o funcionamento e o fluxo de procedimentos da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos – CPRAC, do Poder Executivo e dá outras providências. Disponível em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/legislacao/resolucao-age-no-61-de-06-07-2020/>. Acesso em: 16 fev. 2023.

MINAS GERAIS. *Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989*. Atualizada e acompanhada dos textos das Emendas à Constituição nºs 1 a 111. 31. ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, mar. 2023. Dispo-

nível em: <https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/leis/constitucional-estadual/>. Acesso em: 24 mar. 2023.

MINAS GERAIS. *Lei Complementar nº 151, de 17 de dezembro de 2019.* Altera a Lei Complementar nº 83, de 28 de janeiro de 2005, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado – AGE – e dá outras providências, e a Lei Complementar nº 81, de 10 de agosto de 2004, que institui as carreiras do Grupo de Atividades Jurídicas do Poder Executivo, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/LCP/151/2019/>. Acesso em: 16 fev. 2023.

MINAS GERAIS. *Lei nº 23.172, de 20 de dezembro de 2018.* Autoriza a Advocacia-Geral do Estado a não ajuizar, não contestar ou desistir de ação em curso, não interpor recurso ou desistir de recurso que tenha sido interposto nos casos que especifica e cria a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/LEI/23172/2018/>. Acesso em: 16 fev. 2023.

MINAS GERAIS. *Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado 2019-2030.* Disponível em: http://www.fapemig.br/media/filer_public/0e/12/0e1231d9-a-702-40bf-a0fc-4a75c8c83d78/pmdi_2019-2030.pdf. Acesso em: 21 mar. 2023.

MOURA, Grégoire Moreira de. Conciliação e advocacia pública: o protagonismo da AGU na resolução de conflitos. *Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE.* Disponível em: <https://anafenacional.org.br/conciliacao-e-advocacia-publica-o-protagonismo-da-agu-na-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM ILUMINAÇÃO PÚBLICA: INTEROPERABILIDADE PARA SMART CITIES

Luciano Ferraz¹

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os serviços de iluminação pública destacam-se pelo seu caráter eminentemente local (art. 30, V da Constituição), encartando-se no âmbito da competência municipal, com específica fonte de recursos para custeio (art. 149-A e parágrafo único da Constituição), CIP ou COSIP (Contribuição de Iluminação Pública), definida desde a Emenda Constitucional nº 39/02.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 666.404, Min. Marco Aurélio, editou o Tema 696, da Repercussão Geral, fixando a orientação segundo a qual: “é constitucional a aplicação dos recursos arrecadados por meio de contribuição para o custeio da iluminação pública na expansão e aprimoramento da rede.”

A definição do que seja “expansão e aprimoramento da rede” de iluminação pública traz ingredientes adicionais ao estudo do tema, almejando este ensaio demonstrar que a instituição pelos municípios de contratos administrativos de PPP com

¹ Advogado e consultor de entidades públicas e privadas; Professor Associado IV de Direito Administrativo na UFMG; Professor Adjunto III de Direito Administrativo e Financeiro na PUC Minas (Coração Eucarístico); Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG, com pós-doutorado pela Nova Lisboa (UNL).

particulares para a prestação de serviços de iluminação pública, além de prover necessidades básicas da população e de ampliar o ambiente de segurança nas cidades, abre portas à instituição de outras tecnologias típicas das *smart cities* (cidades inteligentes).

Assim se passa porque a implantação de adequadas redes de iluminação pública, via contratos de PPP, permite agregação aos pontos de iluminação pública, e seus respectivos sistemas operacionais, de tecnologias digitais que viabilizam a interoperabilidade, que é a aptidão para que diversos sistemas e infraestruturas consigam trabalhar em conjunto (interoperar), garantindo que pessoas, organizações e sistemas computacionais interajam para trocar informações de maneira eficaz e eficiente, de preferência em tempo real.

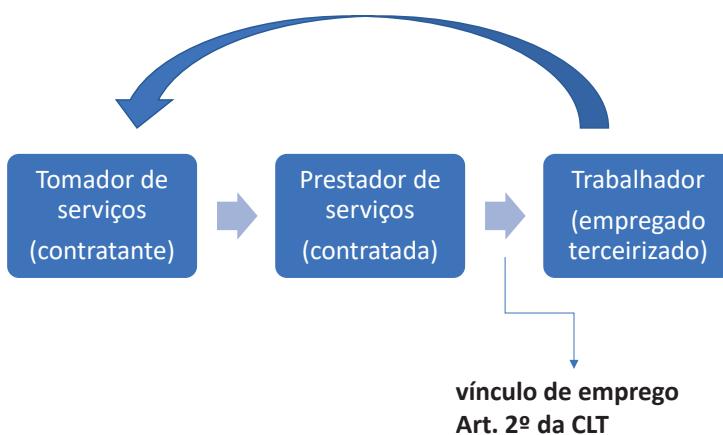
2. CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: DA INGLATERRA AOS INVESTIMENTOS EM ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

A despeito da permissão constitucional para a execução direta (pelo Poder Público) dos serviços de iluminação pública pelos municípios, e até mesmo da contratação de serviços de terceiros (terceirização de atividade), com base na Lei 14.133/21 (substituta da Lei 8.666/93²), os contratos de PPP são alternativas muito interessantes para investimentos e operação nesse segmento, unindo a expertise do setor privado com a fontes de recursos garantida aos municípios pela Constituição (Contribuição de Iluminação Pública).

O gráfico abaixo demonstra o quantitativo de projetos de PPP lançados até março de 2022 no país, com as respectivas áreas de atuação, sendo relevante destacar a prevalência de contratos de iluminação pública.

² Este artigo foi escrito em fevereiro de 2023, quando ainda vigia a Lei 8.666/93, em concomitância com a Lei 14.133/21.

A Terceirização: o que é.



O modelo de PPP teve origem no Reino Unido nas décadas de 1980-1990, como variante da agenda liberal da Primeira-Ministra Margaret Thatcher. A versão inglesa das PPP – a *private finance initiative* (PFI) – nasceu em 1992, no governo do premiê John Major, com o objetivo de estimular empreendimentos conjuntos entre os setores público e privado.

No discurso de anúncio do PFI, proferido pelo *Chancellor of the Exchequer britânico*, Norman Lamont, evidenciou-se a intenção do governo em promover a utilização e o financiamento de projetos intensivos em investimento de capital. Em suas palavras:

Estou em condições de anunciar três avanços significativos. No passado, o Governo estava preparado para dar sinal verde a projetos somente depois de compará-los com projetos similares no setor público. Isso acontecia independentemente de o projeto ser ou não de fato levado a cabo no setor público. Decidi abandonar essa regra. No futuro, qualquer projeto financiado privadamente que possa ser operacionalizado de modo lucrativo terá autorização para ser implementado. Em segundo lugar, no passado o Governo muito frequentemente tratou projetos apresentados a ele como inteiramente públicos. No futuro, o Governo vai ativamente, estimular empreen-

dimentos conjuntos (joint ventures) com o setor privado quando estes envolverem uma sensível transferência de risco para o setor privado (...). Em terceiro lugar, vamos permitir a utilização mais intensa do leasing quando este assegurar um bom emprego de recursos [*good value for money*]. Desde que se possa comprovar que o risco fique sempre com o setor privado, organizações públicas estarão autorizadas a celebrar esses contratos, sendo que os pagamentos pelo *lease* contarão como gasto, sem que haja cortes no orçamento. (COUTINHO, ROENTAL, 2005, p. 52)

O Banco Mundial teve um papel destacado no impulso à utilização dos contratos de PPP, e já em 2008, estimava-se que mais de 60 países, entre eles os integrantes da OCDE, União Europeia, Japão, Holanda, Hong Kong, Malásia, África do Sul, Chile, México, República Dominicana, haviam introduzido ou estudavam a introdução desse tipo de contratação em suas práticas administrativas, com significativos ganhos de eficiência e redução de custos.

No Reino Unido, estatísticas apontam para uma economia percentual entre 10% e 17% em termos de gastos públicos na comparação entre os contratos de PPP e os tradicionais contratos de obras públicas. Além disso, 75% a 88% dos contratos de PPP foram concluídos dentro do prazo e orçamento previstos contra 30% apenas dos projetos realizados mediante contratações de obras no modelo tradicional (BRITO, SILVEIRA, p 7-21).

No ordenamento jurídico brasileiro, as PPP são contratos administrativos de concessão especial (art. 2º, caput, Lei 11.079/2004), de longa duração (superior a 5 anos até 35 anos, incluídas as prorrogações), e valores mais expressivos (superiores a R\$ 10.000.000,00), cujo objeto consiste na implantação e/ou gestão de serviços e atividades públicos, nos quais o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela execução incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado, com repartição objetiva de riscos.

Uma das características basilares dos contratos de PPP reside em utilizar-se o Estado da capacidade do parceiro privado para realizar financiamento próprio (*equity*) e/ou por intermédio de instituições financeiras ao projeto, em ordem a prover a infraestrutura desejada antecipadamen-

te, assumindo riscos mais expressivos de execução, em contrapartida ao recebimento de parcelas periódicas, acrescidas de taxas de juros incidente sobre o capital empregado.

Os contratos de PPP no Brasil são de dois tipos: (a) *concessões patrocinadas*, que são típicos contratos de concessão de serviços públicos (art. 175 da Constituição), que envolvem, em termos de remuneração do parceiro privado, adicionalmente à tarifa cobrada diretamente dos usuários, contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público (art. 2º, §1º da Lei 11.079/2004); (b) *concessões administrativas*, que são contratos de prestação de serviços públicos ou não em que a Administração é a usuária direta ou indireta, ainda que envolvam a execução de obras ou o fornecimento e instalação de bens, com contraprestação paga diretamente pelo Poder Público (art. 2º, §2º da Lei 11.079/04).

A remuneração dos parceiros privados nas PPP advém das contraprestações públicas pagas pelo Poder Público no curso do contrato, adicionadas ou não das tarifas cobradas dos usuários, a depender do tipo. Além das contraprestações, a Lei 12.766/12 possibilitou o pagamento de aportes pelo Poder Público ao parceiro privado na etapa de implementação do projeto, e, portanto, antes da disponibilização dos serviços.

Os contratos de PPP, via de regra, contam com um sistema de garantias públicas especiais em favor do contratado, as quais devem ser acionadas em caso de inadimplência no pagamento das contraprestações públicas. As formas de garantia estão previstas no art. 8º da Lei 11.079/04.

3. DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DOS CONTRATOS DE PPP EM ILUMINAÇÃO PÚBLICA NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

O **primeiro desafio** para a implantação de contratos de PPP em qualquer seara, inclusive em iluminação pública, consiste em superar preconceitos. Não é possível tratá-los como típicos contratos de empreitada ou de prestação de serviços regidos pela Lei 8.666/93 ou Lei 14.133/21. As lógicas são completamente distintas, porque as PPP trazem implícitas

as alternativas de financiamento que são vedadas expressamente pela legislação tradicional dos contratos (art. 7º, §3º da Lei 8.666/93): “é vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica”.

O **segundo desafio** demanda que os diversos atores da cena administrativa brasileira consigam enxergar como não-antagônica a relação entre o Poder Público e o particular contratado na PPP. É que nesse tipo de contrato tem-se ação concertada e não adversarial, a Administração em colaboração com o particular para a materialização de projetos de interesse público.

O **terceiro desafio** consiste em o Poder Público conseguir adotar uma modelagem técnica, econômica e jurídica adequada aos contratos de longo prazo e com sistemática de remuneração bastante diferente dos contratos tradicionais. Para tanto, existem três possibilidades: (a) *modelagem interna*, dentro do próprio Poder Público, o que pressupõe a existência de servidores bastante capacitados; (b) *contratação de consultoria* regida pela Lei 8.666/93 ou 14.133/21; (c) *autorização* prevista no art. 21 da Lei Federal 8.987/1995 (também no art. 81 da Lei 14.133/21), hipótese em que normalmente tem lugar o procedimento de manifestação de interesse (PMI) ou a manifestação de interesse privado (MIP).

Todos esses aspectos dever confluir para o convencimento dos atores da própria Administração Pública e dos órgãos de controle sobre o caráter dinâmico e diferenciado dos contratos de PPP. Especificamente sobre a implantação de contratos de PPP para iluminação pública, convém destacar alguns requisitos essenciais.

