

NOVAS LEIS
Promessas de um futuro melhor?
Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de
Direito Administrativo

MAURÍCIO ZOCKUN
EMERSON GABARDO
Coordenadores

NOVAS LEIS
Promessas de um futuro melhor?
Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de
Direito Administrativo

Belo Horizonte
FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO
2023

©2023 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 99412.0131
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do *e-mail* editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

N936	Novas leis: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo / Maurício Zockun, Emerson Gabardo (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2023. 460 p. 17x24cm
	ISBN 978-65-5518-581-2
	1. Direito administrativo. 2. Administração pública. 3. Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA. 4. Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. I. Zockun, Maurício. II. Gabardo, Emerson. III. Título.
	CDD: 342 CDU: 342

Ficha catalográfica elaborada por Lissandra Ruas Lima – CRB/6 – 2851

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. 460 p. ISBN 978-65-5518-581-2.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Emerson Gabardo	15
------------------------------	----

PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Alexandre Santos de Aragão	19
1 Introdução.....	19
2 Breve histórico.....	21
3 Pressupostos de um sistema geral de AIR.....	22
4 Etapas da AIR.....	23
5 Institutos afins.....	24
6 A disciplina (ou a insuficiência de disciplina) na Lei de Liberdade Econômica.....	25
7 Conclusões.....	27
Referências.....	28

TRANSFERÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O SENTIDO DE SEU POSSÍVEL CARÁTER *INTUITU PERSONAE*

Florivaldo Dutra de Araújo	29
1 Introdução.....	29
2 Contratos pessoais e im pessoais.....	30
3 A transferibilidade dos contratos administrativos em geral.....	33
4 A transferibilidade dos contratos de concessão.....	36
5 Conclusão.....	38
Referências.....	38

SUGESTÕES DE APRIMORAMENTO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) NO BRASIL

Flávio Garcia Cabral	41
Introdução.....	41
1 A análise de impacto regulatório (AIR) no Brasil.....	42
2 AIR como instrumento de concretização da eficiência administrativa.....	43
3 Espaços para aprimoramentos na AIR.....	45
3.1 Maior participação e controle social.....	45
3.2 Capacitação e treinamento.....	47
3.3 Interpretação adequada do artigo 15, §2º, do Decreto nº 10.411/2020.....	48

3.4	Ampliação do campo de incidência da AIR.....	49
3.5	Ampliação das agendas regulatórias.....	50
	Conclusões.....	52
	Referências.....	52

SERVIÇOS PÚBLICOS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL:
PARÂMETROS DE EFICIÊNCIA E DISTORÇÕES

José dos Santos Carvalho Filho	55	
1	Introdução.....	55
2	Serviços públicos.....	55
3	Organização da Sociedade Civil.....	57
4	Instrumentos formais de pactuação.....	58
5	Fatores de eficiência e de distorções.....	60
5.1	Dados preliminares.....	60
5.2	Atendimento às diretrizes fundamentais.....	61
5.3	Cumprimento do contrato.....	62
5.4	Prestação de contas.....	62
5.5	Plano de trabalho.....	64
5.6	Monitoramento e avaliação.....	65
6	Conclusões.....	66
	Referências.....	67

A INOVAÇÃO COMO FATOR DO DESENVOLVIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: TRÊS EXEMPLOS VINDOS DO PASSADO PARA ORIENTAR O
PRESENTE E O FUTURO

Fábio Lins de Lessa Carvalho	69	
1	Noções introdutórias sobre o direito ao desenvolvimento.....	69
2	O progresso: do lema da bandeira brasileira à realidade burocrática.....	70
3	A inovação na Administração Pública brasileira.....	72
4	A inovação administrativa de Graciliano Ramos.....	74
5	A inovação administrativa em Nise da Silveira.....	77
6	Conselhos de Raul Seixas sobre inovação.....	85
	Referências.....	88

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO CAMPO
ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Sergio de Andréa Ferreira	91	
1	Democracia e participação.....	91
2	Participação na Administração Pública.....	93
2.1	Conceito de participação.....	93
2.2	Interessados.....	94
2.3	Espécies de participação.....	97
2.4	Audiência e consulta públicas.....	98
3	No campo específico das licitações e contratações públicas.....	100
	Referências.....	104

A CEGUEIRA DELIBERADA COMO CAUSA CONFIGURADORA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: INDAGAÇÕES PRELIMINARES

Rogério Gesta Leal	107
1 Notas introdutórias	107
2 Aspectos histórico-conceituais da cegueira deliberada	108
3 Algumas reflexões sobre a cegueira deliberada no Brasil	109
4 A cegueira deliberada no âmbito da improbidade administrativa enquanto espécie de dolo eventual: condições e possibilidades	113
5 Considerações finais	121
Referências	123

ESTUDOS DE VIABILIDADE E ECONOMICIDADE PARA A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Fernando Borges Mânica	127
1 Introdução	127
2 Subsidiariedade na saúde	128
3 Complementaridade na saúde	130
4 Eficiência na saúde	133
5 Motivação necessária para a celebração de contratos de gestão na saúde	135
6 Conclusões	137
Referências	138

REGIONALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Thiago Marrara	141
Introdução	141
1 A abrangência dos serviços públicos de saneamento no Brasil	142
2 A titularidade dos serviços de saneamento e suas formas de prestação	143
3 As vantagens potenciais da regionalização	144
4 A regionalização por cooperação intermunicipal espontânea	146
5 Regionalização em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões	148
6 A unidade regional de saneamento	149
7 Os blocos de referência criados pela União	150
Conclusão	151
Referências	152

ASSOCIAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO E OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA EXECUÇÃO DE OBJETIVOS DE INTERESSE COMUM PELOS MUNICÍPIOS

Mariana Mencio	153
1 Introdução	153
2 Autonomia municipal e o exercício de competências federativas	153
3 Objetivos comuns municipais e as leis federais dos consórcios públicos e associações civis de representação dos municípios	156
4 Natureza jurídica associativa personalizada	158
5 Regime jurídico dos consórcios públicos e das associações de representação dos municípios: semelhanças e diferenças	160

6	Desafios e perspectivas para a realização dos objetivos comuns por parte das associações de representação e pelos consórcios públicos municipais.....	168
7	Conclusão.....	171
	Referências	172

JUDICIÁRIO ATIVO REGULADOR: QUAL A SAÍDA?

João Batista Gomes Moreira	173	
1	Introdução.....	173
2	Controle judicial dos atos das agências reguladoras.....	173
3	Atividade normativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal	180
	Conclusão.....	182
	Referências	183

REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL

Licurgo Mourão, Mariana Bueno Resende	185	
1	Introdução.....	185
2	Utilização da inteligência artificial na Administração Pública e nos órgãos de controle.....	186
3	Regulação da inteligência artificial e atuação do Estado	191
4	Iniciativas de regulação da inteligência artificial no Brasil	194
5	Conclusão.....	197
	Referências	198

FOMENTO E SERVIÇO PÚBLICO DE QUALIDADE: UM ENSAIO CRÍTICO SOBRE O PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

José Osório do Nascimento Neto	201	
1	Introdução.....	201
2	Planejamento democrático no estado constitucional.....	201
3	Fomento e serviço público de qualidade.....	202
4	Como proceder diante da conexão jurídica entre as políticas públicas, do fomento e do serviço público de qualidade?	204
	Referências	206

A PARTICIPAÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Edilson Pereira Nobre Júnior	209	
1	Introdução.....	209
2	Instrumentos de participação na LLCA	211
3	A transparência administrativa	216
4	Síntese conclusiva	219
	Referências	220

MODALIDADES DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE PASSAGEIROS NO COMPLEXO LAGUNAR DE JACAREPAGUÁ

Manoel Messias Peixinho	221	
1	Introdução.....	221
2	Marco legal das delegações de serviço público no direito brasileiro.....	222

3	Modalidades de delegação de serviço público aplicáveis ao Complexo Lagunar	222
3.1	Autorização de serviço público.....	223
3.2	Permissão de serviço público.....	225
3.3	Concessão de serviço público	227
3.4	Parceria público-privada.....	228
4	Conclusão.....	230
	Referências	231

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DIREITO ADMINISTRATIVO E LÓGICA DEMOCRÁTICA – SUPERAÇÃO DO GERENCIALISMO NEOLIBERAL

Robertônio Santos Pessoa	233
1 O Estado-Administrativo e seus poderes constitutivos.....	233
2 Entraves à democratização do Direito Administrativo.....	236
3 Avanços democráticos no Direito Administrativo.....	237
4 Democratização da Administração Pública.....	239
5 Por um Direito Administrativo voltado para a democracia.....	241
Referências	243

ANÁLISE FINANCEIRA *VERSUS* ANÁLISE ECONÔMICA: UMA VISÃO SISTÊMICA DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA

Daniel Ferreira, Luciano Elias Reis	245
1 Introdução.....	245
2 A relação de gênero e espécie entre análise econômica e análise financeira	245
3 Conclusão.....	254
Referências	255

O ESTADO REGULADOR DAS INOVAÇÕES

Marcia Carla Pereira Ribeiro, Kharen Kelm Herbst	257
1 Introdução.....	257
2 O Estado maximizador de resultados.....	258
3 Fundamentos e diretrizes para a regulação.....	260
4 Regulando a inovação	265
5 Considerações finais.....	268
Referências	269

PROCESSO DE RELICITAÇÃO SEGUNDO A LEI Nº 13.448/2017: PRINCIPAIS DESAFIOS JURÍDICOS NA IMPLEMENTAÇÃO DO INSTITUTO

André Saddy, Matheus Alves Moreira da Silva, Ketlyn Gonçalves Fernandes	271
Introdução.....	271
1 Contexto de surgimento e finalidade da relicitação	273
2 Conceito, aplicabilidade, condicionantes e pressupostos da relicitação	274
3 Desafios e questionamentos para implementação da relicitação	277
3.1 Penalidades suspensas quando qualificada a relicitação.....	277
3.2 Tempo pelo qual o concessionário, autor do pedido de relicitação, deverá manter a prestação do serviço e a possibilidade de prorrogação do processo..	279
3.3 Obrigações vincendas sobre as quais recairá a suspensão	282

3.4	Condições operacionais mínimas.....	283
3.5	Prazo de cura.....	286
3.6	Renúncia em participar do novo certame	288
3.7	Indenizações devidas aos concessionários e as metodologias de cálculo utilizadas.....	289
4	Leilão de relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante	293
	Conclusões.....	294
	Referências	295

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO, PARTICIPAÇÃO SOCIAL E TECNOLOGIA: MAXIMIZAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTEXTO DIGITAL

Thanderson Pereira de Sousa	299	
1	Introdução.....	299
2	Análise de Impacto Regulatório (AIR): um panorama do contexto brasileiro..	300
3	Contorno democrático da Análise de Impacto Regulatório (AIR): a participação social em perspectiva.....	302
4	Tecnologias para a participação social na AIR: possibilidades para a maximização democrática e qualidade regulatória no contexto digital.....	304
5	Conclusões.....	306
	Referências	307

INVALIDAÇÃO E PRESERVAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Carlos Ari Sundfeld	311	
1	Introdução.....	311
2	Hipóteses de preservação no contrato administrativo inválido	311
2.1	Da doutrina da nulidade absoluta à segurança jurídica no contrato administrativo inválido	311
2.2	A positivação da segurança jurídica para o contrato administrativo inválido..	313
2.3	A preservação do contrato administrativo inválido na nova LINDB e na Lei nº 14.133.....	313
3	Prescrição na invalidação de contrato administrativo	317
3.1	Por que a prescrição existe?.....	317
3.2	Imprescritibilidade no direito privado?	318
3.3	Imprescritibilidade no Direito Administrativo?	319
3.4	Prazos para invalidar	322
	Referências	323

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PAPEL PREVENTIVO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NOS CONFLITOS DECORRENTES DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Mirela Miró Ziliotto	325	
1	Considerações iniciais	325
2	Consensualismo e meios alternativos de resolução de controvérsias	326
3	Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas e os Comitês de Resolução de Disputa	332

4	Considerações finais.....	339
	Referências	340

CENÁRIO ATUAL DO CONTROLE DAS CONCESSÕES PÚBLICAS PELO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Benjamin Zymler, Francisco Sérgio Maia Alves	343	
1	Introdução.....	343
2	Problemas e desafios da delegação de serviços públicos no Brasil.....	344
3	Programa de Parcerias de Investimento (PPI).....	345
4	Alterações promovidas pela Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017	346
4.1	Prorrogações contratuais	347
4.2	Relicitação	349
5	Alterações promovidas pela Lei nº 13.499, de 26 de outubro de 2017	352
6	Atuação do TCU na fiscalização das desestatizações	352
	Conclusões	356
	Referências	356

PARTE II

TEXTOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS

CORRUPÇÃO E OPACIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: A
NECESSIDADE DE UMA FASE INTERNA TRANSPARENTE VIA TECNOLOGIA
BLOCKCHAIN

Ketlyn Gonçalves Fernandes	361	
1	Introdução.....	361
2	Governo Digital e introdução da tecnologia <i>blockchain</i> na Administração Pública brasileira.....	363
3	Contratações públicas: o cerne da corrupção	366
4	Pontos focais de corrupção no procedimento licitatório: a opacidade da fase interna e seu aprimoramento via tecnologia <i>blockchain</i>	369
5	Conclusão.....	374
	Referências	375

VIOLÊNCIA SEXUAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA VISÃO PARA
O FUTURO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