Nesse sentido, é de rigor a instituição ou a majoração da cobrança da contribuição para custeio de iluminação pública (CIP ou COSIP), que é estabelecida como obrigação pelo art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal. A CIP ou COSIP deve estar prevista em lei municipal e deverá obedecer ao sistema constitucional tributário brasileiro. O valor arrecadado ter que ser suficiente para pagar os investimentos na rede de IP e para o custeio da gestão e manutenção dos ativos, considerando-se, no

seu montante, o decote de 30% (trinta por cento), oriundo da Desvinculação das Receitas Municipais, nos termos da parte final do art. 76-B do ADCT (incluído pela EC 93/16), pelo menos até 31.12.23³.

De acordo com o Guia Prático de Estruturação de Projetos em Iluminação Pública, elaborado pelo Banco Mundial e pelo Governo Federal (BANCO MUNDIAL. BRASIL, 2022), o mínimo dimensional para a contratação é de 10.000 pontos de luz, dado o elevado custo de estruturação e gestão de um projeto de PPP e a necessidade de ganhos de escala para demonstrar sua viabilidade econômica. É possível que municípios circunvizinhos territorialmente se reúnam em consórcio público (art. 241 da Constituição), a fim de efetivar uma concessão conjunta de serviços de iluminação pública. Ainda nos termos do referido Guia, a composição majoritária do parque de iluminação pública existente deve ser de lâmpadas cuja fonte de luz seja de: vapor de sódio, vapor de mercúrio, vapor metálico ou lâmpada de indução, em ordem a ampliar a eficiência e a qualidade da iluminação, e isso é possível por meio da modernização do parque, com a implantação de lâmpadas de LED (*Light Emitting Diode*).

Além disso, é essencial que a gestão dos ativos de iluminação pública pelo Município também já esteja regularizada junto à distribuidora de energia elétrica, e de acordo com o art. 476 da Resolução Normativa 1.000/21 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). É que para a contratação da PPP o Município deve ter pleno conhecimento e domínio técnico sobre os seus ativos de IP, os serviços e os planos de expansão.

Outro aspecto a envolver a concessionária de energia elétrica diz respeito ao sistema de arrecadação da CIP ou COSIP, notadamente em razão da faculdade prevista no parágrafo único do art. 149-A da Constituição acerca da cobrança do tributo na fatura de consumo de energia elétrica. Há discussões importantes sobre o tema, em especial quanto à responsabilidade tributária da concessionária na arrecadação do tributo.

³ TCMG – Consulta nº 1054122, Rel. Cons. Sebastião Helvécio, Sessão de 25.11.2020.

4. CONTRATOS DE PPP EM ILUMINAÇÃO PÚBLICA E INTEROPERABILIDADE COM NOVOS SERVIÇOS

Tal como adiantado no início deste texto, a contratação de PPP para serviços de iluminação pública abre novas possibilidades para os Municípios, fundamentalmente no campo dos serviços digitais, mediante agregação de diversas funcionalidades às redes, tais como: (a) instalação de câmaras de vigilância; (b) serviços de geolocalização; (c) serviços de acionamento de emergências; (d) sinalização digital (direcionamento, trânsito, informações, publicidade); (f) sensores de imagem, para fins de proximidade dos pedestres, monitoramento de estacionamentos; (g) sensores ambientais sobre qualidade do ar, de poluição sonora.(GARAFONO, SANTOS, 2022). Isso sem falar na distribuição inteligente dos serviços de coleta de lixo e na disponibilização de redes públicas de conexão à internet.

A integração entre todos esses equipamentos e a implantação dos postes de iluminação pública multifuncionais permite a coleta de dados da cidade em tempo real e possibilita a criação de uma rede municipal de coleta de informações, permitindo ao Poder Público ofertar serviços públicos de maneira mais eficiente e adequada às necessidades dos cidadãos. As cidades inteligentes têm como características a integração dos sistemas e dos bancos de dados, justamente para permitir a interoperabilidade e a inteligência. Faz todo sentido, portanto, do ponto de vista técnico e de política pública, que um projeto de PPP municipal preveja a infraestrutura e integração desses sistemas e bancos de dados. A utilização da rede de IP como plataforma para converter a cidade em uma *smart city* não é apenas viável tecnicamente, como é bastante desejável (GARAFONO, SANTOS, 2022).

Do ponto de vista legal, a interoperabilidade dos serviços de IP com outros de características compatíveis, pode ficar a cargo do desenho a ser implantado pelo particular na PPP, encontrando respaldo no art. 11 da Lei 8.987/95, segundo o qual “no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes

provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei”.

Portanto, os projetos associados à prestação dos serviços de iluminação pública no âmbito da PPP têm condição de gerar novos serviços à população e novas receitas ao concessionário, devendo considerar-se a reversão de parte dessas receitas para otimizar e diminuir a contraprestação pública paga pelo serviço principal contratado (iluminação pública).

5. FINANCIAMENTO DA INFRAESTRUTURA VIABILIZADORA DA INTEROPERABILIDADE COM RECURSOS ORIUNDOS DA CIP OU COSIP

A questão que remanesce tem relação com a fonte de financiamento e custeio dos projetos associados à iluminação pública. Até que ponto os recursos da CIP ou COSIP podem ser direcionados esses novos serviços, considerando-se o conceito de expansão e aprimoramento da rede definido pelo STF no Tema 696?

Algumas premissas podem ser destacadas para a contribuição ao debate em torno dessa temática:

- a) Na implantação da infraestrutura de iluminação pública física e tecnológica, notadamente mediante inovação superior à necessidade imediata da prestação dos serviços, porém com aptidão para a futura interoperabilidade, certamente há de se admitir o custeio pela CIP ou COSIP, via aporte ou contraprestação nos contratos de PPP;
- b) Na expansão ou melhoria das tecnologias que tenham aplicação à iluminação pública, bem como em outras atividades correlatas deve-se estabelecer um sistema de rateio, custeando-se parcialmente as novas atividades conectadas com recursos da CIP ou COSIP, via contraprestação.

Tais definições são essenciais ao desenvolvimento das estratégias municipais de iluminação pública e outros projetos associados. A existência de fonte de custeio própria, porém com finalidade vinculada, faz vistas à necessidade de envolvimento dos órgãos de controle, especialmente dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, onde houver, na definição da pertinência dos gastos da CIP ou COSIP para a implementação de outras funcionalidades digitais próprias das *smart cities*.

6. CONCLUSÃO

A competência municipal para a prestação dos serviços de iluminação pública veio acompanhada da possibilidade de arrecadação da Contribuição de Iluminação Pública (CIP).

Os Municípios podem optar por contratar a execução desses serviços pelos particulares, mediante a formulação de contratos de PPP. Nesse tipo de contrato o Poder Público pode assumir ônus financeiros tanto na implantação (por intermédio da figura dos aportes) quanto na operação e manutenção desses serviços (por intermédio das contraprestações), viabilizando economicamente os contratos de concessão.

Acontece que a implantação desses serviços serve não raro também de suporte ao desenvolvimento de outras funcionalidades, que conseguem interoperar com as bases tecnológicas da iluminação pública.

Por conta disso é necessário compreender que na construção da infraestrutura de prestação dos serviços de iluminação pública, a vinculação entre receitas e despesas (origem e destino) exigida pela Constituição será atendida mesmo que se implementem capacidades maiores do que a exclusivamente tocada aos serviços de iluminação, exatamente porque existirá finalidade pública e justificativa para que os investimentos abram espaço a outras atividades benéficas aos cidadãos (vigilância, conectividade, segurança pública, por exemplo).

A partir dessa noção agregada entre os serviços, abrem-se espaços a que as cidades inteligentes passem a fazer parte do cotidiano da sociedade brasileira. Nessa perspectiva, o papel dos Tribunais de Contas

como órgão de fiscalização e reconhecimento da legitimidade da despesa pública exsurge como essencial a garantir segurança jurídica nos investimentos fundados na CIP ou COSIP, a cargo dos administradores municipais.

REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. BRASIL. Guia Prático de Estruturação de Projetos de PPP em Iluminação Pública. Disponível em https://9d555007-f9b3-478e-be70-be4a-672fe931.usrfiles.com/ugd/9d5550_05de7437dbf748db82bcd4f206f5fb0.pdf. 2022.

BRITO, Bárbara Monteiro Barbosa de. SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. Parcerias público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. *Revista do Serviço Público*, p. 7-21, jan./mar., 2005.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privada: relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público Privadas, São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAZ, Luciano. GODOI, Marciano Seabra de. SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 3 ed, Belo Horizonte: Forum, 2021.

GARAFONO, Rafael. SANTOS, Israel Barbosa dos. <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-ppp-de-iluminacao-publica-como-plataforma-pra-smart-city-afinal-o-que-e-possivel-custear-com-recursos-da-contribuicao/> 2022.

REGIME DAS CONTRATAÇÕES DE CONSÓRCIOS INTEGRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS

Carlos Ari Sundfeld¹

André Rosilho²

Em homenagem à profa. Cristiana Fortini

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a interpretação do sentido e alcance do § 5º do art. 1º da Lei das Estatais (lei 13.303, de 2016), relativamente à forma de escolha de parceiros contratuais pelos consórcios de que participem empresas estatais.³ Tem havido de-

1 Professor Titular da FGV Direito SP Doutor e Mestre em Direito - PUC/SP Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SDBP.

2 Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela FGV Direito SP.

3 “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. (...)

bate sobre a submissão ou não desses consórcios ao dever de realizar licitações, em especial quando a estatal seja designada como sua operadora.

O tema foi examinado no Supremo Tribunal Federal no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5942. Esta impugnou o decreto 9.355, de 2018, cujo art. 1º, § 7º estipula que contratações de bens e serviços efetuadas por consórcios operados por uma empresa estatal estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, “hipótese em que não se aplica o procedimento licitatório, observados os princípios da administração pública previstos na Constituição”.⁴ A inicial argumentava que o regulamento teria pretendido esvaziar a eficácia da norma da Lei das Estatais. Em outubro de 2020, o STF, por maioria de votos, julgou improcedente o pedido.

O presente estudo se divide em dois tópicos. No primeiro, busca compreender como compatibilizar o instrumento do consórcio, que é regulado na Lei das S/A e supõe liberdade de estipulação dos consorciados quanto à forma de gestão, com a norma da Lei das Estatais que previu sua aplicação relativamente às estatais que atuem como integrantes de consórcios e suas operadoras. O argumento do tópico é que a compatibilização é possível, uma vez que a norma específica da Lei das Estatais não teve por objetivo excepcionar ou condicionar a liberdade de estipulação dos consorciados quanto à forma de seleção de seus contratados, a qual foi preservada pela norma.

§ 5º Submetem-se ao regime previsto nesta Lei a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio, conforme disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, na condição de operadora”.

4 “Art. 1º Este Decreto estabelece o procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, na forma estabelecida no art. 29, no art. 61, *caput* e § 1º, e no art. 63 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no art. 31 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010. (...)

§ 7º As contratações de bens e serviços efetuadas pelos consórcios operados pela Petrobras ficarão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, hipótese em que não se aplica o procedimento licitatório, observados os princípios da administração pública previstos na Constituição”.

No segundo tópico, o estudo analisa os votos da ADI 5942, com seus fundamentos e partes dispositivas. É o único caso em que, até o momento, o STF examinou a citada norma da Lei das Estatais. A constatação é que o STF concluiu no mesmo sentido do argumento defendido no presente estudo.

1. CONSÓRCIOS E LICITAÇÃO NA LEI DAS ESTATAIS

O consórcio disciplinado pela lei 6.404, de 1976 (Lei das S/A), mesmo tendo entre seus membros empresas estatais, não constitui entidade da administração indireta; a presença de uma estatal (e, indiretamente, da entidade pública que a controla) não altera sua natureza não estatal, em virtude da qual o *funcionamento da associação é determinado pelo que for pactuado entre as partes*.