Maria Luiza Miranda da Costa	379	
1	Introdução.....	379
2	A insegurança jurídica no tratamento disciplinar da violência sexual.....	380
3	Alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21	387
4	Conclusão.....	389
	Referências	390

PEC Nº 45/2021: ANÁLISE DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOB A
PERSPECTIVA DE TEORIAS POLÍTICO-DEMOCRÁTICAS E ADMINISTRATIVAS

Rafael Alvim Soares, Carolline Leal Ribas	393	
1	Introdução.....	393

2	Direito à saúde, judicialização, biopoder e dignidade humana	396
3	Administração Pública, cultura organizacional, interferências do Judiciário e administração democrática	402
4	Conclusão.....	406
	Referências	408

PARTE III COMUNICADOS CIENTÍFICOS APRESENTADOS

	A (IN)ADEQUAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO PRIVATIZADO: ANEEL E O CASO ENEL-CE À LUZ DO PRINCÍPIO DA MODICIDADE TARIFÁRIA	
	Thamara Madeiro Melo	413
	A APLICABILIDADE DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS PELO TERCEIRO SETOR EM PARCERIA COM O ESTADO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI Nº 1.923 E ADPF Nº 559)	
	Renata Hellwig Ferreira	415
	ALÉM DO COMBATE À CORRUPÇÃO: A INSUFICIÊNCIA DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE VOLTADOS À GOVERNANÇA CORPORATIVA	
	Gustavo Martinelli, Juliana Bertholdi	417
	A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FRENTE À TESE 1.199 DO STF: UMA FRUSTAÇÃO À ESPERANÇA	
	Juliana Levandoski Richa	419
	OS EXCESSOS DE <i>ACCOUNTABILITY</i> DO SETOR PÚBLICO E O COMPROMETIMENTO À PERFORMANCE DO GESTOR: DESAFIOS À CONSTRUÇÃO DO CONTROLE RESPONSIVO	
	Érika Capella Fernandes	421
	CAMPANHA: “MAIS ADMINISTRATIVO, MAIS RESOLUTIVO”	
	Kézia Sayonara Franco Rodrigues Medeiros	423
	A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NA VISÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS	
	Rodrigo Siqueira Cavalcante, Rayana Lins Alves	425
	A UTILIZAÇÃO DO ARTIGO 22 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB COMO MECANISMO DE CONTROLE JUDICIAL EM AÇÕES QUE VISEM À APLICAÇÃO DE SANÇÕES A SERVIDORES PÚBLICOS	
	Clarice Lopes Guimarães de Araujo	427
	O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA LEI DE MOBILIDADE URBANA	
	Eros Frederico da Silva, Luciani Coimbra de Carvalho	429

PLANEJAMENTO E INOVAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: UM DIAGNÓSTICO SOBRE O POTENCIAL DE CONTRIBUIÇÃO DO <i>BUILDING INFORMATION MODELING (BIM)</i> PARA O CONTROLE DA GESTÃO PÚBLICA DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	
Yasmin Castro	431
A IMPLEMENTAÇÃO DO PLANEJAMENTO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	
Mariane Yuri Shiohara Lübke	433
NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS CONTRA DISCRIMINAÇÕES E DESIGUALDADES: A PROMESSA SE CUMPRE?	
Maria Cristina Cruz Lima	435
REGULAÇÃO DO USO COMERCIAL DE <i>DRONES</i> NO ESPAÇO AÉREO URBANO PARA TRANSPORTE DE OBJETOS NAS <i>SMART CITIES</i>	
João Miguel França Corcovado	437
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A EDUCAÇÃO DO FUTURO NO BRASIL	
Melissa Trento	439
AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DO FEDERALISMO COOPERATIVO BRASILEIRO	
André Afonso Tavares	441
O INTERESSE PÚBLICO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELAS EMPRESAS ESTATAIS – UM ESTUDO DE CASO DA CEF	
Sílvio Tadeu de Campos	443
UMA ANÁLISE ACERCA DOS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL	
William Magalhães Lessa	445

PARTE IV
PROGRAMAÇÃO DO XXXVI CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO ADMINISTRATIVO

PROGRAMAÇÃO – XXXVI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO	449
SOBRE OS AUTORES	455

APRESENTAÇÃO

Este livro é uma produção científica vinculada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo; uma instituição que há quase 50 anos reúne os mais referenciados juspublicistas do país para discutir temas de relevância para o interesse público. Não se trata exatamente de anais do evento e sim da coletânea de artigos que os participantes do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo enviaram após convite para o registro por escrito dos assuntos tratados em 2022, na sede da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo.

O livro ainda contempla os três textos premiados no concurso de melhores artigos jurídicos e os resumos apresentados nas sessões de comunicados científicos. Nestes termos, trata-se de um registro importante que é feito anualmente pelo IBDA em decorrência de seu mais tradicional evento, o CBDA, que já está na sua 37ª edição em 2023.

Uma peculiaridade do XXXVI CBDA foi o retorno ao encontro presencial, depois de dois anos em atividades exclusivamente on-line, por conta da pandemia que assolou o mundo neste início de década. Foi um momento importante não só de retorno às acaloradas discussões ao vivo, mas também de conagração e busca por um futuro melhor. Vivemos um período conturbado nos últimos anos, com o avanço de teorias negacionistas, com ressurgimento de movimentos fascistas e neonazistas, com afronta às instituições e declínio do consenso no entorno dos direitos humanos. Ao invés de uma harmonia e independência entre os atributos da ciência e da fé, passou a existir uma desarmonia e entrelaçamento de perspectivas, o que propiciou o surgimento de um ambiente conflituoso. Ao contrário do que imaginávamos, o avanço significativo das soluções tecnológicas, particularmente no tocante à comunicação entre as pessoas, tem gerado retrocessos civilizatórios e fomento a perigosas práticas e representações sociais, mediante a exaltação da violência e de seus signos.

Esta conjuntura torna ainda mais importante a valorização do estudo, da pesquisa, da discussão racional, do encontro presencial, da ação democrática e da busca por um interesse público totalmente vinculado aos direitos humanos. E tudo isso está contemplado na missão do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – uma entidade que há décadas mantém seu compromisso com o bem-estar social e o Estado de Direito e, mais recentemente, dando ênfase à proteção dos grupos vulneráveis e à luta contra discriminações de toda ordem: raciais, religiosas, de gênero, de orientação sexual, etárias, capacitistas ou relativas ao status econômico.

Essa visão de mundo que impulsiona o Instituto depende de pessoas. São as pessoas e seus valores que fortalecem as instituições. Seria difícil mencionar todas. Entretanto, neste livro publicado agora em 2023 e que se reporta ao Congresso de 2022, é importante fazer uma referência ao presidente que deixou o cargo e à presidenta que assumiu a função: respectivamente, Maurício Zockun e Cristiana Fortini. O primeiro carregou o IBDA num dos momentos mais difíceis da nossa história, sem perder o otimismo, sem titubear – mostrando a força da instituição e a importância de um líder. Já

nossa atual presidenta é a primeira mulher a assumir o cargo e tem muitos desafios pela frente. Entretanto, o seu currículo e histórico, que justificam plenamente sua aclamação ao cargo, sugerem a continuidade do IBDA na trilha da luta ostensiva na defesa dos princípios da Constituição de 1988; coragem e disposição é o que não lhe falta. E assim como seu predecessor, a nova Presidenta certamente propiciará grandes encontros e auspiciosos resultados para a contínua evolução da Ciência do Direito Administrativo brasileiro – uma área de nomes grandiosos como o do mestre maior, Celso Antônio Bandeira de Mello, ou, ainda, do grande homenageado deste ano, ex-presidente do IBDA, Professor Romeu Felipe Bacellar Filho.

Curitiba, setembro de 2023.

Emerson Gabardo

Ex-vice-presidente do IBDA

Professor de Direito Administrativo da PUCPR e da UFPR

PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA¹

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

1 Introdução

A regulação econômica pode gerar efeitos negativos no desenvolvimento da economia, especialmente se aumentar desproporcionalmente os custos e a burocracia necessários à exploração das atividades econômicas, inibindo o desenvolvimento de pequenas e médias empresas, ou, ainda, indiretamente, criando vantagens competitivas para algum participante do mercado, entre outras externalidades negativas.

Há o risco, também, de a regulação estatal apresentar-se desatualizada, morosa e excessiva, em prejuízo dos consumidores e empresários. Nesse sentido, os procedimentos de análise de impactos regulatórios obrigam os agentes públicos a previamente demonstrarem a razoabilidade de suas virtuais decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito.

Trata-se, portanto, de uma análise prévia da proporcionalidade da regulação, com a necessária participação dos administrados, em linha com o consequencialista art. 20, recentemente incluído na LINDB pela Lei nº 13.655/18, cuja redação previu que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.²

O nome do instituto, de certa forma já explica sua função: analisar o impacto de determinada política nos setores regulados e também na própria sociedade, genericamente considerada. Assim, antes de se editar uma norma, realizam-se estudos, em grande parte econométricos, para se tentar prever as consequências econômicas daquela proposta de

¹ Artigo parcialmente oriundo da transcrição da palestra proferida pelo autor no Seminário Declaração de Direitos de Liberdade Econômica – Debates sobre a MP nº 881/19, realizado em 12 de agosto de 2019, no Superior Tribunal de Justiça. Em grande parte, foi mantido o tom oral da exposição.

² Nesse mesmo sentido, fixou o parágrafo único do dispositivo que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

norma caso adentre o Direito Positivo. A análise de impacto regulatório é, exatamente, esse estudo prévio sobre medidas a serem tomadas.

Esses novos institutos defluem do movimento geral da teoria e da metodologia do Direito; de uma tendência jurisprudencial a adotar o consequencialismo, inclusive no Supremo Tribunal Federal.³

A análise de impacto regulatório entra no movimento geral da metodologia da Ciência do Direito de virada de legitimação. O Direito sempre se legitimou através do esquema da subsunção, do encaixe numa norma superior. Charles-Albert Morand, autor suíço que escreve sobre esta matéria, fala que o Direito, hoje, deve se legitimar muito mais pela realização de seus objetivos do que pela mera subsunção a uma norma superior, anterior, formal.⁴

É certo exercício de prognose e, conseqüentemente, tem suas inevitáveis falhas. A ideia, porém, é que será muito mais fácil falhar caso não se tente medir previamente as conseqüências de determinadas políticas – editando-se determinada norma apenas de maneira voluntarista, por uma convicção ou desejo pessoal, do que realizando estudos prévios e direcionados à obtenção da melhor política.

Tem-se construído (ex.: Ana Paula de Barcellos),⁵ inclusive, uma obrigação até de as propostas legislativas terem em vista tal análise de impacto. Destacamos o “até” tendo em vista a premissa de serem as propostas legislativas de lei ordinária e de lei complementar uma expressão inclusive da soberania popular. Mas, na verdade, até por mais fortes razões, devem também os representantes terem esse cuidado.

A análise de impactos regulatórios e todas as fases e procedimentos nela incluídos são inclusive formas por excelência de motivação da medida regulatória, bem como de concretização do princípio da eficiência, já que permitem que se demonstrem as razões para a sua edição, a sua comparação com outras possíveis medidas, as conseqüências esperadas da sua aplicação e os ônus sociais e econômicos que dela serão derivados.

Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira enumera os fundamentos da análise de impacto regulatório, destacando como tais (i) o princípio da eficiência; (ii) o pluralismo jurídico e visão sistêmica do direito; e (iii) a legitimidade democrática.⁶ Na mesma linha, Rafael Freitas e Sérgio Guerra aduzem que a AIR “por avaliar as conseqüências atuais e futuras da regulação, tem fundamento nos princípios da eficiência

³ A título ilustrativo, destaca-se a famosa decisão que asseverou a penhorabilidade do bem de família do fiador em face da necessidade de garantias ao mercado de locação. Em suas razões, o Min. Relator Cesar Peluso afirmou: “O Estado pode concretizar, conformar esse direito de moradia com várias modalidades de prestações, inclusive a de uma prestação de tipo normativo como essa, ou seja, de estabelecer uma exceção à impenhorabilidade do bem de família num caso em que se exige garantia como condição de acesso ao mercado de locação. À medida que restringirmos o conceito de direito de moradia, iremos restringir o acesso de muitas pessoas ao mercado de moradia, mediante locação, porque os locadores – como sabemos, e isso é fato público e notório – não dão em locação sem garantia, ou, então, exigem garantias que sobrecarregam essa classe, que é a grande classe dos despossuídos” (STF, T.P., RE nº 407.688/SP, Rel. Min Cesar Peluso, Data de Julgamento: 08.02.2016).

⁴ Segundo MORAN, as normas “passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater” (MORAND, Charles-Albert. *Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques*. Paris: LGDJ, 1999. p. 95).

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Lei da Liberdade Econômica, Análise de Impacto Regulatório e a Constituição. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 5, n. 1, abr. 2020.

⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 173-203, out./dez. 2011.

e economicidade (artigos 70 da CFRB), estando em consonância, também, com o atual conceito de Administração de Resultados”.⁷

2 Breve histórico

A análise de impacto regulatório já vem sendo realizada nos Estados Unidos, ao menos desde o Governo Reagan, tendo como marco as *Executive Orders* nº 12.291 e 12.498, que, em síntese, submeteram os atos das agências reguladoras locais à prévia aprovação do *Office of Management and Budget* (OMB), diretamente vinculado ao Presidente.

Posteriormente, com o Governo do Presidente Bill Clinton, foi editada a *Executive Order* nº 12.886/93 – *Regulatory Planning and Review*, que estabeleceu procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de iniciarem os seus procedimentos regulatórios, deveriam comunicar a sua intenção a um órgão central do Governo – o *Regulatory Working Group* – incumbido de alertá-las para as regulações desnecessárias, dúplices ou contraditórias entre si ou com a política governamental.⁸

No âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), a análise de impacto regulatório é adotada desde 1974, em formatos variados. Seguindo recomendação dessa organização, o Governo Federal, em 2007, instituiu, por meio do Decreto nº 6.062/2007, o Programa para o Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG). Com o referido Programa, buscou-se fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores; robustecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; aperfeiçoar a coordenação e o alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório; ampliar a autonomia, a transparência e o desempenho das agências reguladoras; e desenvolver e aperfeiçoar mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório (art. 2º).

Novas previsões que lastreiam a necessidade de observância da AIR pelos órgãos e entidades do Estado foram surgindo. Em 2018, o Comitê Interministerial de Governança (CIG), criado pelo Decreto nº 9.203, de 22.11.2017, aprovou o Guia Orientativo para Elaboração de análise de impacto regulatório (AIR) e respectivas diretrizes, recomendando sua utilização por toda a Administração Pública Federal.

Nesse contexto, a recém-editada Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) também veio a estabelecer em seu texto a obrigatoriedade de análise de impacto regulatório como mecanismo de esteio à decisão regulatória. Embora tal previsão em parte ainda dependa de alguma regulamentação no âmbito das Agências, referida lei impõe que:

⁷ FREITAS, Rafael Vêras de; GUERRA, Sérgio. O modelo institucional do Setor portuário: os institutos da Análise de Impacto Regulatório (AIR) e da Conferência de Serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGESON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos; aeroportos; ferrovias; rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 95- 119.

⁸ CARBONEL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 4347

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. §1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada. (...) §5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão. (...).

Finalmente, a Lei nº 13.874/2019, cuja disciplina minudenciaremos com maior detalhe adiante, expressamente cuidou do tema, reservando um capítulo para a análise de impacto regulatório. Em seu texto, a Lei de Liberdade Econômica previu que:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

Assentado o conceito e expostas as previsões normativas da análise de impacto regulatório no direito brasileiro, passaremos a analisar os pressupostos para o seu desenvolvimento adequado, bem como o passo a passo para a sua efetiva operacionalização.

3 Pressupostos de um sistema geral de AIR

Inicialmente, é possível estabelecer três pressupostos essenciais para a implantação de sistemas eficientes de análise de impacto regulatório.

O primeiro pressuposto é a necessidade de coordenação. Não se pode admitir a existência de várias instâncias regulatórias, independentes ou não, cada uma atuando sem ter atenção em relação às outras. Isso pode gerar várias consequências indesejáveis, como a contradição de normas administrativas, que gera insegurança jurídica e conflitos judiciais e administrativos; atrasos nas tomadas de decisões – porque um agente público não sabe o que o outro está fazendo; conflitos internos.

Haveria também, sem a coordenação, a possibilidade de não atendimento ao princípio constitucional da eficiência. Pode, por exemplo, ocorrer que um órgão já tenha feito estudos estatísticos da situação e o outro vai realizar de novo o mesmo estudo estatístico para saber como agir. Pode haver riscos de desperdício de tempo, dinheiro e pessoal, em razão de uma instância institucional não saber o que a outra está fazendo.

O segundo pressuposto é o da manutenção da independência das instâncias reguladoras que tenham recebido aquela autonomia reforçada setorialmente (ex.: as agências reguladoras independentes).

O grande desafio no ponto é coordenar sem tirar a independência. Temos o princípio da proporcionalidade atuando aqui, pelo qual se deve escolher um meio adequado para realizar o fim visado, no nosso tema, o meio adequado para realizar a necessidade de coordenação, mas restringindo o menos possível a autonomia do regulador e respeitando a sua lei instituidora.

Deve-se, com efeito, manter o máximo possível a independência das agências reguladoras que já forem especialmente autônomas. Dar ou não independência não vai ser uma decisão do órgão responsável pela AIR. Trata-se de decisão legislativa já tomada.

O terceiro pressuposto que podemos aventar é o da ampla abrangência da AIR: a obrigação de se realizar análises de impacto regulatório não pode ser uma imposição apenas para as agências reguladoras independentes. Deve ser uma instância de coordenação de todas as instâncias regulatórias, senão fica sendo apenas uma instância de controle de agências independentes, desvirtuando-se o seu caráter.

Estabelecidos os pressupostos mínimos para o exercício eficiente de um sistema geral de análise de impacto regulatório, cumpre operacionalizá-la.

4 Etapas da AIR

Em síntese, é preciso que, primeiramente, identifique-se um problema. Em seguida, deve-se tentar buscar no ordenamento jurídico vigente a existência de algum instrumento hábil para a sua solução. Essa segunda etapa é importante, pois, muitas vezes, na proposição de alternativas regulatórias para um determinado problema, discutem-se as mais diversas propostas para tratar de tema já disciplinado normativamente.⁹ O segundo passo, portanto, é identificar se no ordenamento jurídico vigente já existe um instrumento para aquele objetivo.

Não havendo esse instrumento preexistente, o terceiro passo para a promoção de uma análise de impacto regulatório adequada perpassa pelo levantamento de todos os possíveis instrumentos para a consecução daquele objetivo regulatório de interesse público. Em um primeiro momento, nenhuma possibilidade deve ser excluída *a priori* desse momento da AIR. A escolha da política mais adequada deve ser feita apenas na última etapa da AIR, com base nos critérios que analisaremos a seguir.

A partir do quarto passo, os critérios começam a se assemelhar àqueles trazidos pelo princípio da proporcionalidade: identificar, entre esses instrumentos administrativos que foram levantados como, em tese, aptos a atender àqueles objetivos, qual deles gera menos ônus para as liberdades.

Por último, identificado tal instrumento, é preciso ponderar se este “vale a pena”: deve-se verificar se o instrumento escolhido guarda uma relação de custo-benefício que a justifique, diante da restrição a ser imposta aos particulares.

⁹ Neste caso, o problema seria de outra natureza. Aquela norma não está sendo cumprida em razão de outro problema e, por isso, deveria ser revista.

Nesse último ponto, é preciso estar atento para o seguinte: colocamos aqui o “interesse público” de um lado e os “interesses particulares” de outro. Essa dicotomia, porém, não é tão clara. Trazemos essa divisão por objetivos meramente didáticos, mas é evidente que haverá sempre vários interesses públicos a serem sopesados e, por vezes, interesses privados também em contraposição entre si: grandes consumidores, pequenos consumidores, usuários etc. Concretamente, todos eles devem ser sopesados na definição da política regulatória escolhida.

De maneira sintética, portanto, podemos operacionalizar a AIR como um estudo detalhado por meio do qual (i) identifica-se um problema; (ii) verifica-se a (in)existência de instrumento regulatório já preexistente hábil a solucioná-lo; (iii) caso já não exista, levantam-se as alternativas regulatórias para a consecução do objetivo; (iv) verifica-se qual das alternativas levantadas imporá o menor ônus aos administrados; e (v) pondera-se os diferentes interesses envolvidos para, ao fim, decidir pela implementação ou não de determinado instrumento administrativo.

Todas as etapas, há de se destacar, devem estar devidamente motivadas. Não basta que, ao percorrer o caminho acima traçado, o regulador decida em um sentido ou outro. É necessário que reúna e apresente fundamentos suficientes para lastrear suas conclusões em cada uma das etapas.

5 Institutos afins

É preciso destacar que a AIR não se confunde com outros instrumentos utilizados pelos agentes regulatórios no aperfeiçoamento das suas decisões e na participação da coletividade e em seu processo.

Nesse contexto, as Notas Técnicas e meros Pareceres exarados pelas entidades da Administração Pública indireta não demonstram ser verdadeiras análises de impacto regulatório. Esses estudos, como podemos resumir, são procedimentos muito mais aprofundados e detalhados do que aqueles que comumente verificamos no dia a dia das Agências Reguladoras, por exemplo. Muitas vezes, tais entidades alegam a realização de uma análise de impacto regulatório, quando, na verdade, o que existe é apenas uma nota técnica.

A análise de impacto regulatório no direito comparado demonstra de maneira clara essa disparidade. A título ilustrativo, as análises promovidas pela agência reguladora de energia da Inglaterra são verdadeiras obras multidisciplinares. É um estudo robusto e bastante fundamentado que busca traçar, com base em dados concretos, as consequências da alteração normativa na sociedade.

O instituto também não se confunde com as consultas e audiências públicas, que são mecanismos de participação social. Na verdade, a análise de impacto regulatório tem que estar previamente disponibilizada para audiência ou consulta pública propriamente dita, de modo inclusive a oferecer maiores subsídios à população e possibilitar uma melhor participação na Consulta e na Audiência Pública.

A AIR também diverge das chamadas tomadas de contribuições, institucionalizadas em várias agências reguladoras e demais órgãos da Administração (além de entes como

a ANP, que frequentemente realiza tomadas de contribuições, entidades como o Banco Central e até mesmo a própria Casa Civil já se valeram do instituto).

A tomada de contribuições é apenas uma manifestação de uma intenção, em tese, da agência reguladora, ou de quem quer editar a norma, seguida do levantamento de sugestões, comentários e opiniões da sociedade como um todo. Diverge, nesse ponto, da análise de impacto regulatório que, geralmente, deve preceder a tomada de contribuições.

O trânsito normal, portanto, é: análise de impacto regulatório, tomada de contribuições e realização de audiência ou consulta pública. Naturalmente, se houver uma mudança de rumo grande nas pretensões regulatórias no meio desse procedimento, tem que se reabrir o processo de contribuições e a análise de impacto regulatório.

A análise de impacto regulatório também se difere da análise de resultados regulatórios que se traduz em uma análise posterior à edição da norma e consubstancia uma espécie de checagem *ex post* da eficiência da análise de impacto regulatório. Questiona-se, na análise de resultados, se os objetivos esperados para a norma foram materialmente alcançados.

Finalmente, cumpre trazer à baila outro instrumento semelhante, mas diverso, que também havia sido previsto no projeto de lei de conversão da MP que gerou a Lei de Liberdade Econômica: o acompanhamento de normas experimentais. O art. 29, §3º, da última proposta, que não prosseguiu, previa que “sempre que possível, proceder-se-á à experimentação regulatória, mediante a limitação territorial da vigência do ato normativo, constante monitoramento de seus efeitos e nova avaliação do impacto, para fins de se decidir pela extensão do âmbito da regulação ou seu aperfeiçoamento ou sua regulação”.

O acompanhamento de normas experimentais consta em limitar a incidência imediata de determinada política regulatória para verificar, em um universo menor, quais consequências decorrerão da prática daquela norma. Esse mecanismo pode ser feito por diversas formas, que não a limitação territorial, como muitas vezes se verificou na prática. O pregão (modalidade de citação), por exemplo, seguiu esse *pari passu*: primeiro, admitiu-se o pregão só para as agências reguladoras; segundo, só para autarquias federais; terceiro, só para a administração pública federal; e, quarto, para a administração como um todo. Verificando-se os resultados estatísticos da melhora dos preços de aquisição, foi-se ampliando seu âmbito de incidência.

Embora se trate, materialmente, de uma observação empírica dos resultados regulatórios de determinada norma ou política, o acompanhamento de normas experimentais também não reúne as características expostas anteriormente capazes de atrair o conceito de análise de impacto regulatório: a AIR tenta prever quais serão os resultados práticos, sem eles existirem ainda; enquanto o acompanhamento de normas experimentais se baseia diretamente em resultados empíricos, já existentes, ainda que parciais.

6 A disciplina (ou a insuficiência de disciplina) na Lei de Liberdade Econômica

Com um capítulo próprio para o tema, integrado por um artigo, a nova Lei de Liberdade Econômica disciplinou a análise de impacto regulatório da seguinte maneira:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

Verifica-se de pronto que o regramento trazido pela Lei nº 13.874/2016 dá com uma mão, mas retira com a outra quando trata dos detalhes da análise de impacto regulatório.

Em primeiro lugar, embora o legislador preveja expressamente a obrigação de realização da análise de impacto regulatório, limita a incidência da norma aos órgãos e entidades da União.

A já mencionada Lei das Agências Reguladoras, por exemplo, não limitou o dever de realização da análise de impacto regulatório a quaisquer entes federativos. Na verdade, deu a entender que tal obrigação seria extensível a todas as agências reguladoras que se submetessem ao diploma.

O ponto positivo é que a Lei de Liberdade Econômica não excepciona da previsão a Chefia do Executivo, nem a administração direta.

A Lei de Liberdade Econômica teve a oportunidade de estender a necessidade de observância da AIR também aos demais entes federativos, mas preferiu não fazê-lo, talvez porque muitos municípios e Estados não estivessem capacitados para proceder à realização de tais estudos.

Em segundo lugar, além de se referir somente à administração federal, dispõe a Lei de Liberdade Econômica que o início da vigência da obrigatoriedade de realização da AIR, bem como os casos em que será obrigatório e os casos em que não será obrigatório, será objeto de regulamento. Esse com certeza é o maior anticlímax da Lei no tema da AIR.

Ao fazê-lo, quis o legislador conferir certa maleabilidade ao tema, retirando o tratamento pormenorizado da questão do engessamento legal, mas criou uma regra cuja eficácia e efetividade é em grande monta postergada para o regulamento, salvo naqueles casos, como o de muitas agências reguladoras, em que já há regras próprias dispondo sobre a indispensabilidade da AIR.