Consórcios são instrumentos jurídicos bem peculiares de associação. Não só eles são lícitos em termos gerais, como são acessíveis e importantes às estatais — para realizar interesses públicos que não seriam viáveis ou eficientes sem eles.⁵

Não há na legislação brasileira regra que imponha, em caso de consorciamento com empresa estatal, a proibição de, como é normal, os consorciados pactuarem entre si sobre o modo como as contratações do consórcio serão feitas, aprovadas e fiscalizadas. É lícito que a estatal negocie com os demais integrantes a respeito do tema, e inclusive convencione a atuação por procedimentos de contratação e fiscalização diversos da licitação, desde que observados os grandes princípios do *caput* do art. 37 da Constituição.

É estranha a uma associação empresarial assim, que não se configura como estatal — pois inclui integrantes não estatais — a ideia de sujeição especificamente ao dever constitucional de licitar (art. 37, inciso

5 Essas *joint ventures* fazem parte de um movimento mais amplo, a que Marçal Justen Filho chamou de “nova modalidade intervintiva do Estado brasileiro”. “As empresas privadas com participação estatal minoritária”, *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDACP*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 1, vol. 2, set./out. 2013, p. 277.

XXI). Este é aplicável apenas à administração direta e indireta do país, isto é, a pessoas jurídicas estatais, pertencentes a um de seus tipos previstos na Constituição (sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e autarquias).

O natural é que as regras sobre contratações de bens e serviços por consórcios, mesmo envolvendo estatais, sejam consentâneas com sua natureza não estatal — isto é, que sejam submetidas essencialmente ao direito privado, ao modo de atuação do mercado e ao modo de proceder pactuado entre os consorciados, em linha com a diretriz geral do art. 170 da Constituição. Contratações sem licitação não são incompatíveis com os princípios da administração pública — como reconhece o mesmo art. 37 da Constituição que, depois de prever os princípios no *caput*, admitiu contratos sem licitação, no inciso XXI.

Nos casos em que a estatal é operadora de consórcios, ela, ao contratar com terceiros, o faz em nome dos parceiros do consórcio e para realizar os interesses de todos.⁶ Não atua em nome apenas próprio, mas como mandatária e fiel depositária da confiança dos parceiros de um consórcio, o qual tem o direito de se organizar, de operar e se fiscalizar segundo as regras que, para conciliar os interesses, tiverem sido pactuadas pelos consorciados. A estatal incorre em despesas em nome do consórcio, que se aplicam, assim, aos consorciados, nos termos da lei. Atua em nome de outrem, faz despesas à conta de outrem e, para tanto, é natural que observe procedimentos criados por eles e se sujeite às fiscalizações também pactuadas.

Enquanto operadora do consórcio, a estatal é veículo deste; é veículo de uma *joint venture* contratual constituída por acordo entre múltiplas empresas, que podem ser estatais e não estatais. A operadora dá consecução àquilo a que se comprometem as empresas envolvidas na *joint venture*, operando à conta de outrem. É veículo de *joint venture* eminentemente privada.

6 Sobre o papel do operador: Alberto Lopes Rosa. Da concessão à partilha: análise das *joint ventures* no setor de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil”, *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, vol. 4, 2013, pp. 59, 60; e 69.

O mero fato de a estatal fazer parte da *joint venture*, atuando como operadora, não justifica a aplicação do regime licitatório que é próprio apenas dela, quando atue isoladamente. Do contrário, o instrumento do consórcio perderia suas características próprias, para se confundir com outra figura: a da *sociedade em conta de participação*, em que, nos termos dos arts. 991 a 996 do Código Civil, os sócios privados seriam apenas investidores e a estatal operadora atuaria em nome próprio, sob sua exclusiva responsabilidade e sob suas próprias regras, apenas partilhando os resultados financeiros com os sócios ocultos.⁷ Na sociedade em conta de participação, só o sócio ostensivo tem voz ativa na administração, no modo de organização e de funcionamento das operações.

Quando ingressam em associação empresarial do tipo consórcio, cabe aos associados estabelecer, mediante autônoma deliberação, as regras de seu relacionamento mútuo e das relações de seus membros com terceiros (todas ditadas pelo pacto associativo). Segundo o regime legal dos consórcios, a estipulação recai sob o espaço da autonomia deliberativa da associação empresarial.

De modo que a estatal, ao atuar nessas circunstâncias — como operadora dos consórcios empresariais — se sujeita ao *regime especial de contratações dos consórcios de que participa*. Isso é coerente com a liberdade empresarial assegurada pelo art. 170 da Constituição e com os direitos garantidos pela Lei das S/A aos demais consorciados.

A constituição de consórcios empresariais é regida pelo disposto em capítulo da Lei das S/A especificamente dedicado ao tema. Segundo seu art. 278, “[a]s companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo”. Dispõe,

7 O que mais interessa é o art. 991 do Código Civil:

“Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, *em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade*, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.” (grifos acrescentados).

ainda, o § 1º do art. 278 que o consórcio não tem personalidade jurídica e que as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato. O *caput* do art. 279 afirma que o consórcio se constitui “mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante”. E os incisos do art. 279 estabelecem as características básicas do consórcio: sua designação; a descrição do empreendimento que constitua seu objeto; sua duração, endereço e foro; a definição das obrigações e responsabilidades de cada sociedade consorciada; normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; normas sobre sua administração; normas sobre a forma de deliberação dos assuntos de interesse comum; e a contribuição de cada consorciada para as despesas comuns.⁸

É uma associação empresarial com espaço autônomo de deliberação. Por força da Lei das S/A, é direito do consorciado — independentemente de atuar ou não como operador, de ter ou não natureza estatal e do percentual que possua na *joint venture* — o de *ter voz ativa sobre o modo como o consórcio será administrado e como os assuntos centrais à sociedade serão decididos e conduzidos*. São “direitos políticos” de qualquer consorciado, assegurados de modo expresso pela legislação.

8 “Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

Nesse contexto, seria difícil de conciliar com a lógica consorcial prevista em lei a incidência obrigatória, para todas as contratações do consórcio, do dever de licitar e do regime de licitação desenhado em lei. Isso porque, nesses procedimentos licitatórios, a forma de deliberação sobre quem e como contratar — assuntos centrais à administração e de evidente interesse comum dos consorciados — seria dada diretamente pela legislação. No ambiente licitatório, o espaço para decisões privadas sobre esses temas é diminuto, de modo que, nele, consorciados não poderiam exercer com plenitude certos direitos que inequivocamente lhes são assegurados pela Lei das S/A — sobretudo o de dispor sobre normas relativas à administração do consórcio e sobre a forma de deliberação de assuntos de interesse comum. Litar, nesse caso, mitigaria a possibilidade de os consorciados definirem rumos e regras de funcionamento do consórcio.

Seria problemática uma interpretação do § 5º do art. 1º da Lei das Estatais que, na prática, acabasse impedindo empresas do setor privado (que integrem consórcios de que uma estatal seja a operadora) de exercerem os “direitos políticos” que lhes são assegurados pela Lei das S/A relativamente à definição dos procedimentos de contratação, como parte do tema “administração do consórcio”. Todo consorciado — operador ou não, estatal ou não, minoritário ou não — tem direito a voz ativa sobre como o consórcio irá contratar e sobre o perfil de quem será contratado (art. 279 da Lei das S/A c/c art. 170 da Constituição), tendo como limite só os princípios mais gerais da administração pública (*caput* do art. 37 da Constituição).

A submissão do consórcio a regras especiais de contratação — privadas, não licitatórias — longe de significar ausência de controle ou recusa quanto à aplicação de princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), envolve a submissão a controles de outra origem (privados, nos termos do contrato de consórcio), constituindo um modo específico de dar cumprimento a esses princípios. Não é só por meio de licitação que são cumpridos os grandes mandamentos constitucionais e realizados valores públicos.⁹

9 Carlos Ari Sundfeld. “Procedimentos Administrativos de Competição”, em Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Ari Sundfeld (org.), *Doutrinas Essenciais – Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 41-49.

Mesmo que se desconsiderasse a natureza privada, não estatal, dos consórcios empresariais e o fato de a empresa estatal, quando atua como operadora, agir não em nome próprio, mas à conta e ordem de todos, seria exagerado pretender que ela se sujeite a um dever de licitar em virtude especificamente do conteúdo do § 5º do art. 1º da Lei das Estatais. Se assim fosse, consórcios seriam pouco viáveis — a não ser que consorciados privados, contrariando o modo corrente de organização e funcionamento dos consórcios, e abrindo mão de seu direito de pactuar sobre os procedimentos e modos de contratação de fornecedores, aceitassem se submeter integralmente às regras ordinárias de licitação.

A licitação não é um fim em si mesmo. O “preço a pagar” pela licitação não pode ser a baixa viabilidade de o estado executar suas atividades-fim. Isso é verdadeiro no caso das empresas estatais, que, pelo art. 173, § 1º, II e III, da Constituição, se sujeitam, como regra, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Mais ainda em relação às estatais que competem em mercado, que precisam dispor dos meios necessários para realizar, com eficiência, as atividades empresariais que estão em seu DNA.

Em vários setores, relativamente à adoção das melhores práticas internacionais como fonte de normatividade, a experiência contemporânea é repleta de exemplos da participação da administração pública em organizações regidas por práticas lastreadas em normas de *soft law*, muitas inclusive produzidas por entidades internacionais privadas.¹⁰ Por conta justamente dessas experiências é que se vem falando da emergência de um *direito administrativo global*, a que frequentemente se sujeitam as próprias entidades estatais, direito esse que nem de longe reproduz as regras típicas da administração pública nacional. É normal e inevitável a sujeição dos consórcios que atuam em um mercado internacional (em que são internacionais os consorciados, os fornecedores, os concorrentes, os compradores etc.), a um conjunto de práticas comerciais com origem internacional (compiladas, por exemplo, por associações setoriais) e que

10 É o caso da participação do estado brasileiro, nos termos do decreto 4.829, de 2003, em organizações responsáveis pela gestão do sistema internet (CGI.br e NIC.br), ordenado pela Icann, que estabelece normas de *soft law* globalmente aplicáveis. Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho. “A governança não estatal da internet e o direito brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 279, set./dez. 2015.

não estão limitadas pelo regime jurídico nacional das empresas estatais eventualmente envolvidas. E, como é evidente, consórcios internacionais que tenham como operadoras empresas estatais têm de seguir as práticas comuns desse mercado, sendo irrealista querer impor para eles a legislação brasileira sobre licitações.

Mas, quanto à questão mais diretamente hermenêutica, será que existe um dever implícito de licitar embutido na norma do art. 1º, § 5º da Lei das Estatais?

O preceito tratou da incidência geral da lei quanto à operação de consórcio por empresa estatal, mas não foi expressa em impor licitação. A lei não é específica sobre contratações públicas, ao contrário da lei 14.133, de 2021 (a nova lei geral de licitações e contratos). Ela versa sobre o tema, mas não se circunscreve a ele, pois também trata de outros assuntos centrais à organização e ao funcionamento das estatais, os quais tomam toda sua parte inicial, em 27 artigos. Apenas uma parte se ocupa das licitações — e também das contratações sem licitação (título II, capítulo I – art. 28 a 67).

Associar “regime previsto nesta lei” a “dever incondicional de licitar” não é automático, de modo que não parece simples ler a expressão como sinônimo de *regime em que sempre se licita, mesmo quando a própria lei tenha admitido não licitar*. Regras de contratação — entre elas as que regulam a licitação, e a exigem em alguns casos — também compõem a lei. Mas não a esgotam.

Parece razoável considerar que, com a expressão “regime previsto nesta Lei”, se tenha sujeitado a operação de consórcios por estatais àquelas normas da lei que sejam compatíveis com as especificidades desse tipo de operação. O dispositivo não disse que elas teriam de observar “todas as regras da lei”, nem que estariam *excluídas* as regras legais sobre contratações sem licitação, tampouco que as contratações como operadoras de consórcios teriam de ser feitas *sempre com licitação*.

É exagerado considerar que se teria instituído implicitamente um dever incondicional de licitar para as estatais operadoras de consórcios. Um dever assim radical *não existe sequer quando elas atuam ordinariamente, fora de consórcios*. Se a lei não criou para as estatais um dever de licitar absoluto, total, seria estranho que a norma, ao determinar a obser-

vância do “regime previsto nesta lei”, o instituisse apenas para operadoras de consórcios. O dever implícito também seria difícil de compatibilizar com a própria Constituição.¹¹

As estatais são regidas por uma espécie de regime híbrido: enceram em um só corpo dois traços contrastantes, que são a pertença ao aparelho do estado — o que em alguma medida pode atrair a incidência do regime de direito público — e a organização sob a forma empresarial — uma figura do direito privado, para atuar como parte do mundo privado.

Essa forma de organização repercute em seu modo de ser e agir, especialmente de contratar. Faz com que, apesar de estarem sujeitas ao dever de licitar (art. 37, *caput* e inciso XXI da Constituição), seu regime contratual e licitatório não possa, sob pena de comprometer a eficiência da própria atividade empresarial, ser o comum, aplicável à generalidade da administração pública —um regime rígido.¹²

A necessidade de as regras de contratação serem compatíveis com a atividade empresarial é ainda mais marcada nas estatais que atuam em regime de competição, disputando o mercado com outras estatais e mesmo com empresas privadas. Do contrário, correriam o risco de sofrer concorrência desleal; no limite, não conseguiram realizar bem suas missões de interesse público.¹³

11 Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho. “Empresas estatais e contratos sem licitação”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 20, n. 78, p. 9-22, abr./jun. 2022; e Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza. “Licitações nas Estatais: levando a natureza empresarial à sério”, em Carlos Ari Sundfeld - org. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

12 Alexandre Santos de Aragão. *Empresas Estatais – o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 169-170; Marçal Justen Filho. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 16; José Eduardo Martins Cardozo. “O dever de licitar e os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica”, em João Eduardo Lopes Queiroz; José Eduardo Martins Cardozo; e Maria Walquiria Batista dos Santos (org.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006 v. III, p. 786.

13 Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza. “Licitações nas Estatais: levando a natureza empresarial à sério”, em Carlos Ari Sundfeld (org.). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 81.

O formato empresarial, a sujeição ao regime de direito privado e a um regime de contratação compatível com esse formato são cláusulas do art. 173, § 1º, da Constituição — tanto na sua redação original quanto na atual, da Emenda Constitucional 19/1998, que procurou reforçá-las.

Em linha com as diretrizes da Constituição quanto ao perfil das empresas estatais, a Lei das Estatais perseguiu três grandes objetivos: homogeneizar o regime jurídico das várias empresas estatais para cumprimento de suas missões e dos princípios constitucionais da administração; diferenciar esse regime do regime clássico das entidades de direito público, na medida do necessário para a eficiência na realização de suas missões; e aproximar esse regime das práticas de mercado e da atuação das empresas privadas em geral.

No específico campo das contratações, trouxe regras de contratação mais ajustadas à realidade dessas entidades (título II, capítulos I e II), determinou que criem regulamentos internos (art. 40) e explicitou casos em que licitar seria impossível e inadequado ou apenas uma alternativa, não um dever inexorável (art. 28 a 30).

Llicitação — que, mesmo à moda das estatais, tem características fixas e é pautada por critérios bastante objetivos, que procuram neutralizar a *persona* do agente público — não é o método mais adequado para realizar todas as seleções de parceiros.¹⁴ Está afastado, assim, “o pressuposto de que o dever de licitar é monolítico e se reconheceu, em aderência à Constituição, que o regime de contratação das estatais deve lhes permitir atuar em regime análogo ao privado, o que atenua o cumprimento dos ritos das licitações, mas não a necessidade de se cumprir os princípios da Administração”¹⁵.

O “regime contratual” da Lei das Estatais — e mesmo o da administração direta — é composto não só por regras que mandam licitar, mas também por outras, que reconhecem a impertinência da licitação, em várias situações.

14 André Rosilho. *Llicitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

15 Bernardo Strobel Guimarães e outros. *Comentários à Lei das Estatais – Lei n.º 13.303/2016*. op. cit., p. 170.

Assim, a conclusão é que o § 5º do art. 1º da Lei das Estatais não teve por objetivo obrigar as estatais operadoras de consórcios a realizar as contratações de interesse deste por meio de licitação. Ficou preservada, inclusive pela referência à Lei das S/A, a autonomia das consorciadas para disciplinar os procedimentos de contratação.

No tópico a seguir, examina-se a discussão já ocorrida no STF a respeito dessa norma.

2. O DEBATE NO STF SOBRE CONSÓRCIOS E LICITAÇÃO NA LEI DAS ESTATAIS

O teor das decisões judiciais e os sinais que elas emitem para a jurisprudência do próprio tribunal, para o Judiciário como um todo e para o mundo externo, podem ser adequadamente compreendidos a partir, em primeiro lugar, de sua parte dispositiva, e, em segundo lugar, dos fundamentos especificamente empregados por juízes para embasar suas conclusões. É a exposição do raciocínio jurídico — isto é, do juízo racional de subsunção de fatos a normas — que confere legitimidade e transparência às suas manifestações. Identificá-lo é tarefa primordial do intérprete do Direito.

No processo de subsunção, o juiz articula diferentes tipos de argumentos. Cada qual desempenha determinado papel e tem certo grau de relevância no todo. Há os essenciais para a decisão. Outros têm papel apenas subsidiário. Outros, ainda, são retóricos, mas ainda assim podem ter valor argumentativo, simbólico, emocional.¹⁶

Os argumentos que correspondem “aos fundamentos definitivos para decidir, à prescrição que pode ser aplicada a casos futuros” — e só eles — compõem a *ratio decidendi* da decisão.¹⁷ Em contraposição, es-

16 Cf. Conrado Hübner Mendes. “Lendo uma decisão: *obiter dictum* e *ratio decidendi*. Racionalidade e retórica na decisão”. *Sociedade Brasileira de Direito Público*, p. 2. Disponível para consulta em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/12709082/lendo-uma-decisao-obiter-dictum-e-ratio-decidendi-sbdp>.

17 Idem, *ibidem*.

peculações iniciais, depois abandonadas, ou argumentos lançados como componentes marginais ao fundamento central, a propósito do caso concreto em si e que não lhe transcendem nem alcançam casos futuros, localizando-se na periferia do julgado, são classificados como *obiter dicta*.¹⁸

A busca pela *ratio decidendi* nem sempre é tarefa simples. No âmbito do STF, ela pode ser especialmente desafiadora, em parte por conta do modo como está organizado e toma decisões. Parcela da doutrina usa a metáfora das “onze ilhas” para ilustrar que, não raro, cada um dos ministros que compõem o tribunal vota separadamente, sendo a decisão final em si (procedente ou improcedente, constitucional ou inconstitucional etc.) a simples soma de todos os votos, mas sem uma opinião que seja autenticamente comum à instituição.¹⁹

Nesse contexto, como identificar, além da decisão em si (a parte dispositiva), os tais fundamentos definitivos, centrais? Não há resposta óbvia e universal a essa pergunta. Ao longo dos anos, uma série de trabalhos jurídicos, teóricos e práticos, tem sido produzida para enfrentar o tema.²⁰

No caso da ADI 5942, foi tomada por maioria a decisão que reconheceu a constitucionalidade da específica norma do decreto que afirmara a não incidência do dever de licitar sobre empresa estatal operadora de consórcio. Quanto à discussão mais ampla sobre a constitucionalidade do decreto, ficaram vencidos Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski (e, relativamente à norma específica do decreto, Cármen Lúcia). Os que compuseram a maioria em favor da constitucionalidade (foram seis ministros quanto ao § 7º do art. 1º e sete ministros

18 Cf. Idem, *ibidem*.

19 Cf. Virgílio Afonso da Silva. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”. *Revista de Direito Administrativo*, 250, 2009, p. 219-220. Conrado Hübner Mendes. “Onze ilhas”. *Folha de S. Paulo*, 1.2.2010. Disponível para consulta em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>.

20 Diogo R. Coutinho e Adriana Vojvodic (coord.). *Jurisprudência Constitucional: Como Decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009 e Adriana Vojvodic, Henrique Motta Pinto, Paula Gorzoni e Rodrigo Pagani de Souza (coord.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012; Fernando Leal. “Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal? *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 205-236, jan./abr., 2020.

quanto ao restante do decreto) apresentaram votos individuais escritos, à exceção de Celso de Mello (portanto, há votos fundamentados de Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Cármén Lúcia, Dias Toffoli e Gilmar Mendes).

Para identificar o cerne do julgado especificamente quanto à constitucionalidade da norma, é preciso conhecer, primeiro, a parte dispositiva de cada voto e, atento a ela, em segundo lugar também a visão individual de cada ministro sobre o tema, buscando, em seguida, pontos de contato entre os votos. O que houver de comum *na parte dispositiva* dos votos vencedores corresponderá à *decisão* do tribunal (integralmente constitucional, parcialmente inconstitucional etc.). Já o denominador comum nas visões dos votos vencedores corresponderá à *ratio decidendi* da decisão proferida pelo colegiado. Para esse exercício, serão considerados os votos dos seis ministros que, tendo composto a maioria, decidiram que a norma é constitucional (o que exclui, portanto, Cármén Lúcia).

Quanto à decisão tomada, o resultado proclamado foi que a maioria dos ministros simplesmente rejeitou a ação, *não tendo, portanto, declarado qualquer inconstitucionalidade, nem total, nem parcial, de nenhum dos dispositivos do decreto*. Logo, quanto à norma específica do decreto, o tribunal também reconheceu a constitucionalidade de sua íntegra. Examinando a parte dispositiva de cada voto vencedor, isso se confirma: nenhum deles foi expresso em deferir qualquer declaração de inconstitucionalidade, ainda que parcial, deste dispositivo.

Isso importa para o exame das razões de cada voto. É natural que, em um exercício dialético, cada voto especule sobre possíveis razões ou aspectos que poderiam levar a alguma inconstitucionalidade, bem como que expressem alguma sensibilidade, preocupação ou tendência a respeito. Problematizar é típico de quem raciocina. Mas não se pode tomar especulações e expressões iniciais de tendência como conclusões definitivas, pois estas estão apenas na parte dispositiva. Veja-se, então, o que disse cada ministro.

Fux, relator para o acórdão, afirmou no início, especificamente em relação à norma do decreto, que deveria “ser interpretado à luz do *caput* e cotejado com o artigo 1º, § 5º da Lei das Estatais (...)" (fls. 32). O

decreto, em seu art. 1º, define seu objeto nos seguintes termos: “estabelece o procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, na forma estabelecida no art. 29, no art. 61, *caput* e § 1º, e no art. 63 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no art. 31 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010”.

Ocorre que, logo no parágrafo seguinte do seu voto, Fux fez uma emenda ou explicação de seu ponto inicial. Calcado na premissa de que “o afastamento da realização de licitação nas contratações de bens e serviços efetuadas por consórcios operados pela Petrobras justifica-se pelas especificidades estratégicas de um determinado setor econômico [o do petróleo]” (fls. 33), afirmou com todas as letras que, “*Ainda que não trate especificamente de operações de cessão de direitos* [isto é, da hipótese do *caput* do art. 1º do decreto], mas da contratação ordinária de bens e serviços pelo consórcio, esse tipo de contrato administrativo [*submeter-se-ia*] à regra específica de operacionalização de cessão de direito, excepcionando a geral de licitação, que dispõe sobre sua aplicabilidade a estatais operadoras de consórcios” (fls. 33).

Para Fux, portanto, mesmo *fora* de operações de cessão de direitos, a estatal, na condição de operadora de consórcios, não estaria obrigada a licitar. Segundo ele, “especificidades estratégicas” do setor afastariam o dever de contratar bens e serviços mediante licitação quando participasse de consórcios na condição de operadora.

Quando foi caminhando para a síntese de seu ponto de vista, acolheu como “a melhor exegese do dispositivo aquela segundo a qual a estatal *não se submete ao regime licitatório para as contratações de bens e serviços realizadas pelo consórcio*, quando integrado majoritariamente por agentes privados”. Nesse caso, “à semelhança de uma pessoa jurídica que não integra a Administração Pública, o consórcio concretiza[ria] o interesse privado de terceiros consorciados com a Petrobras” (fls. 33).

Mas o voto não chegou a dizer, pelo menos de modo expresso, que, ao contrário, nos consórcios em que a estatal fosse majoritária, não haveria as citadas “especificidades estratégicas” justificadoras do afastamento do dever de licitar.