Embora tal escolha demonstre-se plausível e caminhe em sentido parecido ao da Lei nº 13.848/2016, Lei das Agências Reguladoras, a ausência de disciplina legal deixou – pelo menos por enquanto – alguns temas importantes sem tratamento, entre eles os pressupostos e etapas de operacionalização que vimos nos tópicos 3 e 4 acima.

Além dos já mencionados institutos de análise de resultado regulatório e acompanhamento de normas experimentais, que, embora previstos no projeto de lei de conversão, não foram recepcionados pela redação final do diploma, destacamos, a título ilustrativo, a análise de impacto social.

Com efeito, referido projeto previa em seu que texto que:

§1º. Entre os custos e benefícios a serem avaliados, na forma do inciso III deste artigo, serão considerados obrigatoriamente os sociais, assim entendidos, entre outros, os que afetam pessoas com necessidades especiais, a qualidade de vida e de trabalho, o meio ambiente, bem como sobre os efeitos sobre a desigualdade social, estruturas de mercado, condutas de agentes econômicos, integração nacional e desenvolvimento regional.

Os economistas debatem sobre um conceito de economia mais ou menos amplo, em que geralmente se discute se o social estaria ou não dentro do econômico. Nada obstante a controvérsia, o referido dispositivo vinha para pacificar a discussão, pelo menos no âmbito da análise de impacto regulatório, prevendo que, nos estudos econômicos promovidos pelos entes públicos, deveriam ser observadas as repercussões sociais da política regulatória discutida.

Não sabemos se tal disposição se repetirá no regulamento ou mesmo quais outras estarão previstas no diploma infralegal. A fim de conferir a concretude necessária do instituto, mister se faz que o regulamento seja editado o mais breve possível.

7 Conclusões

Como remédio aos efeitos negativos que podem decorrer de uma regulação, e à luz da necessidade de motivação da medida regulatória, bem como de concretização do princípio da eficiência, o direito brasileiro incorporou o instituto da análise de impacto regulatório na definição de políticas públicas econômicas e dos instrumentos a serem adotadas na sua implementação.

Nesse sentido, os procedimentos de análise de impactos regulatórios obrigam os agentes públicos a previamente demonstrarem a razoabilidade de suas pretensões decisórias, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito.

Previsto em alguns diplomas normativos brasileiros, é possível sustentar três pressupostos fundamentais para um sistema geral eficaz de análise de impacto regulatório, quais sejam: (i) necessidade de coordenação; (ii) a ideia de que essa necessidade de coordenação não pode servir de biombo para outras modalidades de interferência e de controle, alcançando-se os objetivos de coordenação com a menor interferência possível na independência das agências reguladoras que já a possuem; e (iii) que a AIR deve ser pensada de forma global, seja universal para todas as áreas em que haja a edição de atos de efeitos gerais ou abstratos, não apenas para determinadas espécies de entidades, como as agências reguladoras.

Reunidos os requisitos, podemos definir a AIR de maneira sintética como um estudo detalhado e multidisciplinar por meio do qual (i) identifica-se um problema; (ii) verifica-se se já há instrumento regulatório apto a solucioná-lo; (iii) na sua inexistência, levantam-se as alternativas regulatórias para a solução daquele problema; (iv) verifica-se qual das alternativas levantadas imporá o menor ônus aos administrados; e (v) pondera-se os diferentes interesses envolvidos para, ao fim, decidir pela implementação ou não de determinada política.

Esse instituto, ainda incipiente no cotidiano regulatório brasileiro, não se confunde com outros instrumentos utilizados pelos entes reguladores na definição de suas políticas,

trata-se de procedimento muito mais aprofundado e detalhados do que alguns outros a ele similares, como as notas técnicas.

A Lei de Liberdade Econômica (art. 5º) previu expressamente a análise de impacto regulatório e tornou a sua observância mandatória no âmbito da administração pública federal. Todavia, apesar da previsão legal, ele delegou ao regulamento as hipóteses de incidência do instituto e a definição dos moldes em que o referido estudo deveria se pautar, relegando à regulamentação a disciplina – e a própria eficácia e efetividade – do instituto, salvo naqueles casos, como o de muitas agências reguladoras, em que já há regras próprias dispendo sobre a AIR.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. Lei da Liberdade Econômica, análise de impacto regulatório e a Constituição. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 5, n. 1, abr. 2020.

BRASIL. STF. RE nº 407.688/SP, Rel. Min. Cesar Peluso, Data de Julgamento: 08.02.2016.

CARBONEL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

FREITAS, Rafael Vêras de; GUERRA, Sérgio. O modelo institucional do Setor portuário: os institutos da Análise de Impacto Regulatório (AIR) e da Conferência de Serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGESON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 95-119.

MORAND, Charles-Albert. *Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques*. Paris: LGDJ, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 173-203, out./dez. 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório na Lei de Liberdade Econômica. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 19-28. ISBN 978-65-5518-581-2.

TRANSFERÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O SENTIDO DE SEU POSSÍVEL CARÁTER *INTUITU PERSONAE*

FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO

1 Introdução

Tradicionalmente, a quase totalidade da doutrina do Direito Administrativo tem afirmado que os contratos administrativos são estabelecidos *intuitu personae*.

O sentido dado a essa expressão é o de que os contratos assim qualificados caracterizar-se-iam como relações jurídicas em que uma das partes teria em mente uma representação psíquica de que somente uma pessoa seria apropriada para executar o objeto contratual.

Marçal Justen Filho apresenta interessante oposição à tese do caráter *intuitu personae*, fundado na impessoalidade que se exige da administração pública e na superação, em grande parte, do caráter discricionário da escolha dos contratados pelo poder público, verificada desde as últimas décadas do século XX.

O presente estudo reconstitui brevemente a mutação por que passou o sentido da expressão *intuitu personae*, quando referida aos negócios jurídicos, tendo em vista a superação da teoria voluntarista desses negócios e consequente passagem à teoria da declaração, expressando o fenômeno geral da objetivação dos contratos.

Essa reconstituição permitirá a compreensão de que a qualidade *intuitu personae* dos contratos, seja no direito privado, seja no direito administrativo, não mais pode ser entendida como vinculação a uma vontade psiquicamente considerada. Trata-se, na atualidade, de entender o chamado caráter *intuitu personae* como vedação à transferência do contrato, total ou parcial, como consequência da sua regulação normativa.

Por outro lado, a ampliação da transferibilidade dos contratos administrativos é uma tendência muito perceptível, que pode trazer vantagens aos interesses públicos envolvidos, mas que deve ser examinada com cuidado, para que não se transforme em instrumento contrário às finalidades legais dos referidos contratos.

2 Contratos pessoais e impessoais

Uma das mais relevantes classificações dos contratos baseia-se na importância, ou não, da pessoa de, pelo menos, um dos contraentes como elemento determinante de sua existência.

Quando esse aspecto está presente, afirma-se que o contrato é *pessoal* ou *intuitu personae*. Quando não estiver, o contrato é dito *impessoal*.

Segundo Orlando Gomes, no contrato *intuitu personae*: “A uma das partes convém contratar somente com determinada pessoa, porque seu interesse é de que as obrigações contratuais sejam cumpridas por essa pessoa.” Gomes observa que esses contratos “Geralmente, originam uma *obrigação de fazer*, cujo objeto é um serviço *infungível*, isto é, que não pode ser executado por outra pessoa, ou porque só aquela seja capaz de prestá-lo, ou porque à outra parte interessa que seja executado tão-somente por ela”.¹

Embora a regulação jurídica e a teoria dos contratos tenham sofrido grandes transformações no curso do século XX, certas concepções prevalecentes no século XIX, não obstante enfraquecidas ou mesmo ultrapassadas, ainda influenciam formulações acerca desse instituto fundamental do direito. Tais concepções oitocentistas podem criar dificuldades no entendimento e aplicabilidade dos contratos no contexto atual. Parece-nos que isso tem ocorrido em relação aos chamados *contratos intuitu personae*.

A concepção política individualista do liberalismo clássico levou à consagração do *voluntarismo* no direito do século XIX. A *teoria da vontade* (*Willenstheorie*), sustentada, entre outros, por Savigny e Windscheid, considera que a intenção psíquica é o fator essencial no estabelecimento dos direitos e obrigações, de modo a assimilar vontade e negócio jurídico.²

Nessa concepção, o querer interno não é suficiente para estabelecer o negócio jurídico, pois é necessário que ela se manifeste exteriormente por meio da *declaração de vontade*. Porém, a vontade em si prevalece sobre a declaração, já que esta é mero meio de exteriorização daquela.³

Contra essa supervalorização da vontade, surgiu no século XIX a *teoria da declaração* (*Erklärungstheorie*), tendo em Liebe e Bülow alguns de seus mais reconhecidos representantes. Essencialmente, ela afirma que o conteúdo dos negócios jurídicos não resulta da intenção das partes, mas do sentido normal da declaração, cognoscível a partir das circunstâncias em que ela é exteriorizada.⁴ Observe-se que esta teoria, com exceção de alguns adeptos mais extremados, não pretendeu descartar a vontade, mas estabelecer parâmetros objetivos e, portanto, mais seguros para reconstruir e, assim, reconhecer a vontade em seu veículo e respectivo contexto de manifestação.⁵

¹ GOMES, *Contratos*, 2019, p. 81.

² GOMES, *Transformações gerais do direito das obrigações*, 1980, p. 10.

³ GOMES, *Transformações gerais do direito das obrigações*, 1980, p. 11.

⁴ GOMES, *Transformações gerais do direito das obrigações*, 1980, p. 11-12.

⁵ Reflexo dessas duas concepções surge nos códigos civis brasileiros. O Código de 1916, mais inclinado ao voluntarismo, prescreveu: “Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. Já o Código de 2002 dispõe: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. O acréscimo da expressão “intenção nelas (nas declarações) consubstanciada” é eloquente aderência à teoria da declaração.

A teoria da declaração tornou-se dominante porque ela correspondia ao que, nas últimas décadas do século XIX, como consequência, especialmente, da Revolução Industrial, já se fazia presente e que se aprofundaria no século XX: a massificação das relações de produção e circulação de bens e serviços. Como observa Rocco, a teoria da vontade “resultava adequada a um sistema económico individualista e pouco dinâmico, no qual as trocas eram, no geral, bem ponderadas e conservavam um certo carácter ‘pessoal’”. Mas “não podia satisfazer as exigências da *moderna economia de massa*, caracterizada pelo extraordinário incremento do volume das trocas (...) e pela sua crescente standartização e ‘impessoalidade’”.⁶ A teoria da declaração conciliou-se, assim, com o fenómeno da *objetivação do contrato*, que levou ao reconhecimento de novas espécies contratuais, contra as quais o pensamento jurídico resistira, até o início do século XX, em acolher como contratos. Citem-se os contratos de adesão, especialmente aqueles estandardizados pelo emprego de condições gerais; os contratos regulamentados e os contratos coletivos.⁷

Nesse contexto, a própria ideia inicial de contrato *intuitu personae* sofre alterações que até o presente não são, muitas vezes, adequadamente percebidas e tratadas.

Para ilustrar esse problema, consideremos o contrato de trabalho. Trata-se de avença caracterizada legalmente como contrato *intuitu personae em relação à figura do empregado*, como resulta da conjugação dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O art. 3º prescreve: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” E o art. 2º diz considerar-se empregador a empresa que “admite, assalaria e dirige a prestação *pessoal* de serviço” Já em relação ao empregador, vigora a impessoalidade, conforme resulta dos arts. 10, 448 e 448-A, da CLT.⁸

Do carácter pessoal do contrato de trabalho, resultam diversas importantes consequências, desde a formação até a extinção do vínculo trabalhista, como, por exemplo: a obrigação de prestar os serviços não se transmite a herdeiros e sucessores; a inviabilidade temporária da prestação do trabalho leva à suspensão ou interrupção do pacto empregatício, conforme a causa; a morte do empregado extingue automaticamente o contrato.⁹

Porém, Orlando Gomes afirma que o contrato de trabalho estaria numa “classe intermediária” entre as categorias dos contratos pessoais e impessoais, pois “embora se considere personalíssima a obrigação fundamental do empregado, decorrendo dessa circunstância as consequências próprias do contrato *intuitu personae*, a rigor, [o contrato de trabalho] não se conclui, as mais das vezes, tendo em vista as qualidades pessoais do trabalhador.”

⁶ ROPPO. *O contrato*, 1988, p. 298.

⁷ ROPPO. *O contrato*, 1988, p. 298-334.

⁸ Confirmam-se o inteiro teor desses dispositivos: “Art. 10 – Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”. “Art. 448 – A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”. “Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor”.

⁹ DELGADO. *Curso de Direito do Trabalho*, 2018, p. 340.

Embora Gomes tenha razão relativamente ao que na maioria das vezes ocorre no tocante ao aspecto puramente psíquico do empregador, ou seja, aquilo que tem em mente o indivíduo que admite o empregado, o que importa para a caracterização de um contrato como pessoal ou impessoal é a sua configuração *normativa*. E os referidos dispositivos da CLT, bem como diversas outras normas deste diploma legal, não deixam dúvidas quanto ao caráter *intuitu personae* do contrato de trabalho, em relação ao empregado. Assim, Orlando Gomes, que tão magistralmente expõe a superação da concepção voluntarista pela teoria da declaração, formula a proposta de criação de uma “classe intermediária” entre os contratos pessoais e os impessoais para situar o contrato de trabalho, olvidando-se de que a massificação e conseqüente objetivação dos negócios jurídicos implicam a superação da pessoalidade como opção ou preferência psíquica por um contratado, substituindo-a pela intransferibilidade, normativamente posta, de, pelo menos, uma das partes contratantes.

A identidade entre pessoalidade e intransferibilidade da posição contratual fica clara na seguinte passagem do próprio Orlando Gomes:

Uma vez que essa obrigação é intransmissível, não pode ser cumprida por outrem. Por conseguinte, a morte do devedor é causa extintiva do contrato, pois os sucessores não poderiam executar prestação que era personalíssima. Pela mesma razão, o contrato *intuitu personae* não pode ser cedido. A substituição do devedor importaria celebração de novo contrato. É claro que essas conseqüências só se afirmam em relação ao contratante cuja atividade pessoal é elemento determinante do contrato.¹⁰

Assim, para evitar equívocos quanto ao sentido atual da expressão contrato *intuitu personae*, melhor seria substituí-la pela denominação *contrato intransferível*, ou, pelo menos – considerando a secular consagração da referida expressão latina – passar a compreendê-la como sinônimo, apenas, de intransferibilidade da posição de parte contratual.

Assim, alguns contratos são intransferíveis (neste sentido, “pessoais”) por determinação imperativa da lei – também chamada norma de ordem pública –, ou seja, não há possibilidade de as partes estabelecerem de modo distinto. É o caso do contrato de trabalho.

Para outros contratos, a lei estabelece a imutabilidade de posição subjetiva a princípio, mas facultada às partes a pactuação em sentido diverso, como é o contrato de sociedade, a teor do art. 1.002 do Código Civil, que dispõe: “O sócio não pode ser substituído no exercício das suas funções, sem o consentimento dos demais sócios, expresso em modificação do contrato social”.

Há também contratos adrede caracterizados como transferíveis (impessoais) pela lei, mas esta permite que as partes o tornem intransferível (*intuitu personae*), a exemplo do contrato de empreitada, para o qual vigora o art. 626 do Código Civil: “Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro”.

¹⁰ GOMES. *Contratos*, 2019, p. 82.

3 A transferibilidade dos contratos administrativos em geral

Como registra Gomes, no direito privado é reconhecido que “A pessoa concreta do contratante é, de regra, juridicamente indiferente”. Ou seja, a figura do contrato pessoal é exceção e, portanto, a mutabilidade subjetiva o mais comum.¹¹

Se assim é no direito privado, poder-se-ia supor que mais fatores conduziram a que assim também fosse no direito administrativo.

Com efeito, esse ramo do direito, assim como o direito público em geral, é regido pelo princípio da *impessoalidade*, cujo conteúdo se manifesta tanto em relação aos agentes públicos, quanto em face dos particulares com os quais se relaciona a administração pública. Em relação aos primeiros, a impessoalidade significa que os atos praticados pelos agentes públicos não são manifestações de vontade individuais, particulares, daqueles que exercem as atribuições estatais, mas pronunciamentos da respectiva pessoa jurídica administrativa, à qual se imputa diretamente a vontade manifestada pelo agente, que é apenas o veículo de exteriorização da instituição administrativa.

No tocante aos particulares, como leciona Di Pietro: “o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”.¹²

Mas o ordenamento jurídico não se restringe a enunciar o princípio da impessoalidade, estabelecendo também instrumentos para buscar a sua implementação. Assim, diversos procedimentos são previstos em lei para que, por meio deles, o agente público seja orientado a buscar as finalidades legais às quais se encontra vinculado. Neste sentido, a Lei Federal de Processo Administrativo contém, no parágrafo único do art. 2º, preceitos que são reconhecidos como obrigatórios a todos os procedimentos da administração pública: “atuação conforme a lei e o Direito” (inc. I); “atendimento a fins de interesse geral” (inc. II) e “objetividade no atendimento do interesse público” (inc. III).

Quanto aos contratos administrativos, é sabido que, como regra, devem eles ser firmados com quem for escolhido por meio de licitação, procedimento que tem por objetivo assegurar a eficácia do princípio da impessoalidade na escolha do contratado. Nos dizeres da Constituição Federal: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” (art. 37, XXI).

Vejam, agora, o que prevê a legislação ordinária.

A Lei nº 8.666/1993, no art. 3º, assim como a Lei nº 14.133/2021, no art. 5º, preveem que a licitação deve observar alguns princípios, entre eles, o do “julgamento objetivo”.

Na Lei nº 8.666/1993, o art. 40 determina que o edital conterá, entre outras exigências, “critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos” (inc. VII). Além desses, em nove outros dispositivos a Lei nº 8.666/1993 prescreve expressamente a objetividade na conduta dos agentes administrativos na licitação – seja no exame dos

¹¹ GOMES. *Contratos*, 2019, p. 81.

¹² DI PIETRO. *Direito Administrativo*, 2023, p. 111.

requisitos de habilitação, seja no julgamento das propostas.¹³ Na Lei nº 14.133/2021, além do citado art. 5º, o número de tais dispositivos sobe para dez.¹⁴

Quanto à transferência do contrato, total ou parcial, incluindo a subcontratação, ela também se encontra prevista na legislação relativa aos contratos administrativos.

O art. 122 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que, “Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o *limite autorizado, em cada caso, pela Administração*”. Dispositivo semelhante encontra-se no art. 72 da Lei nº 8.666/1993.

O §2º do art. 122 faculta: “Regulamento ou edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação”.

O art. 78 da Lei nº 8.666/1993 prevê, como motivo para rescisão do contrato, entre outros fatores, “a *subcontratação* total ou parcial do seu objeto, a *associação do contratado com outrem*, a *cessão ou transferência*, total ou parcial, bem como a *fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato*” (inc. VI). A Lei nº 14.133/2021 não traz essa especificação, mas o seu art. 137 estabelece “*motivos para extinção do contrato*”, entre eles, o “*não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais*” (inc. I), o que, conjugado ao citado art. 122, resulta em previsão equivalente à do art. 78, VI, da Lei nº 8.666/1993.

A Lei nº 14.133/2021 traz novas hipóteses em relação à Lei nº 8.666/1993.

O art. 102 estabelece que, “Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a *seguradora*, em caso de inadimplemento pelo contratado, *assumir a execução* e concluir o objeto do contrato”. O inc. III desse artigo acrescenta que “a seguradora poderá *subcontratar* a conclusão do contrato, *total ou parcialmente*”.

Porém, é sabido que, na doutrina do Direito Administrativo brasileiro, prepondera amplamente a tese de que um dos traços essenciais ao contrato administrativo é o seu caráter *intuitu personae*.¹⁵ Normalmente explica-se essa característica afirmando que tais contratos são firmados “em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação” e que esta seria a razão pela qual as referidas normas legais vedariam a subcontratação e a transferência do contrato pelo contratado.¹⁶

O exame da legislação, conforme acima registrado, demonstra, contudo, que não são as “condições pessoais do contratado” o motivo que explica a sua contratação, mas o fato de que o contratado satisfaz as condições *objetivas* previstas no edital da licitação e apresentou a proposta mais vantajosa, apurada também mediante critérios *objetivos*.

É comum a constatação de que diversos licitantes apresentem iguais condições de habilitação, de modo que o único fator diferencial será a proposta que, na maioria das licitações, será apenas de preço. Assim, o que diferirá os possíveis contratados será

¹³ Trata-se dos seguintes dispositivos: art. 30, §8º; art. 31, §§2º e 5º; art. 42, §5º; art. 44; art. 45; art. 46, §1º, I, §2º, I, e §3º.

¹⁴ A saber: art. 6º, XLII; art. 32, §1º, II e VIII; art. 36, *caput* e §1º, V; art. 69, *caput*; art. 78, §1º; art. 79, parágrafo único, II; art. 88, §§1º e 3º.

¹⁵ Neste sentido, citem-se, dentre muitos outros: DI PIETRO. *Direito Administrativo*, 2023, p. 302. CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 2023, p. 156. NOHARA. *Direito Administrativo*, 2023, p. 408. OLIVEIRA, *Curso de Direito Administrativo*, 2023, p. 559.

¹⁶ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 2023, p. 303.

apenas uma diferença matemática no valor a ser pago pela Administração Pública. Nada que diga respeito às “condições pessoais do contratado”.

Em percuciente texto sobre o tema, Marçal Justen Filho alega que, ao contrário do que afirma a esmagadora maioria da doutrina brasileira, “o personalismo do contrato administrativo apenas pode verificar-se quando tiver ocorrido escolha discricionária do sujeito a ser contratado pela Administração Pública. Com a prática da licitação, elimina-se essa discricionariedade e, com ela, também se exclui o personalismo da contratação”.¹⁷

Mais adiante, Justen Filho pondera:

Somente por exceção é que se admite que a seleção do particular a ser contratado seja fundada em razões de ordem psicológica ou subjetiva. Tal se passará quando a natureza do objeto a ser executado demandar avaliação dessa ordem. Assim, por exemplo, imagine-se o caso de contratação de um psicanalista: é evidente a necessidade de considerar o perfil psicológico e subjetivo do particular.¹⁸

Nessas passagens e no decorrer do texto, verifica-se que Justen Filho associa o caráter *intuitu personae* ao aspecto psíquico, em abordagem típica da concepção voluntarista do contrato.

No entanto, conforme argumentação acima registrada, a objetivação do contrato, que mais fortemente se apresenta no campo do direito administrativo, traz a necessidade de outra visão do atributo *intuitu personae*. Trata-se, conforme já registrado, de considerar que essa expressão indica a intransferibilidade do contrato, o que depende exclusivamente do tratamento normativo da matéria, e não de algum atributo inerente à pessoa do contratado.

Portanto, a linha de raciocínio deve ser o inverso do que a generalidade da doutrina adota. A vedação da transferência total ou parcial do contrato não decorre das “condições pessoais do contratado” e, portanto, não são estas que tornam o contrato *intuitu personae*. A intransferibilidade do contrato decorre do tratamento normativo da contratação, composto pelas normas legais, que podem ser complementadas pelas cláusulas do edital e do contrato. E tal intransferibilidade é que leva a chamar de *intuitu personae* o contrato assim caracterizado – denominação equívoca, mas dificilmente abandonável, em virtude da longa tradição de seu uso.

Pelos citados dispositivos da lei geral de contratação pública, verifica-se que os contratos administrativos podem ser amplamente transferíveis, a depender do que se regulamentar no edital da respectiva licitação e no próprio contrato.

As vedações, na nova Lei, são apenas de duas ordens.

O §4º do art. 74 diz ser “vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade” para a contratação de serviços técnicos prestados por profissionais ou empresas de notória especialização.

¹⁷ JUSTEN FILHO. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, n. 41, maio 2005.

¹⁸ JUSTEN FILHO. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, n. 41, maio 2005.

Trata-se de vedação logicamente decorrente da própria definição legal de “notória especialização”, estabelecida pelo §3º do mesmo artigo, a saber:

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.

Logicamente, se as características indicadas no §3º do art. 74 tornam o contratado peculiarmente apropriado à execução do objeto contratual, a ponto de justificar a inexigibilidade de licitação, não se poderia admitir que ele viesse a transferir a execução do contrato a terceiros.

A outra hipótese de intransferibilidade encontra-se prevista no §3º do art. 122, *in verbis*:

§3º. Será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

O evidente propósito, neste caso, é evitar que os referidos agentes públicos possam se valer de suas posições para beneficiar a si próprios, ou a seus parentes, com a transferência da execução do contrato. Trata-se, portanto, de observar os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

4 A transferibilidade dos contratos de concessão

Especificamente quanto aos contratos de concessão de serviços públicos, o art. 27 da Lei nº 8.987/1995 prevê que “A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão”.

O §1º estabelece que, para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o beneficiário da transferência deverá “atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço” e “comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor”.

O art. 27-A estabelece também a prerrogativa, em favor do poder concedente, para autorizar, nas mesmas condições estabelecidas no contrato de concessão, “a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços”.

O STF, ao julgar a ADI nº 2946, declarou a constitucionalidade desses dispositivos, considerando que “o que interessa à Administração é, sobretudo, a seleção da proposta

mais vantajosa, independentemente da identidade do particular contratado”. Considerou, ainda, que a transferência da concessão não exige nova licitação, por considerar que

É a proposta mais vantajosa que, *prima facie*, vincula a Administração. Mantidos seus termos, não se pode afirmar que a modificação do particular contratado implica, automática e necessariamente, burla à regra da obrigatoriedade de licitação ou ofensa aos princípios constitucionais correlatos, mormente nos casos de concessão, dada a natureza incompleta e dinâmica desses contratos e a necessidade de se zelar pela continuidade da prestação adequada dos serviços públicos.¹⁹

Assim decidindo, o STF estabeleceu que os contratos de concessão, embora devam ser originalmente antecedidos de licitação, podem, no curso de sua vigência, ser transferidos a terceiros, que assumirão a posição de concessionários em decorrência de um negócio jurídico entre particulares, apenas sujeito à aquiescência da administração concedente, para que esta possa verificar a satisfação dos requisitos legais indicados na Lei nº 8.987/1995, com vistas à manutenção do serviço adequado.

Considerando serem os contratos de concessão, normalmente, de duração prolongada, essa flexibilidade mostra-se importante para permitir que mecanismos de mercado favoreçam a transferência ágil da execução contratual, de modo a permitir a continuidade da prestação dos serviços.