O voto não afirmou que haveria isenção quanto ao dever de licitar *apenas* quando a estatal for operadora de consórcios compostos de forma majoritária por agentes privados — restrição essa que, logicamente, não parece compatível com a ideia, defendida pelo voto anteriormente, de que a isenção de licitar no caso de consórcios se justificaria por “especificidades estratégicas”, sem ressalvar que elas somente fariam sentido quando a estatal fosse minoritária. Ele se limitou a dizer que, na hipótese de a estatal ser minoritária (do que não se infere necessariamente que *apenas nela*), seria impertinente falar em um dever de licitar.

Tendo o decreto como um todo sido declarado *constitucional* pelo voto, a menos que houvesse ressalva parcial expressa à constitucionalidade de alguns dos seus dispositivos (o que não houve), não se pode supô-la. Suposição como essa teria efeito restritivo em relação à constitucionalidade do decreto, contrariando a parte dispositiva do voto e minando o sentido geral de sua fundamentação (pela constitucionalidade integral do diploma, sem ressalva de parte alguma). Essa suposição seria contrária ao resultado final proclamado no acórdão, após os votos de todos os ministros, o qual também não incluiu qualquer interpretação conforme.

Lido na íntegra, não se extrai do voto de Fux ressalva à constitucionalidade do § 7º do art. 1º do decreto 9.355, de 2018. Antes o contrário. Consta da sua decisão que peculiaridades do setor justificam, à luz da Constituição e da Lei das Estatais, que contratações realizadas pela estatal na condição de operadora de consórcio não se sujeitem ao dever de licitar.

Barroso, sobre a mesma norma, afirmou inicialmente que “teria alguma dúvida” (fls. 64). Depois de retomar o teor do dispositivo e de especular sobre eventual incompatibilidade com a lei — “alguém poderia vislumbrar um contraste com a Lei das Estatais” — concluiu que a norma apenas conteria “uma aparente incompatibilidade” (fls. 64).

Na sequência, afirmou o seguinte:

Porém, ainda aqui, eu considero que a lei que disciplina especificamente o contrato de cessão de exploração de petróleo como lei especial em relação à lei geral das estatais. Por isso, eu também

estou aceitando a validade do decreto. Esse dispositivo poderia suscitar alguma dúvida que estou superando dessa forma (fls. 64).

O voto, no ponto, é truncado. Parece, inclusive, ter havido erro na referência a uma lei especial, que não existe, sobre “*cessão* de exploração de petróleo”, quando o correto seria referir-se a lei especial sobre “*concessão* de petróleo”, esta sim existente (é a lei 9.478, de 1997). Aliás, justamente esta lei especial veio a ser lembrada, no voto de Mendes, analisado na sequência, como base de um regime especial para estatal em causa.

Mas a despeito da confusão do texto, dele se extrai esta certeza: ficou definitivamente superada a dúvida, sobre a qual Barroso havia especulado inicialmente, quanto à eventual incompatibilidade da norma do decreto com o § 5º do art. 1º da Lei das Estatais. Foi por isso, aliás, que, na parte dispositiva de seu voto, ele declarou o decreto como *integralmente constitucional*, sem ressalvas. É o que resulta de seu voto.

Repete-se, também aqui, o que se disse em relação ao voto de Fux: tendo sido o decreto considerado, por Barroso, como inteiramente constitucional, não é possível ver em partes de seu voto sustento da tese de que haveria inconstitucionalidade parcial em um de seus dispositivos — pois isto não aparece no voto. Como o ministro não votou pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, nem incluiu expressamente na parte dispositiva qualquer interpretação conforme, todo o esforço de compreensão sobre seu voto só pode ser no sentido de preservar a eficácia e validade integral da norma.

Mendes, por sua vez, respondeu da seguinte maneira à acusação de que a norma do decreto teria violado reserva de lei para dispor sobre regras de contratação e licitação:

Sobre esse ponto, considero necessário esclarecer que a existência de regime geral de licitação previsto na Lei 8.666/93 e, mais recentemente, na própria Lei 13.303/2016, não exclui a definição de regimes específicos que se prestem, em última análise, a conferir competitividade ao Estado empresário (fls. 117).

Para corroborar seu argumento, mencionou precedentes do STF (como o conhecido mandado de segurança 25.888, relatado pelo próprio Mendes) no sentido de que a submissão em tese da empresa estatal envolvida à sistemática de licitações não afasta a aplicabilidade de regras especiais e de procedimentos simplificados.

Também Mendes, na parte dispositiva de seu voto, à semelhança dos anteriores, rejeitou inteiramente a ação, sem fazer qualquer ressalva à norma do decreto sobre inaplicabilidade da licitação, ainda que parcial ou na forma de uma interpretação conforme.

Fux, Barroso e Mendes foram os únicos a se manifestar especificamente sobre as razões a favor ou contra a constitucionalidade do § 7º do art. 1º do decreto 9.355, de 2018. Os demais que compuseram a maioria no sentido da constitucionalidade (sem ressalvas), ou não abordaram o tema em seus votos individuais (é o caso de Moraes e Toffoli), ou sequer apresentaram voto individual (caso de Celso de Mello, que apenas aderiu ao voto do relator para o acórdão). Em seus votos, Moraes e Toffoli se limitaram a tecer comentários sobre a constitucionalidade do decreto como um todo.²¹

CONCLUSÃO

Tem havido, no Brasil, uma supervalorização do dever de licitar como caminho de melhoria da constituição e da gestão de relações de entidades estatais com o setor privado. Inadequações dos regimes de licitação desenhados pelas leis têm sido ignoradas por intérpretes, inclusive à custa de interpretações indevidamente mitigadoras das próprias hipóteses legais de dispensa e inexigibilidade de licitação. É um movimento que acaba por transformar a licitação em verdadeiro fetiche.

21 Para ilustrar, vale excerto do voto de Moraes: “O decreto impugnado visou, mesmo ausente esse dever de licitar [para a cessão de direitos], a padronizar e compatibilizar essa prática com os princípios constitucionais da Administração Pública; seu conteúdo é significativamente convergente com a disciplina da Lei 13.303/2016, feitas adaptações relacionadas a simplificação das fases do procedimento” (fls. 47).

Uma exacerbção desse movimento tem aparecido na tentativa de enxergar, como implícita em normas que simplesmente silenciaram a respeito, a suposta imposição legal do dever de licitar para situações externas à administração pública, apenas por estarem envolvidas entidades do Terceiro Setor ou empresas do setor privado com relações estreitas com a administração pública. É um processo perigoso de extração, com efeitos nocivos para essas relações, além de gerador de insegurança jurídica. Em suma, o fetichismo está saindo do controle.

Este estudo abordou um desses casos, o de consórcios integrados por empresas do setor privado e do setor estatal, e constatou que não existem razões práticas ou principiológicas, tampouco base suficiente nos textos legais, para afirmar a incidência do dever de licitar em relação a eles. Além disso, constatou que o Supremo Tribunal Federal, em decisão quanto ao ponto, recusou-se a referendar o movimento.

Portanto, é possível vislumbrar, ao menos quanto a essa situação, coerência entre legislador nacional e jurisdição constitucional no sentido de conter o movimento fetichista de expansão exacerbada da licitação para fora do campo em que ela realmente faz sentido. É uma boa notícia.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais – o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CARDOZO, José Eduardo Martins. “O dever de licitar e os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica”, em João Eduardo Lopes Queiroz; José Eduardo Martins Cardozo; e Maria Walquiria Batista dos Santos (org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006 v. III.

COUTINHO, Diogo R; VOIVODIC, Adriana (coord.). Jurisprudência Constitucional: Como Decide o STF?. São Paulo: Malheiros, 2009 e Adriana Vojvodic, Henrique Motta Pinto, Paula Gorzoni e Rodrigo Pagani de Souza (coord.). Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; outros. *Comentários à Lei das Estatais – Lei n.º 13.303/2016.*

JUSTEN FILHO, Marçal. “As empresas privadas com participação estatal minoritária”, *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 1, vol. 2, set./out. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LEAL, Fernando. “Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal? *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 7, n. 1, jan./abr., 2020.

MENDES, Conrado Hübner. “Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão”. Sociedade Brasileira de Direito Público, p. 2. Disponível para consulta em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/12709082/lendo-uma-decisao-obiter-dictum-e-ratio-decidendi-sbdp>.

MENDES, Conrado Hübner. “Onze ilhas”. Folha de S.Paulo, 1.2.2010. Disponível para consulta em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>.

ROSA, Alberto Lopes. “Da concessão à partilha: análise das joint ventures no setor de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil”, *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, vol. 4, 2013.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”. *Revista de Direito Administrativo*, 250, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Procedimentos Administrativos de Competição”, em Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Ari Sundfeld (org.), *Doutrinas Essenciais – Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL(REURB-S): ANÁLISE DA LEI Nº 13.465/2017 À LUZ DE REFLEXÕES DE SCHMIDT-ASSMANN¹

Caroline Bastos Dantas²

Maria Tereza Fonseca Dias³

-
- 1 Este artigo foi escrito em homenagem à professora Cristiana Fortini, especialmente pelo seu pioneirismo em promover estudos de Direito Urbanístico, quando foi diretora do curso de Direito, à época, do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. As autoras deste trabalho foram docentes desta disciplina, como matéria optativa, naquela instituição. Registre-se que Cristiana Fortini e Maria Tereza desenvolveram, em 2002, o Programa de Aprofundamento de Estudos em Direito Urbanístico para o estudo do fenômeno dos condomínios fechados no Município de Nova Lima, onde o curso de Direito foi implantado.
- 2 Doutoranda em Direito pela UFMG (2022). Possui mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Atualmente é Pró-Reitora Acadêmica e professora do Centro Universitário de Sete Lagoas - UNIFEMM. Membro da Comissão de Direito Urbanístico da OAB/MG.
- 3 Doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Associada do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Visiting Scholar no King's College Londres (2020) pelo Programa Capes/Print.

1. INTRODUÇÃO

Passados quase cinco anos desde a edição da controversa Lei nº 13.465/2017 é chegado o momento de promover a análise de sua eventual contribuição na implementação do direito fundamental à moradia e dos impactos de sua aplicação na conformação do território urbano brasileiro. O objeto desse estudo refere-se, exclusivamente, a regularização Fundiária Urbana – Reurb, especialmente a de interesse social, conhecida como REURB – S, por isso os aspectos relacionados a regularização fundiária rural não serão abordados neste texto.

O trabalho toma como premissa que a regularização fundiária não é programa habitacional, pois esta se faz a partir de política pública planejada. Não se defende o uso indiscriminado e perpétuo de instrumentos de regularização. Porém, ignorar a consolidação do território é retomar o período de 1822 com o fim da concessão de sesmarias até a promulgação da Lei de Terras de 1850. Esse período sem normatização e instrumentação do uso da terra somente fomentou a irregularidade e apropriação do território de maneira desordenada conforme os interesses econômicos dos mais abastados. Segundo Nozoe:

Após a colocação em desuso do instituto de distribuição legal de terras públicas às vésperas da Independência, os detentores de alentados recursos e influência também passaram a lançar mão do recurso do aposseamento. Como consequência, a humilde posse com cultura efetiva se impregnou do espírito latifundiário. Depois de 1822, sobretudo, as posses passam a abranger fazendas inteiras e léguas a fio. Extinto o regime das sesmarias, a posse começa a servir-lhe de veículo. Até então, a condição fundamental era que de o posseiro nela residisse e a cultivasse de modo efetivo, o que, de certo modo, limitava o tamanho das propriedades à sua capacidade, em geral modesta, de exploração. (NOZOE, p. 14)

A Lei nº 13.465/2017 é resultado da conversão da Medida Provisória nº 759/2016 que, sem maiores debates públicos e de uma só vez, revogou todo o capítulo relativo a regularização fundiária previsto na Lei nº 11.977/2009 conhecida como a Lei do “Minha Casa, Minha Vida”. A

referida MP gerou debates promovidos pelos movimentos populares e setores ligados à efetivação o direito à moradia. Isto porque, em que pese já existirem legislações anteriores esparsas e pontuais relacionadas à temática, a Lei nº 11.977/2009 é reconhecida como o primeiro estatuto a disciplinar a regularização fundiária brasileira de maneira sistemática, tendo promovido avanço significativo no tema.

Todavia, cabe lembrar que quando editada a Lei nº 13.465/2017 houve mais que a mera conversão da MP em Lei. Apropriando-se dos avanços da Lei do “Minha Casa, Minha Vida” a nova Lei de Regularização Fundiária alterou aspectos da legislação anterior com o objetivo de acelerar e facilitar a sua aplicação. O que para alguns doutrinadores constituiu-se de instrumentos de desburocratização e facilitação do processo, para outros foi objeto de severas críticas.