O §1º do art. 27 da Lei nº 8.987/1995 estabelece requisitos que, uma vez cumpridos, geram para o pretendente o direito à transferência da concessão. Assim, a necessidade de anuência da entidade concedente, prevista no art. 27, visa a garantir que a alteração subjetiva seja previamente fiscalizada pela Administração Pública, de modo a assegurar a continuidade da adequada prestação dos serviços.

Importante registrar que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.063-B/2017, que tinha propósitos mais específicos originalmente, mas recebeu diversos apensados e foi ampliado, de modo que seu objeto passou a ser o de estabelecer uma nova Lei Geral de Concessões.

Esse projeto mantém e amplia a possibilidade de transferência dos contratos de concessão. A tal ponto de conter dispositivos que nos parecem merecer melhor e mais detalhada redação, de modo a evitar que a alteração subjetiva nos contratos possa ser utilizada para ilegítimos favorecimentos pessoais.

Referimo-nos especialmente aos incisos I e II do §1º do art. 128 do projeto. Conforme esse artigo, a concessionária poderá requerer ao poder concedente anuência para a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, desde que o pretendente atenda às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à continuidade da prestação do serviço; e comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

O §1º do art. 128 prevê que, ao analisar o requerimento, a administração concedente poderá “alterar ou dispensar as exigências de capacidade técnica e idoneidade financeira do pretendente, caso os serviços já estejam sendo executados” e “negociar a redução,

¹⁹ ADI nº 2.946, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 09.03.2022, Dje-095, divulgação em 17.05.2022, publicação em 18.05.2022.

extinção ou forma de cumprimento de penalidades regulamentares e contratuais eventualmente aplicadas à concessionária”.

Do modo como se encontram redigidos, o primeiro dispositivo citado pode acarretar má prestação de serviços aos usuários. A alteração ou dispensa de exigências de qualificação somente pode ser aceita se as razões pelas quais as exigências foram feitas já não forem mais relevantes na execução do contrato. Quanto ao abrandamento de penalidades, pode ser um meio que leve à impunidade e fomenta o descumprimento das obrigações que garantam a prestação de serviços adequados aos usuários.

5 Conclusão

A discussão em torno do alegado caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos, segundo nos parece, deve levar em conta a superação da concepção voluntarista e a crescente objetivação dos contratos como inarredável consequência da massificação das relações de produção e circulação de bens e serviços.

O qualificativo *intuitu personae* passa, assim, a se referir à possível intransferibilidade, normativamente posta, de, pelo menos, uma das partes contratantes.

Nos contratos administrativos, essa característica não é necessariamente afastada pelo princípio da impessoalidade, embora essa norma favoreça a transferibilidade dessas avenças, desde que permitida pela lei e pelos próprios contratos e garantida a continuidade da execução do objeto contratual.

Assim, a transferibilidade, ou não, do contrato administrativo, não pode ser afirmada *a priori*, pois dependerá da política legislativa adotada ao se normatizar a matéria.

A tendência atual é a de ampliar as hipóteses e facilitar a transferência, total ou parcial, dos contratos administrativos, inclusive aqueles relativos às concessões de serviços públicos.

É necessário, porém, cuidar para que essa flexibilização não abra portas ao favorecimento indevido a interesses particulares, em detrimento dos interesses coletivos e ao necessário equilíbrio que se deve buscar entre estes e o legítimo proveito econômico dos que contratam com a Administração Pública.

Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizadores: Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 41, maio 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=29683>. Acesso em: 30 mar. 2023.
- NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Direito Administrativo*. 12. ed. Barueri: Atlas, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.
ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Transferência dos contratos administrativos e o sentido de seu possível caráter *intuitu personae*. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 29-39. ISBN 978-65-5518-581-2.

SUGESTÕES DE APRIMORAMENTO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) NO BRASIL

FLÁVIO GARCIA CABRAL

Introdução

A década de 1990 no Brasil foi um grande divisor de águas em relação a qual deveria ser o papel do Estado no que tange a serviços públicos. Notadamente nesse período, o Estado brasileiro, que sempre foi encarado como titular e prestador de serviços, passa a sofrer uma mudança no seu foco, fruto da forte influência norte-americana, das privatizações e da ideologia neoliberal. O país passa então a mudar o seu protagonismo, saindo de um Estado prestador para um Estado regulador (o surgimento das Agências Reguladoras faz parte dessa transição).¹

Esse novo perfil de Estado não veio acompanhado, necessariamente, de uma qualidade na regulação. Justamente por se tratar de um novel protagonismo estatal, que substitui o mote da prestação de serviços, as regulações mostraram-se, por tempos, como algo de cunho impositivo, unilateral e marcado por casuísticas e improvisos.

No entanto, ao longo dos anos, dentro desse novo modelo do Estado brasileiro, a atividade regulatória tem buscado se aperfeiçoar, podendo-se mencionar como importante instrumento dessa caminhada a Análise de Impacto Regulatório (AIR).

Assim, investigando o referido instrumento afeto à regulação, pretende-se apurar ao longo do artigo quais medidas poderiam ser adotadas para que a AIR fosse aprimorada diante do ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, o trabalho apresentará o arcabouço normativa da AIR no Brasil. Em seguida, será apresentado o conteúdo jurídico da eficiência administrativa e como a AIR concretiza esse princípio. Por derradeiro, serão apresentadas propostas de melhorias para a utilização da AIR no Brasil.

¹ CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Leme: Mizuno, 2023, p. 477.

1 A análise de impacto regulatório (AIR) no Brasil

A Análise de Impacto Regulatório é um instrumento que vem sendo amplamente difundido em diversos países. Trata-se de um processo que se inicia nos Estados Unidos, durante o governo de Reagan (1981-1988) e, posteriormente, na Inglaterra, no governo Thatcher (1979-1990), mas que logo recebe uma rápida disseminação pelo globo.²

Esse processo de difusão contou com as recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que ao menos desde 1995 emite orientações, por meio de *checklists*, para o exercício da regulação estatal por parte de seus países membros. A própria OCDE define a AIR como ferramenta regulatória que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas.³

No Brasil, o embrião da AIR pode ser atribuído à iniciativa da União por meio da criação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), instituído pelo Decreto nº 6.602, de 16 de março de 2007, com a finalidade de arquitetar um mecanismo institucional para aprimorar a qualidade da regulação federal.⁴

Atualmente, após a difusão do PRO-REG, acompanhado de recomendações do Tribunal de Contas da União (TCU) para a adoção de boas práticas da OCDE pelas Agências Reguladoras (Acórdão nº 240/2015 – Plenário), encontra-se a determinação de AIR pelas referidas agências no artigo 6º da Lei nº 13.848, de 5 de junho de 2019: “A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo”.

Ademais da previsão da AIR para a atuação setorial das agências, há também a previsão geral da utilização desse instrumento na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica. Em seu artigo 5º, a referida lei dispõe que as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

A regulamentação de ambos os artigos citados acima veio, no âmbito federal, por intermédio do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. No artigo 2º, inciso I, do referido decreto, consta a definição da AIR como sendo o procedimento, a partir da definição

² KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. Regulatory Impact Assessment: an overview. In: KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David (ed.). *Regulatory Impact Assessment: towards better regulation?* Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2007, p. 1-17.

³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO – OCDE. *Building an institutional framework for regulatory impact analysis*. Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and territorial Development: Paris, 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2023.

⁴ GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 3, 2020, p. 278.

de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos, que conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão.

Acrescente-se ainda como embasamento para a AIR, ainda que de maneira mais genérica, o artigo 20 da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942, alterado pela Lei nº 13.655/2018), que estabelece que na esfera administrativa não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Além disso, o seu parágrafo único prevê que a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.⁵

Conforme trazido pela própria ANVISA,⁶ uma das Agências Reguladoras que foi pioneira na utilização dos procedimentos de AIR, essa análise visa ao aprimoramento da qualidade regulatória, contribuindo para a transparência do processo de regulação e para o diálogo entre governo, setor regulado e a sociedade em geral. Apresenta como finalidade orientar e subsidiar, com base em evidências e de maneira robusta e transparente, a tomada de decisão; aumentar a transparência e a compreensão sobre a atuação regulatória; proporcionar maior robustez técnica e previsibilidade à atuação regulatória; e contribuir para o aprimoramento contínuo do resultado das atuações regulatórias.⁷

2 AIR como instrumento de concretização da eficiência administrativa

A AIR busca permitir que decisões envolvendo a atividade regulatória do Estado sejam tomadas com base em informações e levando-se em consideração, *ex ante*, o sopesamento das possíveis consequências advindas de uma eventual (não)regulação. Procura-se, dessa forma, direcionar a decisão para o modelo que atinja o interesse público da melhor forma, analisando-se todos os custos envolvidos nessa tomada de decisão.

A compreensão das finalidades da AIR permite que se conclua que este instrumento, auxiliar à tomada de decisões administrativas de cunho regulatório, acaba por materializar de maneira ótima o princípio da eficiência administrativa.

Dentre a multiplicidade de tentativas de se conceituar a eficiência administrativa, podemos compreendê-la dentro de uma perspectiva do cotejo entre meios e fins,

⁵ GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 3, 2020, p. 284.

⁶ “A ANVISA tem se destacado na realização pioneira da AIR. A agência instituiu o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa (PMR), por meio da Portaria 422/2008, com o objetivo de aperfeiçoar e modernizar as práticas regulatórias da agência, garantindo maior previsibilidade, legitimidade, transparência e estabilidade ao processo regulatório. A referida Portaria foi revogada pela Portaria 1.741/2018 que define a AIR como “processo sistemático de análise, baseado em evidências, que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das opções de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão” (art. 2º, III)” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério*. *Revista Quaestio Iuris*, v. 14, n. 01, 2021, p. 472).

⁷ Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/regulamentacao/air/saiba-mais>. Acesso em: 01 mar. 2023.

definindo-a como a norma que determina à Administração Pública, bem como àqueles que exerçam função administrativa, no desempenho de suas atividades, a escolher meios que sejam capazes de atingir a finalidade legal pretendida, sendo que tais meios devem ser os melhores, ou seja, os menos onerosos à Administração Pública (direta e indiretamente), tanto em relação aos demais meios existentes, quanto no que concerne à própria finalidade almejada.⁸

Calha indicar que a eficiência administrativa realiza uma análise de custos tanto financeiros (administrativos) como também de custos sociais. A análise da onerosidade a ser feita pela eficiência administrativa inclui também a lesão⁹ a bens e direitos legítimos dos administrados, cerceamento de suas liberdades ou preterição de determinadas finalidades públicas em prol de outras, sendo considerados, em oposição aos custos administrativos, como custos sociais.

Nesse aspecto, bem-vindas são as palavras de Humberto Ávila, as quais exaltam que “de uma medida administrativa podem surgir efeitos relacionados a vários fins que a administração deve atingir, uns primários, outros secundários”, sendo que “a avaliação de todos os fins administrativos afasta o dever de considerar o menor custo como excludente do exame de outros fins”. E conclui que “o menor custo é, tão-só, um dos vários elementos a serem considerados”.¹⁰

Assim, veja que a apuração feita pela AIR, de levantamento dos custos regulatórios,¹¹ para que se possa adotar a melhor decisão, nada mais é do que uma aplicação da eficiência administrativa.

Essa compreensão, da AIR como materializadora da eficiência, acaba sendo reforçada quando se analisam as colocações de Fernando Leal, que afirma que “em um plano mais geral, tanto AIR como proporcionalidade se aproximam como roteiros organizados de percursos de justificação de decisões de agentes públicos”.¹²

Observa-se que o referido autor promove uma aproximação (não uma identificação) entre a proporcionalidade e a AIR. Sobre essa perspectiva deve ser acrescido que nossa

⁸ CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 164.

⁹ Quando se usa a terminologia “lesão a direitos” não se está a referir necessariamente à ilegalidade. Se há uma violação à lei, embora seja possível investigar a eficiência administrativa, a validade normativa acabaria se resolvendo pelo prisma da legalidade. No entanto, a menção a lesões tem por objetivo trazer o significante não de ilegalidades, mas sim de escolhas que não implementem direitos ou não os efetivem em sua máxima amplitude. Assim, optar por medidas que impliquem em melhorias na saúde em detrimento de aprimoramentos na educação, e.g., por certo impede que o direito à educação (artigo 205 da Constituição Federal) seja efetivado da maneira mais otimizada possível, configurando, na forma tratada nesse texto, uma “lesão a direito” e, portanto, um custo social.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Publico da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 jan. 2023, p. 20.

¹¹ O artigo 2º, inciso IV, do Decreto nº 10.411/2020, define custos regulatórios como a “estimativa dos custos, diretos e indiretos, identificados com o emprego da metodologia específica escolhida para o caso concreto, que possam vir a ser incorridos pelos agentes econômicos, pelos usuários dos serviços prestados e, se for o caso, por outros órgãos ou entidades públicos, para estar em conformidade com as novas exigências e obrigações a serem estabelecidas pelo órgão ou pela entidade competente, além dos custos que devam ser incorridos pelo órgão ou pela entidade competente para monitorar e fiscalizar o cumprimento dessas novas exigências e obrigações por parte dos agentes econômicos e dos usuários dos serviços prestados”.

¹² LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, 2019, p. 316.

compreensão sobre o conteúdo jurídico da eficiência administrativa é justamente de que ela figura como uma verdadeira proporcionalidade qualificada.¹³

Em síntese, há uma forte semelhança entre a eficiência administrativa e a AIR, sendo esta um mecanismo previsto no sistema jurídico brasileiro que permite a concretização do dever de eficiência estatal.