Este trabalho abordará, por meio da análise da literatura sobre o assunto, aspectos polêmicos da novel legislação à luz da Teoria do Sistema da Ação Administrativa de Schimdt-Assmann. O autor, em trabalho acerca das questões fundamentais da reforma da teoria geral do direito administrativo, ressalta que existem quatro agentes importantes para o aprimoramento e transformação do Direito Administrativo: a jurisprudência, o legislador, a doutrina científica e o Poder Executivo. (SCHMIDT-ASSMANN, 2006) Schimdt-Assmann também discute o novo paradigma de atuação da Administração Pública de modo a avaliar a eficiência de procedimentos administrativos previstos em lei, bem como a importância da inovação dos critérios de ação administrativa, quando de sua aplicação. Alguns aspectos de sua teoria, neste contexto, podem colaborar para compreender a implementação dos programas de regularização fundiária urbana de interesse social na Lei nº 13.465/2017.

2. A LEI Nº 13465/2017 E A REURB-S

Pretendendo resolver a situação do passivo urbanístico e de modo a permitir o correto planejamento das cidades a partir de sua edição, a Lei nº 13.465/2017 autoriza a regularização civil do imóvel no que se refere

ao direito de propriedade, bem como ao registro cartorário, além de promover a adequação do parcelamento independentemente da condição de clandestino ou irregular, tendo recebido, como dito, inúmeras críticas quando de sua edição. A principal delas aponta para a demasiada ênfase na titulação da propriedade, o que levaria a criar verdadeiras “Cidades de Papel”⁴. Lilian Albuquerque lembra que a Comissão Pastoral da Terra – CPT na condição de *amicus curiae* na ação que pretende a Declaração de Inconstitucionalidade da nova lei, afirma que:

Existiria, portanto, uma suposta anistia, por via transversa, aos lotadores irregulares, dada a possibilidade de regularizar apenas sob aspecto dominical, criando, assim, a “cidade de papel”, pois a autorização para realização de obras de infraestrutura seria realizada somente depois da conclusão da regularização fundiária, conforme preconiza o art. 36, § 3º (ALBUQUERQUE, 2022, p. 108).

Contudo, olhar mais detido sobre a questão percebe que a nova legislação promove mais do que a mera desburocratização dos registros de propriedade, pois fortalece o direito à moradia e assegura, de forma cogente e exigível no futuro, a implementação de obras de infraestrutura, o que favorece o planejamento urbano.

A Legislação prevê em seu art. 13 duas modalidades de Regularização Fundiária Urbana (Reurb). A primeira denominada REURB – S é a regularização de interesse social aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo Municipal. A segunda foi denominada REURB – E, regularização de interesse específico aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de REURB - S. Em que pese a previsão legal de que o executivo municipal pode fixar parâmetros definidores de população de baixa renda conforme a sua realidade, o Decreto nº 9310/2018 estabelece em no art. 6º que para a classificação da REURB na modalidade REURB-S a composição ou a faixa da renda familiar para definição de população de baixa renda não poderá ser superior ao quíntuplo do salário mínimo vigente no País.

4 Sobre o tema conferir o trabalho de Clara Cirqueira de Souza (2021).

O enquadramento em uma ou outra modalidade de REURB se presta a saber de quem será o ônus da regularização e, consequentemente, urbanização do território. Em se tratando da REURB – S os custos de sua implementação serão do Poder Público, inclusive taxas e emolumentos cartorários. Já no caso da REURB – E os particulares arcam com as despesas decorrentes do processo de regularização.

A classificação entre REURB-S e REURB-E deve ser realizada pela predominância da ocupação, pois sabe-se que em um mesmo núcleo informal consolidado podem ser encontrados ocupantes classificados como de baixa renda e outros não. Por isso, o enquadramento geral deve ser atribuído ao caráter predominante da ocupação e os imóveis devem ser classificados individualmente quando da expedição da Certidão de Regularização Fundiária – CRF. Com isso, é possível se falar em uma classificação total, parcial ou mista entre as modalidades de REURB.

No tocante à modalidade de REURB-S, ao se deparar com o fenômeno da irregularidade/ilegalidade urbanas é preciso que se reconheça a impossibilidade, na maior parte das vezes, de se exigir a adoção de critérios urbanísticos previstos na legislação com o objetivo de promover sua regularização. A ocupação territorial composta predominantemente por famílias de baixa renda, desordenada e irregular já está consolidada e só restam dois caminhos para solução do problema: a) a demolição, numa perspectiva higienista, embelezante e altamente excludente, já adotada no Brasil de maneira catastrófica (Cf. COSTA; ARGUELHES, 2008) ou b) o reconhecimento da falência do Poder Público na efetivação do planejamento e, com isso, a legalização da situação fática de modo torná-la ambiental e socialmente melhor que antes, tanto para os ocupantes e quanto para os demais moradores da cidade. Neste contexto, João Pedro Paiva conclui que “Continuar impondo condicionantes e restrições a quem há anos se apresenta em situação consolidada não é o melhor caminho. Agora é preciso que se proteja o que o tempo tratou de consolidar” (PAIVA, 2019, p. 26).

Partindo-se da premissa de que demolir e remover é algo inviável sob o ponto de vista econômico e social é preciso reconhecer a titularidade do direito daqueles que ocupam o que lhes foi destinado no contexto

da cidade mercantil. Como afirma Paiva, moradia e propriedade são conceitos distintos. Todavia, não atribuir a propriedade a quem detém a moradia é esvaziar os atributos que a coisa pode gerar. A nova lei pretende fazer essa conexão entre moradia e propriedade, reunificando a realidade fática com a jurídica (PAIVA, 2019, p. 24).

Afirmar que a titularização dos imóveis é algo ruim por si, é reforçar um paradigma de Estado autoritário no qual apenas a tutela estatal capaz de assegurar a não gentrificação, e consequentemente, a não expulsão da população do local da ocupação regularizada. Essa premissa, contudo, é falaciosa na medida em que os processos de gentrificação/expulsão contam com grande atuação estatal, seja direta, seja indiretamente. Portanto, não é o fato de impedir a expedição do título de propriedade ao morador que impedirá a especulação imobiliária, mas sim uma atuação firme do Poder Público, fiscalizada e monitorada pela sociedade, para assegurar uma cidade inclusiva por meio de políticas públicas claramente orientadas para a promoção dos direitos fundamentais de seus habitantes. Transferir a responsabilidade de evitar processos de gentrificação ao morador titular de direito de propriedade é avaliar apenas um dos aspectos do fenômeno em questão e eximir o Poder Público de exercer a governança necessária sobre seu território. Nesse sentido, conclui-se que “O que a Regularização Fundiária pretende é mitigar parte do problema e, quiçá, permitir que o tempo e o esforço humano empreendido numa região permitam a melhoria das condições de vida no local.” (PAIVA, 2019, p. 28).

3. DIMENSÕES DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA REURB-S

É relevante que se reforce que a REURB prevista na Lei nº 13.465/2017 abarca quatro dimensões, a saber: a) jurídica, b) urbanística, c) ambiental e d) social. Tais dimensões visam assegurar a melhoria do meio ambiente e da vida, promovendo a contribuição, a economia circular e também auxiliam no planejamento urbano. Esta abordagem da REURB permite eficiência econômica sobre a ocupação da terra e derru-

ba muros artificiais criados pela insegurança da própria ocupação. Portanto, o aspecto jurídico registral é apenas uma das dimensões envolvidas em todo o processo.

A Lei nº 13.465/2017 amplia o conceito de regularização fundiária, já que na legislação anterior era necessário que o assentamento a ser regularizado constituísse núcleo urbano ou estivesse em área de expansão urbana. Isso dificultava o processo, pois era necessário alterar a legislação local de perímetro da cidade, ampliando área urbana por exemplo. Agora, áreas informais localizadas em zona rural podem ser objeto de regularização. Tal mudança é de extrema valia para a regularização fundiária de interesse social, pois é sabido que a população de baixa renda, por diversas razões, costuma ocupar áreas distantes da centralidade urbana, nas franjas das cidades.

A legislação anterior somente permitia a regularização de áreas urbanas em parcelamentos clandestinos e irregulares, deixando de fora condomínios e conjuntos habitacionais que passaram a ser abrangidos pela nova lei. Do mesmo modo, a Lei nº 11.977/2009 não se aplicava a domicílios urbanos compostos por estabelecimentos com fins outros que não apenas moradia, tais como comércio, serviços e indústria. A Lei nº 13.465/2017 contempla na REURB imóveis residenciais ou não residenciais, o que favorece a regularização de áreas ocupadas por população e baixa renda que possui alguma atividade comercial instalada. Isso contribui para a consolidação dos múltiplos usos e diversidade no território da cidade.

As críticas ao alargamento das hipóteses de REURB não merecem acolhida vez que a não regularização desses assentamentos informais não levará a sua extinção, muito antes pelo contrário. Não regularizar mantém a Administração Pública alheia à realidade e às necessidades daquela população, por desconhecimento do que de fato ocorre em seu território, impactando no próprio planejamento urbano.

Outro aspecto positivo da Lei nº 13.465/2017 é a transferência do protagonismo do processo de regularização fundiária do serviço notarial e de registro (cartório) para o Município, o que representa avanço importante em termos de responsabilização pelo planejamento territorial, ainda que feito a reboque e no contexto da REURB. O Plano de Regularização

Fundiária a ser elaborado pelo Município na REURB-S deve vir acompanhado do Plano de Urbanização da Área, do cronograma de execução das obras de infraestrutura e irá compor a Certidão de Regularização Fundiária – CRF. Nos termos do art. 21, § 1º, do Decreto nº 9.310/2018, o termo de compromisso será assinado, também, por duas testemunhas, de modo a formar título executivo extrajudicial, representando avanço significativo no que se refere ao controle e fiscalização da implementação das medidas necessárias à urbanização, inclusive judiciais.

Feitas considerações sobre aspectos inovadores e mais flexíveis da nova lei de regularização fundiária passa-se à análise de sua dogmática no contexto do Sistema da Teoria Geral do Direito Administrativo, a partir dos ensinamentos de Schmidt-Assmann em sua obra *A teoria geral do Direito Administrativo como sistema* (2003).

4. O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ADEQUADO NA REURB

Deve-se destacar que a desburocratização implementada pela nova legislação não exime o município de observar as formalidades necessárias, ainda mais se for considerada a possibilidade de aquisição originária do direito de propriedade por meio da nova figura instituída sob a denominação “legitimação fundiária”. O procedimento administrativo da REURB deve ser rigoroso e destinado a observar os direitos fundamentais dos envolvidos, mas não apenas, pois a própria Administração Pública pode, por meio deste procedimento, identificar as falhas de fiscalização e implementação de políticas de acesso à moradia.

Com isso, o procedimento da REURB-S contribui tanto para que o Município conheça seu território e a ocupação nele existente, quanto para que identifique sua população e as demandas necessárias no âmbito de sua competência. Permite ainda que, ao conhecer a trajetória de ocupação, consiga refletir sobre seu planejamento urbano verificando aspectos frágeis e descolados da realidade socioeconômica e cultural da comunidade.

Ademais, a Lei nº 13.465/2017, ao retirar a objetividade da definição da área passível de regularização, permite que se possa adequar a norma à realidade fática local. Tem-se agora como critério para a REURB-S o conceito de “núcleo urbano informal consolidado”. Por se tratar de conceito fluído, carente de determinação no caso concreto, é necessário que o Direito estabeleça diálogo com outras ciências tais como a Geografia e o Urbanismo para sua identificação. Não se trata mais da apropriação isolada de conceito a ser interpretado pelo viés estritamente jurídico, mas requer abertura à inter e transdisciplinaridade acerca do que se entenda especialmente por “consolidado”. Ao não estabelecer o período mínimo de tempo de ocupação, a lei permite que mais situações possam ser abarcadas no processo de formalização. Apenas para os casos de legitimação fundiária a lei da REURB-S estabelece o marco temporal de 22 de dezembro de 2016 - data de edição da MP nº 679 - como limite para promoção de regularização. Para outras hipóteses de REURB não se estabelece prazo algum, o que não desobriga o poder público municipal de exercer seu poder de polícia urbanístico na fiscalização de novas ocupações e de implementar planejamento urbano capaz de permitir que a cidade capitalista acolha seus habitantes com o mínimo existencial, moradia e vida digna.