3 Espaços para aprimoramentos na AIR

A AIR, apesar de suas vantagens,¹⁴ ainda é um processo em desenvolvimento, ao menos diante da realidade brasileira. Quer-se com isso apontar que ainda há espaço para experimentações e melhorias em termos de avanços na qualidade da regulação e que a AIR pode ser aprimorada. Tratemos a seguir de algumas singelas sugestões para o incremento desse instrumento regulatório.

3.1 Maior participação e controle social

Uma das finalidades da AIR é justamente conferir maior transparência à tomada de decisões regulatórias, aproximando, em certa medida, o setor regulado e o regulador.

Atualmente a regulamentação na esfera federal sobre a AIR traz a consulta como um importante instrumento para que haja justamente uma participação popular nesse procedimento. Deveras, “a consulta pública é o processo pelo qual as partes interessadas informam o regulador a respeito de uma política potencial. É uma ferramenta útil para aumentar a transparência, a eficiência e a efetividade da regulação, bem como para reduzir os custos inerentes a esta”. Além disso, “a consulta pública oferece dados condizentes com a ótica da parte afetada, bem como possibilita considerar efeitos que inicialmente não seriam percebidos” e “possibilita a utilização de dados relativos aos efeitos inicialmente considerados, abrindo a possibilidade de considerar novos efeitos indicados pelos agentes econômicos”.¹⁵

Não obstante a existência desse instrumento de participação popular, nota-se que os artigos 8º a 11 do Decreto nº 10.411/2020 tratam da consulta pública como facultativa, salvo em relação às regulações das Agências Reguladoras. Tal conclusão se extrai quando se apura a menção expressa da obrigatoriedade da consulta somente em relação às

¹³ Sobre o assunto, cf. CABRAL, Flávio Garcia. A eficiência administrativa como proporcionalidade qualificada *In*: MOURA, Emerson Affonso da Costa; PORTO, Paola de Andrade; SADDY, André (org.). *Organização e princípios da Administração Pública: estudos em homenagem a José dos Santos Carvalho Filho*. Rio de Janeiro: Institutas, 2020. p. 107-132.

¹⁴ Importante frisar que, apesar das vantagens da AIR e de se mostrar como um instrumento concretizador da eficiência administrativa e que impõe uma racionalidade na tomada de decisões, ela não pode ser tido como um mecanismo metafísico, hábil a resolver, de maneira matemática, todos os problemas trazidos pela dificuldade de regulação. No mesmo sentido, Rogério Leal sustenta que “superestimar as capacidades desses instrumentos para racionalizar processos decisórios reais pode levar à crença equivocada de um legislador ou administrador que tudo conhece ou de um juiz que tudo pode” (LEAL, Fernando. *Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?* *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, 2019, p. 342).

¹⁵ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória*. Texto para discussão n. 1463. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2010, p. 20.

Agências: “Artigo 9º, Parágrafo único. A realização de consulta pública será obrigatória na hipótese do art. 9º da Lei nº 13.848, de 2019”.

Esse já é um primeiro ponto que merece uma nova modelagem. Em realidade, a lógica deveria ser inversa, com a previsão de realização obrigatória de consulta pública, salvo situações excepcionais devidamente justificadas.¹⁶ Deve haver a ampliação da obrigatoriedade para todas as AIR, não só nos casos relacionados às Agências Reguladoras.

Além disso, a estruturação da AIR atualmente prevê que a manifestação popular, como regra, ocorra somente após¹⁷ a realização da análise, quando já foi elaborado o seu relatório.¹⁸ Essa oportunidade de aproximação entre a sociedade e os entes reguladores, apesar de importante, mostra-se por demais limitada. Com o relatório já feito, os campos que podem ser analisados, questionados e/ou aprimorados já se encontram direcionados, não conferindo um espaço para uma verdadeira colheita de manifestações úteis e inovadoras.

Com a mesma inteligência, Emerson Gabardo e Mateus Domingues Graner sustentam que “tão importante quanto a própria realização da consulta ou audiência pública, é imprescindível que a participação popular ocorra no início ou durante a AIR, mas antes da minuta do ato normativo que se pretende construir (quando não for o caso de não regulação, evidentemente)”. Assim, somente dessa maneira, “a participação popular poderá atingir os mencionados objetivos e reduzir o déficit democrático; caso contrário, a norma que não tiver tal participação poderá ser considerada inválida”.¹⁹

Em uma diferente perspectiva, mas apontando igualmente para o necessário incremento da participação democrática na AIR, Flavio Saab e Suylan de Almeida Midlej e Silva enxergam, dentre de um contexto da AIR para auxiliar no combate à corrupção, que, além de tornar públicos os relatórios, os reguladores precisam utilizar diferentes

¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. *Revista Quaestio Iuris*, v. 14, n. 01, 2021, p. 476.

¹⁷ Curiosamente, antes da edição do Decreto nº 10.411/2020, que acabou por trazer essa previsão limitadora do momento da consulta, o guia de orientação da AIR elaborado pelo governo federal trazia que “a boa prática regulatória recomenda que a consulta e o diálogo com os atores interessados no problema regulatório devem começar o mais cedo possível, ainda nos estágios iniciais da AIR. O objetivo é convidar os atores relevantes a contribuir para melhorar a qualidade da análise que orientará a decisão. Quando envolvidos após já tomada a decisão, a tendência é que estes atores só se debrucem sobre a minuta apresentada, questionando seus dispositivos sem considerar o processo de análise que culminou em sua proposição, mesmo que a AIR seja disponibilizada para consulta junto com o instrumento” (BRASIL. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 31).

¹⁸ “Art. 8º O relatório de AIR poderá ser objeto de participação social específica realizada antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e antes da elaboração de eventual minuta de ato normativo a ser editado. Art. 9º Na hipótese de o órgão ou a entidade competente optar, após a conclusão da AIR, pela edição, alteração ou revogação de ato normativo para enfrentamento do problema regulatório identificado, o texto preliminar da proposta de ato normativo poderá ser objeto de consulta pública ou de consulta aos segmentos sociais diretamente afetados pela norma”.

¹⁹ GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 3, 2020, p. 295.

canais de comunicação e adotar linguagem²⁰ adequada para alcançar diferentes grupos da sociedade.²¹

Assim, tanto a ampliação da participação popular (tornando a consulta obrigatória para todas as AIR, como regra), como também a possibilidade de manifestações prévias e concomitantes à elaboração da AIR, ou ainda uma simplificação da linguagem dos relatórios oriundos da análise e sua maior divulgação são medidas hábeis a ampliar a qualidade da regulação e reduzir seu déficit democrático.

3.2 Capacitação e treinamento

Conforme apontado até aqui, a AIR mostra-se como importante mecanismo de concretização da eficiência administrativa e vem ganhando cada vez mais espaço na tomada de decisões administrativas.

Sem embargo, para a sua efetiva consolidação no exercício da função administrativa, mostra-se primordial que os agentes públicos²² responsáveis pela sua elaboração sejam devidamente capacitados para a sua realização. É dizer, um instrumento de otimização do agir administrativo torna-se inócuo ou com um baixo aproveitamento caso não se saiba utilizá-lo da maneira correta.

A realização da AIR demanda dois aspectos essenciais: a) de ordem material; e b) de ordem formal-metodológica.

Quanto ao aspecto material, a realização da AIR é questão que invariavelmente exige uma multidisciplinaridade, uma vez que, além do necessário conhecimento sobre a temática a ser eventualmente regulada, mostra-se essencial que sejam averiguadas as consequências e impactos dessa regulação em diversas áreas, como da saúde, meio ambiente, economia e estruturação administrativa, só para mencionar algumas.

No entanto, mais que os aspectos de ordem material, o que demanda um constante aprimoramento e treinamento se refere aos aspectos metodológicos da elaboração da AIR. Essa análise não pode ser feita de maneira meramente intuitiva. A eficácia ou não da AIR como instrumento de concretização da eficiência pressupõe um rigor metodológico, que é o que sustenta em parte a legitimidade dos resultados ali obtidos.

De fato, em pesquisa realizada para analisar a qualidade das AIR elaboradas por Agências Reguladoras no Brasil, Flavio Saab e Suylan de Almeida Midlej e Silva apuraram

²⁰ Sobre a linguagem dos relatórios de AIR, já há orientação institucional para que ela seja a “mais simples possível, permitindo que o Relatório possa ser compreendido pelos diversos atores interessados. Deve-se evitar o uso excessivo de jargões técnicos ou expressões pouco familiares e quando necessário, deve-se apresentar as definições adotadas para evitar ambiguidades ou questionamentos” (BRASIL. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 31).

²¹ SAAB, Flavio; SILVA, Suylan de Almeida Midlej e. Análise de impacto regulatório e prevenção da corrupção: um estudo exploratório sobre a AIR no Brasil. *Revista da CGU*. v. 13, n. 24, p. 176-177, jul./dez. 2021.

²² “(...) embora ainda se tenha, como em todo e qualquer setor, agentes públicos que possuem uma mentalidade atrelada à burocracia fetichista, a eficiência passou a ser um norte incorporado no comportamento dos servidores públicos. Seja fruto de uma renovação existente no setor público por meio de novos concursos públicos, ou ainda um aprimoramento desses agentes decorrente de capacitações, ou mesmo (e talvez com mais relevância) a necessidade de se cumprir com suas funções mesmo havendo inúmeras deficiências estruturais e materiais, certo é que as práticas existentes na Administração Pública que demonstram algum grau de eficiência são desenvolvidas e aplicadas por agentes públicos” (CABRAL, Flávio Garcia. A eficiência administrativa nos anos 90 e hoje: mudou alguma coisa? In: ANDRADE, Giulia De Rossi; SAIKALI, Lucas Bossoni (org.). *Eficiência, subsidiariedade, interesse público e novas tecnologias: uma homenagem dos orientandos do Professor Emerson Gabardo*. Curitiba: Íthala, 2021, p. 138).

que há uma ausência de padrão analítico nesses instrumentos. Explicam os autores que a capacidade técnica insuficiente para conduzir análises de impacto sofisticadas pode explicar as limitações e fragilidades metodológicas encontradas.²³

O que se nota é que há a exigência normativa do uso da AIR. Por vezes se conhece a matéria de fundo sobre a questão a ser regulada. Mas pouco se sabe sobre a estruturação formal-metodológica da AIR. Apesar de a própria regulamentação indicar alguns critérios metodológicos para a AIR,²⁴ a sua elaboração e a forma como de fato será conduzido o procedimento são determinantes para o sucesso ou não desse instrumento.

Necessário, portanto, que sejam institucionalmente estabelecidos planos de capacitação, atualização e treinamento dos servidores públicos responsáveis pela elaboração da AIR, em especial quanto aos critérios metodológicos desse procedimento.

3.3 Interpretação adequada do artigo 15, §2º, do Decreto nº 10.411/2020

Um ponto de possível aprimoramento da AIR refere-se a uma questão hermenêutica. Analisando-se o artigo 15, §§2º e 3º, do Decreto nº 10.411/2020,²⁵ observa-se que a regulamentação fixou que a AIR não vincula a tomada de decisão, que pode ser em sentido oposto ao apontado na análise realizada. Somente se prevê que “as decisões contrárias às alternativas sugeridas no relatório de AIR deverão ser fundamentadas pela autoridade competente do órgão ou da entidade”.

O que se vislumbra das disposições mencionadas é que haveria uma discricionariedade na tomada de decisão pela autoridade competente sobre regular ou não a matéria, bem como a forma de se efetivar essa regulação.

A respeito da questão, as orientações acerca do procedimento de AIR indicam expressamente que “tanto os tomadores de decisão quanto os servidores envolvidos na sua elaboração devem ter em mente que o Relatório de AIR é um documento sem caráter vinculante”. Ademais, atestam que a AIR “não retira a competência do Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada da Agência Reguladora ou da(s) Autoridade(s) Decisória(s) dos órgãos ou entidades da administração pública sobre agir ou não agir, tampouco substitui seu poder de julgamento sobre qual a melhor forma de intervenção”.²⁶

²³ SAAB, Flavio; SILVA, Suylan de Almeida Midlej e. Qual a qualidade da análise de impacto regulatório elaborada por agências reguladoras do Brasil? *Revista de Administração Pública – RAP*. v. 56, n. 4, p. 546, jul./ago. 2022.

²⁴ Consta no Decreto nº 10.411/2020: “Art. 7º Na elaboração da AIR, será adotada uma das seguintes metodologias específicas para aferição da razoabilidade do impacto econômico, de que trata o art. 5º da Lei nº 13.874, de 2019: I – análise multicritério; II – análise de custo-benefício; III – análise de custo-efetividade; IV – análise de custo; V – análise de risco; ou VI – análise risco-risco. §1º A escolha da metodologia específica de que trata o caput deverá ser justificada e apresentar o comparativo entre as alternativas sugeridas. §2º O órgão ou a entidade competente poderá escolher outra metodologia além daquelas mencionadas no caput, desde que justifique tratar-se da metodologia mais adequada para a resolução do caso concreto”.

²⁵ “§2º O relatório de AIR não vincula a tomada de decisão de que trata o §1º e é facultado à autoridade competente do órgão ou da entidade decidir: I – pela adoção da alternativa ou da combinação de alternativas sugerida no relatório de AIR; II – pela necessidade de complementação da AIR; ou III – pela adoção de alternativa contrária àquela sugerida no relatório, inclusive quanto às opções de não ação ou de soluções não normativas. §3º As decisões contrárias às alternativas sugeridas no relatório de AIR deverão ser fundamentadas pela autoridade competente do órgão ou da entidade”.