Aspecto importante da Lei nº 13.465/2017 é a disciplina do procedimento de regularização fundiária urbana. Esta lei disciplina os requisitos e etapas do processo, a solução consensual de conflitos, sempre que possível, instituindo a mediação como mecanismo prioritário de solução de controvérsias.

A nova lei estabelece de forma mais clara e segura as fases e etapas do procedimento administrativo de regularização. Nos termos do art. 28, da Lei nº 13.465/2017, a REURB compreende as seguintes fases: I - requerimento dos legitimados; II - processamento administrativo do requerimento, no qual será conferido prazo para manifestação dos titulares de direitos reais sobre o imóvel e dos confrontantes; III - elaboração do projeto de regularização fundiária; IV - saneamento do processo administrativo; V - decisão da autoridade competente, mediante ato formal, ao qual se dará publicidade; VI - expedição da CRF pelo Município; e VII - registro da CRF e do projeto de regularização fundiária aprovado

perante o oficial do cartório de registro de imóveis em que se situe a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada.

Segundo Marrara e Castro duas são as fases no procedimento de REURB (MARRARA; CASTRO, 2019, p. 98-117). A fase 1, conduzida no âmbito da Administração Pública Municipal, que vai da abertura do procedimento até a delimitação de objeto e a fase 2, cartorária, que abarca o registro, a titulação e a conclusão. O processo administrativo municipal que envolve a fase 1 comprehende a abertura do processo, que pode ocorrer de ofício ou por solicitação de um dos legitimados previstos no art. 14 da Lei. Caso haja requerimento, o órgão municipal encarregado do procedimento deverá analisar o pedido e, em caso de negativa de seguimento, deve decidir de forma motivada e fundamentada, além de indicar as medidas que deverão ser adotadas pelo requerente com vistas à reformulação e à reavaliação do pedido, quando houver falhas passíveis de correção (art. 32).

Caso seja aceito o requerimento, o Município deverá promover o enquadramento do procedimento como REURB-S ou REURB-E. Nesta etapa se promove o levantamento dos títulos e a vistoria do imóvel. Caso o município quede silente no prazo estabelecido, a lei atribui efeito de concordância com o enquadramento solicitado pelo requerente. A etapa posterior consiste na notificação dos proprietários, confinantes e terceiros eventualmente interessados para que apresentem impugnação ao requerimento de regularização (art. 31), devendo ser realizada por via postal com aviso de recebimento ou edital caso não localizados ou se recusem a receber a notificação. O silêncio dos notificados é tido como atestado de reconhecido e concordância com a REURB. Caso os notificados apresentem suas impugnações essas devem ser tratadas por meios consensuais.

Dando seguimento ao procedimento, deve ser elaborado o projeto de regularização com a previsão de um projeto de urbanização nos termos dos art. 35 e 36. Este projeto deve contemplar a infraestrutura básica prevista na Lei. Para tanto é necessário prever sistemas de abastecimento de água potável coletivo ou individual, de coleta e tratamento de esgoto sanitário, coletivo ou individual, rede de energia elétrica domiciliar, soluções de drenagem, quando necessário e outros equipamentos a serem definidos pelo

poder público em função das necessidades locais e características regionais (art. 36, § 1º). Em caso de REURB-S as concessionárias devem participar ativamente do plano de regularização e se responsabilizar pelo cronograma das obras que irão compor o termo de compromisso.

Caso o núcleo a ser regularizado encontre-se em área de risco geotécnico, de inundação ou outros previstos em lei devem ser realizados estudos técnicos para examinar a possibilidade de eliminação, correção ou administração dos riscos. Neste caso, a REURB só poderá ocorrer caso as medidas apresentadas no estudo técnico tenham sido implementadas. Caso não seja possível eliminar, corrigir ou administrar o risco, as famílias devem ser realocadas para outra área indicada pelo Município (art. 39).

Especificamente, no que se refere a ação administrativa, Schmidt-Assmann afirma que é preciso sistematizá-la para que seja estruturada juridicamente, bem como examinar a evolução da teoria das formas de atuação jurídica tendo em vista o Procedimento Administrativo. (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 287)

A REURB-S tal como desenhada pela Lei nº13.465/2017 não pode ser dissociada da teoria geral da ação administrativa defendida pelo autor. Nesse sentido, é preciso que o agir do Poder Público na implementação de suas políticas públicas se paute de forma estruturada e conexa com o restante do sistema e esteja submetida ao procedimento administrativo adequado para sua realização, nos termos apresentados por Schimidt-Assmann. Desde modo, na REURB identifica-se diversos atores que objetivam o exercício de seus direitos fundamentais. De um lado se encontram os ocupantes, que pleiteiam o exercício do direito à moradia adequada a partir da segurança jurídica que a REURB promove. De outro encontra-se o titular de domínio de imóvel, seja ele público ou particular. Interesses aparentemente antagônicos precisam ser realizados à luz do princípio da função social da propriedade insculpida na Constituição da República de 1988. Neste caso:

[...] as situações que afetam os direitos fundamentais e nas que existem distintos interesses em jogo, com situações de enfrentamento entre vários titulares de direitos, exigem o estabelecimento

de mecanismos de eleição entre as diversas alternativas baseados em procedimentos dirigidos a resolução desse conflito.” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 363)

E prossegue o autor:

Nem sempre se tem suficientemente em conta que os procedimentos administrativos são esquemas de atuação em que o valor dos elementos individuais que os compõem só se pode aclarar em uma valorização do conjunto. (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 364)

Esta reflexão Schmidt-Assmann faz menção às leis de celeridade alemãs. Pondera o autor que o procedimento administrativo não deve se prestar a dificultar excessivamente o controle judicial posterior, mas tampouco deve servir para desprezar a responsabilidade dos Tribunais (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 366). Segue o autor afirmando que o procedimento deve buscar tratamento adequado e igual aos interessados de modo a facilitar a ação administrativa.

Ao mesmo tempo, como explicitado pelo autor, os procedimentos devem servir não só para cumprir suas funções tradicionais, se não também para facilitar a capacidade de aprendizagem da Administração e para dar um impulso a inovação” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 375).

Portanto, é preciso aprimorar constantemente o procedimento administrativo por meio de técnicas e instrumentos que promovam a sua eficiência. Com isso, refletir acerca da flexibilização da documentação na titulação de áreas pública, da “descartorização” do procedimento administrativo, a adoção de soluções consensuais para as impugnações na REURB, da possibilidade de se pactuar o cronograma de investimentos nas obras de infraestrutura, tudo isso permite a ponderação dos interesses dos diversos envolvidos na busca pela eficiência do procedimento de regularização fundiária.

Nesse contexto, o procedimento administrativo na REURB, com todas as suas etapas, torna-se relevante para o exercício dos direitos fundamentais dos atores envolvidos na regularização fundiária. E, conforme já explicitado por Dias e Souza, “A possibilidade vislumbrada de facilita-

ção dos procedimentos de regularização e, principalmente, da regularização em terra pública também poderá favorecer os movimentos de luta por moradia.” (DIAS; SOUZA, 2019, p. 99)

5. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DE TERRAS PÚBLICAS E AS NOVAS FORMAS DE NORMATIVIDADE E DE AÇÃO ADMINISTRATIVA

Outra crítica feita à REURB, prevista na Lei nº 13.465/2017, diz respeito a possibilidade de regularização de terras públicas.⁵ O questionamento da constitucionalidade da legitimação fundiária⁶ daqueles

-
- 5 Em trabalho anterior, afirmei que a regularização fundiária em terras públicas é o tema de maior divergência entre os estudiosos, pois: “Isso decorre do fato de que, ao mesmo tempo em que se possibilita a regularização das ocupações que lutam pelo direito à moradia, garantindo o acesso à terra dessa população, pode implicar, em outras situações fáticas, à dilapidação do patrimônio público. Ainda, há a possibilidade desse patrimônio ser apropriado, produzindo maior concentração fundiária, tendo sido a Lei nº 13.465/2017, nesse aspecto, ter sido denominada como “lei da grilagem”. (DIAS; SOUZA, 2019, p. 96)
- 6 Art. 23. A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da REURB, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016.
- § 1º Apenas na REURB-S, a legitimação fundiária será concedida ao beneficiário, desde que atendidas as seguintes condições:
- I - o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário exclusivo de imóvel urbano ou rural;
- II - o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e
- III - em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.
- § 2º Por meio da legitimação fundiária, em qualquer das modalidades da REURB, o ocupante adquire a unidade imobiliária com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado.

que a associam à usucapião de bens públicos não será objeto de aprofundamento neste trabalho, contudo é necessário que se problematize tais críticas quando se alega o caráter privatístico de sua adoção. Cristiana Fortini, desde 2004, defende que a função social dos bens públicos não pode sequer impedir que sejam usucapidos.⁷

Antes de se ponderar sobre tal caráter é preciso repensar o caráter público de um imóvel estatal que, subutilizado, não utilizado ou mesmo fiscalizado, deixa de cumprir sua função social. Seria “privatizar” transferir o domínio àquele que exerce no imóvel o direito fundamental à moradia dando-lhe a destinação e o uso compatível com a função socioambiental da propriedade?

O fato é que tal como desenhado na Lei da REURB, se percebe claramente o viés prioritário da regularização de áreas públicas e, neste ponto, o conflito federativo cresce e pode ocasionar obstáculos. Segundo Araújo e Lima duas determinações da Lei nº 13.465/2017 permitem aferir que a regularização fundiária de imóveis públicos é prioridade no marco legal (ARAUJO; LIMA, 2019, p. 32). Inicialmente, a previsão do art. 23, §§ 4º, 5º e 6º que permitem a titulação da propriedade a ocupantes de

§ 3º Deverão ser transportadas as inscrições, as indisponibilidades ou os gravames existentes no registro da área maior originária para as matrículas das unidades imobiliárias que não houverem sido adquiridas por legitimação fundiária.

§ 4º Na REURB-S de imóveis públicos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e as suas entidades vinculadas, quando titulares do domínio, ficam autorizados a reconhecer o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação fundiária.

§ 5º Nos casos previstos neste artigo, o poder público encaminhará a CRF para registro imediato da aquisição de propriedade, dispensados a apresentação de título individualizado e as cópias da documentação referente à qualificação do beneficiário, o projeto de regularização fundiária aprovado, a listagem dos ocupantes e sua devida qualificação e a identificação das áreas que ocupam.

§ 6º Poderá o poder público atribuir domínio adquirido por legitimação fundiária aos ocupantes que não tenham constado da listagem inicial, mediante cadastramento complementar, sem prejuízo dos direitos de quem haja constado na listagem inicial.

7 Cf. SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. *Revista de Direito Municipal* - RDM, Belo Horizonte, v. 12, p. 113-122, 2004.

imóvel por meio da legitimação fundiária, sendo dispensado, nestes casos, a apresentação de títulos individualizados e cópia da documentação do beneficiário. Um segundo aspecto ressaltado pelos autores é o fato de a lei expressamente dispensa a desafetação do imóvel público para fins de REURB. Como se trata de previsão legal em sentido oposto à jurisprudência do STJ, a lei estaria, segundo os citados autores, “[...] impondo uma revisão doutrinária no que diz respeito ao regime jurídico dos bens públicos” (ARAUJO; LIMA, 2019, p. 33).

Este aspecto inovador merece a reflexão estabelecida por Schmidt-Assmann de que “se tem criticado as reiteradas intervenções do legislador em matéria urbanística tendentes a estabelecer um regime especial para os planos urbanísticos e às ordenações locais relativas a este setor.” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 366). Essa ponderação, ainda que dirigida aos legisladores locais, confirma a tendência de criação de microssistemas de Direito Administrativo, com regramento próprio, dissociados de uma teoria única deste ramo do direito. A existência deste microssistema é algo que se pode perceber no aspecto da desnecessidade de desafetação o bem público para REURB, por exemplo.

A teoria de Schmidt-Assmann contribui para a reflexão sobre a Lei nº 13.465/2017 na medida em que propõe ao Direito Administrativo uma reflexão sobre as novas formas e a evolução da ação administrativa, permitindo a abertura do sistema para a incorporação de conhecimentos de outras áreas, mas não descuida da tarefa de estabelecer critérios de atuação para esta ação. Na REURB, agora, aspectos relacionados ao georreferenciamento⁸ são incorporados ao processo de regularização. Novas

8 Art. 35. O projeto de regularização fundiária conterá, no mínimo:

I - levantamento planialtimétrico e cadastral, com georreferenciamento, subscrito por profissional competente, acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) ou Registro de Responsabilidade Técnica (RRT), que demonstrará as unidades, as construções, o sistema viário, as áreas públicas, os acidentes geográficos e os demais elementos caracterizadores do núcleo a ser regularizado;

II - planta do perímetro do núcleo urbano informal com demonstração das matrículas ou transcrições atingidas, quando for possível;

III - estudo preliminar das desconformidades e da situação jurídica, urbanística e ambiental;

tecnologias e ciências permitem o aprimoramento jurídico do sistema de registro da propriedade imobiliária.

Por certo que a flexibilidade imposta pela Lei nº 13.465/2017 no que se refere à titulação de imóveis públicos aos ocupantes de núcleo urbano consolidado reconhecem as determinações próprias de nova política pública de acesso à moradia e a necessidade de se efetivar direitos fundamentais. Mas, essa suposta flexibilização do regime jurídico dos bens públicos não desobriga - muito antes pelo contrário - impõe à municipalidade a árdua tarefa de pautar sua atuação por critérios que “[...] devem proporcionar linhas de orientação permanentes, que contribuam para configurar a atuação administrativa além dos pressupostos de fatos concretos das normas aplicáveis a cada caso” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 348). Como visto, a Lei nº 13.465/2017 ao retirar o critério objetivo definidor do cabimento da regularização fundiária coloca toda a atuação a administração sob o prisma dos parâmetros da discricionariedade e ponderação.

Isso porque a lei também flexibiliza o momento da implantação as obras de infraestrutura necessárias à regularização. Como dito, as obras integram o termo de compromisso, parte integrante do plano de regularização fundiária a ser registrado quando da certidão de regularização fundiária. Muito se criticou a possibilidade dessas obras de infraes-

IV - projeto urbanístico;

V - memoriais descritivos;

VI - proposta de soluções para questões ambientais, urbanísticas e de reassentamento dos ocupantes, quando for o caso;

VII - estudo técnico para situação de risco, quando for o caso;

VIII - estudo técnico ambiental, para os fins previstos nesta Lei, quando for o caso;

IX - cronograma físico de serviços e implantação de obras de infraestrutura essencial, compensações urbanísticas, ambientais e outras, quando houver, definidas por ocasião da aprovação do projeto de regularização fundiária; e

X - termo de compromisso a ser assinado pelos responsáveis, públicos ou privados, pelo cumprimento do cronograma físico definido no inciso IX deste artigo.

Parágrafo único. O projeto de regularização fundiária deverá considerar as características da ocupação e da área ocupada para definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, além de identificar os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas a uso público, quando for o caso.

trutura ocorrem concomitante e mesmo posteriormente à regularização. Sobre essa questão, importante a reflexão de Schmidt-Assmann ao citar julgado do Tribunal Federal Administrativo e concluir que “Em consequência, ao interpretar a Lei não se pode discutir que a medida que o cidadão pode exigir razoavelmente da comunidade é determinada pelas possibilidades de financiamento das prestações exigidas.” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 349)

As exigências das obras de infraestrutura objeto de REURB-S não dizem respeito exclusivamente ao indivíduo que terá seu título e propriedade reconhecido. Dizem respeito a toda coletividade e podem contribuir para a efetivação da função socioambiental da propriedade e do compromisso com o direito à cidade. Todavia, não reconhecer a necessidade de estabelecer um cronograma de financiamento condizente com a capacidade alocativa de recursos e exigir a implementação imediata, desconsiderando a capacidade financeira do Estado, tampouco contribui para o Direito à Cidade. Condicionar a efetividade do direito à moradia, que na prática já se exerce, à realização dessas obras, é submeter o indivíduo a prioridades alocativas de governo, que podem ser alteradas conforme o momento econômico e político exigem. Ressalte-se que não é possível realizar REURB em área de risco. Portanto, a segurança da moradia pode e deve ser implementada a partir do critério da ponderação de interesses permitindo assegurar o mínimo existencial levando-se em consideração a reserva do possível. Como bem afirmam Bahia e Silva:

[...] tão desproporcional quanto alguns pedidos de cidadãos em busca da realização de direitos fundamentais para além da capacidade do Estado em provê-los de maneira universal, é a atitude da administração pública em omitir-se *prima facie*, ancorada na já conhecida escassez de recursos públicos para resolver os chamados “casos difíceis” sempre em desfavor do destinatário do direito fundamental. (BAHIA; SILVA, 2016, p. 5)

A Lei nº 13.465/2017 reconhece a necessidade de efetivação do direito fundamental e determina a regularização, porém estabelece a exigência do termo de compromisso e em sua fixação os critérios de ponde-

ração e eficiência devem ser levados em consideração de modo a permitir o controle judicial não apenas em seu aspecto formal, mas também na escolha do momento alocativo entalhado pela administração conforme parâmetros próprios da ação administrativa.

As reflexões da legislação de regularização fundiária a partir da teoria de Schmidt-Assmann contribuem para a ação administrativa ao permitirem tratar da utilização racional, legítima e econômica dos recursos públicos determinados constitucionalmente (art. 70, da CR/1988), não se restringindo às normas orçamentárias. Referindo-se a atuação de polícia e urbanística da Administração o autor reconhece “A pouca importância que nessas posições se dá à perspectiva econômica e às reflexões relativas ao custo da atividade administrativa não está justificada desde um ponto de vista sistemático.” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 366).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.465/2017 está inserida no contexto de uma administração consensual, que atua de forma cooperativa com os cidadãos permitindo a atuação de diversos atores na REURB-S na busca pela concretização de seus direitos subjetivos a partir de um procedimento administrativo claro e marcado por etapas definidas e assecuratório de participação.

Foi demonstrado que a Lei nº 11.977/2009 permitiu a instauração de procedimentos de regularização fundiária capazes de promover a efetivação do direito fundamental à moradia adequada, por meio de novas formas de ação administrativa. A Lei nº 13.465/2017 pode contribuir para sanar os apontamentos feitos ao longo do trabalho que eram reconhecidos entraves da legislação anterior para a realização das regularizações fundiárias.

O processo de aprendizado se mostra contínuo e a implementação do novo procedimento desenhado pela Lei nº 13.465/2017 permitirá também a reflexão da Administração Pública sobre a sua prática. Mais especificamente sobre a sua “não prática” ou omissão, já que o fato de reconhecer a dimensão e a importância jurídica, social, econômica e ambiental

tal da regularização fundiária leva à constatação do fracasso do Poder Público em sua política de planejamento urbano e ocupação do território.

Ainda que se critique a flexibilidade e maior facilidade de titulação promovida pela Lei nº 13.465/2017, é imperioso reforçar que a lei define a infraestrutura essencial que deve ser contemplada em todo e qualquer plano de regularização, conforme explicitado ao longo do trabalho.

É importante ressaltar que a Lei nº 13.465/2017 não permite a regularização de imóvel isolado, pois o objetivo não é reconhecer direitos individuais sob viés privatístico, tampouco permite regularização fundiária em área de risco sem que estudos sejam realizadas e melhorias implementadas para garantir a segurança dos ocupantes que se tornarão proprietários. A lei se presta a regularizar núcleo urbano informal consolidado não alterando o zoneamento estabelecido pelo Município. A REURB-S promove o movimento de identificação e reconhecimento do território e da população municipais permitindo, a partir desse diagnóstico, a elaboração de planejamento consistente e orientado para a efetividade do direito à cidade, defrontando a realidade consolidada e permitindo a sua formalização. Mas tudo isso não impede a definição do planejamento urbano futuro.

O objetivo da Lei nº 13.465/2017 é pôr fim a irregularidade, permitindo traçar o planejamento urbano no futuro, com a sustentabilidade e desenvolvimento locais. Não se pode negar que REURB-S avança em termos reconhecimento da necessidade da retomada do planejamento por parte do município ao exigir se faça a regularização social por meio da realização do cadastro multifinalitário, que permite identificar a população e orientar todas as políticas públicas daquele território ocupado. Exige ainda a realização de levantamento das demandas de infraestrutura com o cronograma de sua implementação. Tudo isso contribui para a identificação dos problemas e o planejamento de suas soluções. Incômoda - para os creem na centralidade exclusiva do Direito - é a situação de reconhecê-lo como área do conhecimento incapaz de conformar fenômenos sociais e que, por isso carece de abertura às demais ciências para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais previstos internamente em seu sistema. Sem a interlocução com diversos outros campos do sa-

ber humano, como as demais Ciências Sociais, a Ciência da Administração Pública, Engenharias e Arquitetura, qualquer tentativa de planejar o território urbano continuará a resultar em retumbante fracasso e novas legislações regularizadoras se farão necessárias, retroalimentando o ciclo de ilegalidade/irregularidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Lilian Fernanda Santos. A Regularização Fundiária e o Direito à Moradia no Brasil: Uma Análise da Lei 13.465/2017 em Relação ao Direito à Moradia Adequada. Dissertação de mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público Escola de Direito E Administração Pública Programa de Pós-Graduação Profissional Stricto Sensu em Direito Mestrado Profissional em Direito. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/3881/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_%20LILIAN%20FERNANDA%20SANTOS%20ALBUQUERQUE%20_%20MESTRADO%20ACAD%C3%8AMICO%20EM%20DIREITO.pdf. Acesso em 29 de junho de 2022.

ARAUJO, Alexandra Funchs de; LIMA, Paulo de Araújo Mendes. A Lei 13.465/2017 e o Direito à Moradia: Novos Caminhos para a Tutela de Antigos Direitos. In: CHIARELLO e PIRES (Orgs). Novos Paradigmas da Regularização Fundiária Urbana: Estudos sobre a Lei 13.465/2017. São Paulo: Almedina, 2019. p. 21- 44.

BAHIA, Saulo José Casali e SILVA, Diogo Barbosa. Conciliando o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, e-ISSN: 2526-0111, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 01 – 20, Jul./Dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1623/2093>. Acesso em 30 de junho de 2022.

DIAS, M. T. F.; SOUZA, C. C. C. A regularização fundiária urbana na Lei nº 13.465/2017: análise da adequação de seus instrumentos à política urbana constitucional. *Revista de Direito Urbanístico, cidade e alteridade*, v. 5, p. 83-103, 2019.

MAGALHAES, Juraci Perez. A Propriedade Territorial no Brasil e as Terras do Distrito Federal. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MARRARA, Thiago e CASTRO, André Simionato. O Processo Administrativo de Regularização Fundiária Urbana na Lei 13.465/2017. In MARCHI, KUMPEL e BORGARELLI (Org.). Regularização Fundiária Urbana: Estudos sobre a Lei 13.465/2017. São Paulo: YK Editora, 2019. pp. 91-109.

NOVOE, Nelson. Sesmarias e Apossamento de Terras no Brasil Colônia. Disponível em: <https://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A024.pdf> Acesso em 29 de junho de 2022

OLIVEIRA, Flávia Bernardes de. Direito à Moradia sobre Áreas Ocupadas. Curitiba: Juruá, 2017.

PAIVA, João Pedro Lamana. Da moradia à propriedade. In MARCHI, KUMPEL e BORGARELLI (Org.). Regularização Fundiária Urbana: Estudos sobre a Lei 13.465/2017. São Paulo: YK Editora, 2019. p. 21-46 acesso em 01 de julho de 2022.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Madri: INAP –Marcial Pons, 2003.

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. In: BARNES, Javier. (Editor). Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. Sevilha: Global Law Press, 2006.

SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. *Revista de Direito Municipal - RDM*, Belo Horizonte, v. 12, p. 113-122, 2004.

SOUZA, Clara Cirqueira de. *Cidades de papel: representações fundiárias de Belo Horizonte - a produção jurídica do espaço urbano e a irregularidade fundiária*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/46619>. Acesso em: mar. 2023.



DIALÉTICA
EDITORADA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)