²⁶ BRASIL. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 25.

Sem embargo, embora de fato haja, no plano normativo-abstrato, uma discricionariedade em relação à adoção ou não dos termos da AIR, deve-se lembrar de que essa discricionariedade não se mostra absoluta.

Insta indicar que, no plano abstrato, determinadas normas podem prever atos que se mostrem como discricionários, embora, quando de sua aplicação concreta, ficarão vinculados. É dizer, embora no plano da hipótese normativa haja um leque de opções ao agente público, indicando a sua discricionariedade, pode ser que, diante do caso concreto, à luz do contexto fático, fique demonstrado que só há uma forma de atender ao interesse público de maneira ótima, não havendo opção de atuação do agente (o ato seria concretamente vinculado embora abstratamente discricionário).²⁷

De fato, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, “as circunstâncias concretas afunilam a ponto de extinguir o campo de apreciação subjetiva do agente”.²⁸

Assim, o que se quer apontar é que, após a realização da AIR, com a presença de dados e informações levantadas segundo um rigor metodológico, que acabem por indicar que o caminho que melhor atenda ao interesse público é a regulação da forma ali indicada, a discricionariedade antes existente em abstrato tende a desaparecer, pois qualquer outro caminho mostra-se indevido para o alcance da regulação ótima.

Não se está a defender o desaparecimento completo da discricionariedade em todo em qualquer caso. Tudo depende das conclusões apresentadas pela AIR. Em especial nas hipóteses de utilização de métodos comparativos, demonstrando os relatórios da AIR prós e contras de cada opção regulatória abordada, pode haver ainda espaço para uma apreciação discricionária do gestor público. No entanto, nos casos em que o relatório evidencia uma opção que, cotejada com todas as demais, mostra-se, em termos de custos e busca do interesse público, superior às demais, a discricionariedade prevista em abstrato desaparece, consolidando-se uma verdadeira vinculação ao agente regulador.

Em sentido semelhante, Luiz Alberto Blanchet e Priscila Lais Ton Bubniak pontuam justamente que a AIR, além de tornar possível o posterior controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, também diminui a discricionariedade do regulador, racionalizando as decisões regulatórias.²⁹

3.4 Ampliação do campo de incidência da AIR

Outro ponto de desenvolvimento das AIR, em especial após a sua maior consolidação e aprimoramentos metodológicos, diz respeito à ampliação³⁰ do seu uso.

²⁷ CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Leme: Mizuno, 2023, p. 272.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade administrativa*. Palestra proferida em 19.5.2000 no Salão Nobre da Faculdade de Direito do Recife. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Discricionariedade-administrativa.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

²⁹ BLANCHET, Luiz Alberto; TON BUBNIAK, Priscila Lais. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*. v. 12, n. 3, p. 12, set./dez. 2017.

³⁰ Indo além, deve-se cogitar igualmente a AIR para fora da função administrativa, adentrando o campo da atuação legislativa. A propósito, “cabe destacar que no âmbito dos países membros da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) a realização de AIR sobre projetos de lei (aqui denominada de AIL) já é realidade há muitos anos. Atualmente, todos os países que pertencem a essa organização e a União Europeia exigem a AIL para os projetos de lei mais relevantes apresentados perante os parlamentos nacionais” (PINHEIRO, Victor Marcel. Por que a análise de impacto legislativo ainda não é realidade no Brasil? *Consultor Jurídico*. 18 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-18/fabrica-leis-analise-impacto-legislativo-nao-realidade-pais>. Acesso em: 31 mar. 2023).

Veja que a regulamentação sobre a AIR no âmbito federal traz algumas restrições do seu uso quanto a certas matérias. Inicialmente o artigo 1º, §3º, indica que o decreto não se aplica às propostas de edição de decreto ou aos atos normativos a serem submetidos ao Congresso Nacional. Mais adiante, no artigo 3º, §2º, consta que a exigência da AIR não se aplica aos atos normativos a) de natureza administrativa, cujos efeitos sejam restritos ao âmbito interno do órgão ou da entidade; b) de efeitos concretos, destinados a disciplinar situação específica, cujos destinatários sejam individualizados; c) que disponham sobre execução orçamentária e financeira; d) que disponham estritamente sobre política cambial e monetária; e) que disponham sobre segurança nacional; e f) que visem a consolidar outras normas sobre matérias específicas, sem alteração de mérito.

Embora não haja nessas restrições nenhum vício de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, tratando-se de uma escolha legítima do ente regulamentador, enxerga-se que a tendência para um aprimoramento da função pública seja justamente a ampliação da tomada de decisões pautadas em dados e informações, o que justifica a utilização da AIR para outras áreas, sugerindo-se uma alteração da referida regulamentação.

Um exemplo a ser mencionado concerne à utilização da AIR na seara tributária, o que seria, atualmente, dispensado, salvo nas hipóteses de obrigações acessórias (artigo 3º, §1º³¹). Curiosamente, as normas de natureza tributária são responsáveis por gerar um significativo impacto nas atividades comerciais, o que demandaria, por conseguinte, uma regulação de qualidade pautada em um devido levantamento metodológico.

Sobre o assunto, Luiz Felipe Monteiro Seixas demonstra, como modelo comparado, que na Nova Zelândia, apesar das diferenças entre os ordenamentos jurídicos, tem-se consolidado um trabalho de mais de 10 anos em termos de AIR da tributação, adotando-a para todas as normas tributárias que resultem em algum efeito regulatório ou sobre o sistema econômico.³²

Além disso, a exigência de AIR não deveria ser afastada da própria elaboração de decretos e outros atos normativos. Independentemente da origem da norma infralegal e do seu alcance, a realização da AIR reforça a qualidade da norma elaborada a partir de um processo transparente e controlável.³³

Devido ao positivo efeito conferido pela realização de uma AIR metodologicamente orientada, enxerga-se que deve haver a redução das hipóteses de impossibilidade de uso da AIR, ademais de incluir sua exigência para os mais variados atos normativos, em especial os decretos.

3.5 Ampliação das agendas regulatórias

Sem a pretensão de esgotamento, pode-se trazer uma última sugestão de melhoria para a AIR no modelo brasileiro: a ampliação e efetivação das Agendas Regulatórias.

³¹ “No âmbito da administração tributária da União, o disposto neste Decreto aplica-se somente aos atos normativos que instituem ou modifiquem obrigação acessória.”

³² SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Proposta de um modelo de Análise de Impacto Regulatório da tributação indutora com base na experiência da Nova Zelândia*. Brasília: Enap, 2022, p. 65.

³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. *Revista Quaestio Iuris*, v. 14, n. 01, p. 474, 2021.

Agendas Regulatórias são instrumentos de planejamento regulatório que orientam a atuação das entidades e órgãos e estabelecem os assuntos prioritários a serem tratados pela instituição em determinado período. Seu propósito é criar um cronograma para análise dos temas relacionados às problemáticas da regulação, de forma a garantir maior transparência e previsibilidade na atuação regulatória, possibilitando à sociedade o acompanhamento dos compromissos preestabelecidos pela reguladora.³⁴

Sobre a questão, mencione-se ilustrativamente a Agenda Regulatória divulgada pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), para o biênio de 2023-2024, publicada por meio da Portaria ANPD nº 35, de 4 de novembro de 2022.³⁵

Veja que o Decreto nº 10.411/2020 (artigo 13, §§1º ao 4º³⁶) versa somente sobre uma agenda de avaliação de resultado regulatório (ARR) – instrumento igualmente importante –, não trazendo regras impositivas sobre uma Agenda Regulatória.

Quanto a este aspecto, apesar de se verificar uma preocupação mais recente por parte de algumas agências,³⁷ a ausência de uma previsão normativa geral, como ocorre com a agenda de ARR, faz com que se torne uma prática frágil e que pode ser efetuada ou não a depender do momento político e estrutural de cada entidade.

Uma Agenda Regulatória bem definida e com ampla divulgação, além de demonstrar um planejamento por parte dos órgãos e entidades responsáveis pela atividade estatal reguladora, serve como importante sinalizador para o mercado a ser regulado, que pode se preparar e antever possíveis alterações regulatórias e participar mais ativamente de todo o processo de AIR.

Logo, deve haver um regramento geral, com diretrizes mínimas, que sejam obrigatórias, acerca da necessidade de elaboração de Agendas Regulatórias por parte das entidades e órgãos que exercem atividades reguladoras.

³⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-da-sociedade/agenda-regulatoria>.

³⁵ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-anpd-n-35-de-4-de-novembro-de-2022-442057885>.

³⁶ “Art. 13. Os órgãos e as entidades implementarão estratégias para integrar a ARR à atividade de elaboração normativa com vistas a, de forma isolada ou em conjunto, proceder à verificação dos efeitos obtidos pelos atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados. §1º A ARR poderá ter caráter temático e ser realizada apenas quanto a partes específicas de um ou mais atos normativos. §2º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com competência para edição de atos normativos sujeitos à elaboração de AIR nos termos de que trata este Decreto, instituirão agenda de ARR e nela incluirão, no mínimo, um ato normativo de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados de seu estoque regulatório. §3º A escolha dos atos normativos que integrarão a agenda de ARR a que se refere o §2º observará, preferencialmente, um ou mais dos seguintes critérios: I – ampla repercussão na economia ou no País; II – existência de problemas decorrentes da aplicação do referido ato normativo; III – impacto significativo em organizações ou grupos específicos; IV – tratamento de matéria relevante para a agenda estratégica do órgão; ou V – vigência há, no mínimo, cinco anos. §4º Os órgãos e as entidades divulgarão, no primeiro ano de cada mandato presidencial, em seu sítio eletrônico, a agenda de ARR, que deverá ser concluída até o último ano daquele mandato e conter a relação de atos normativos submetidos à ARR, a justificativa para sua escolha e o seu cronograma para elaboração da ARR”.

³⁷ Cite-se como exemplo a figura da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul, AGEMS, que lançou, pela primeira vez em 20 anos, a Agenda Regulatória oficial para o biênio 2022-2023 (Disponível em: <https://www.agems.ms.gov.br/pela-primeira-vez-em-20-anos-agems-divulga-agenda-regulatoria-para-2022-2023/>).

Conclusões

Em meio a burocracias fetichistas, amadorismos na gestão pública, patrimonialismos e outras tantas mazelas que continuam a afligir a Administração Pública brasileira, encontram-se ocasionalmente instrumentos capazes de conferir qualidade ao exercício da função administrativa. É o caso da Análise de Impacto Regulatório.

Conforme indicado ao longo do texto, a AIR é um relativamente recente procedimento administrativo, de origem estrangeira, mas com previsão normativa no ordenamento pátrio, que é capaz de concretizar o princípio da eficiência administrativa ao permitir que o gestor tome decisões regulatórias com base em dados e levantamentos prévios, avaliando-se, *ex ante*, as possíveis consequências de uma futura decisão.

Nessa toada, apurou-se ao longo da pesquisa ao menos cinco sugestões de melhorias (sem que sejam exaustivas) para o procedimento de AIR: a) ampliação da participação popular, por meio de uma obrigatoriedade, como regra, das consultas públicas a todas as análises, ademais de possibilitar manifestação previamente e durante a elaboração da AIR. Igualmente, deve-se ter mais cautela com a linguagem utilizada; b) efetivação de constantes capacitações, atualizações e treinamentos dos agentes públicos responsáveis pela AIR, notadamente no que tange aos aspectos metodológicos; c) interpretação adequada do artigo 15, §2º, do Decreto nº 10.411/2020, de modo a se reconhecer que não haverá espaço para o exercício de competência discricionária no que tange a adotar ou não as conclusões apresentadas no relatório de AIR; d) ampliação do campo de incidência da AIR, abarcando instrumentos normativos (como decretos, por exemplo) e matérias (como a seara tributária) atualmente excluídas do âmbito da análise de impacto; e e) ampliação das Agendas Regulatórias, instituindo em normativos gerais (como o próprio Decreto nº 10.411/2020) a sua obrigatoriedade e parâmetros mínimos.

Referências

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 jan. 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade administrativa*. Palestra proferida em 19.5.2000 no Salão Nobre da Faculdade de Direito do Recife. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Discricionariedade-administrativa.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BLANCHET, Luiz Alberto; TON BUBNIAK, Priscila Lais. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*. v. 12, n. 3, p. 1-15, set./dez. 2017.

BRASIL. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Brasília: Presidência da República, 2018.

CABRAL, Flávio Garcia. A eficiência administrativa como proporcionalidade qualificada In: MOURA, Emerson Affonso da Costa; PORTO, Paola de Andrade; SADDY, André (org.). *Organização e princípios da Administração Pública: estudos em homenagem a José dos Santos Carvalho Filho*. Rio de Janeiro: Institutas, 2020. p. 107-132.

CABRAL, Flávio Garcia. A eficiência administrativa nos anos 90 e hoje: mudou alguma coisa? In: ANDRADE, Giulia De Rossi; SAIKALI, Lucas Bossoni (org.). *Eficiência, subsidiariedade, interesse público e novas tecnologias: uma homenagem dos orientandos do Professor Emerson Gabardo*. Curitiba: Íthala, 2021. p. 127-144.

CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Leme: Mizuno, 2023.

GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 3, p. 275-300, 2020.

KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. Regulatory Impact Assessment: an overview. In: KIRKPAT- RICK, Colin; PARKER, David (ed.). *Regulatory Impact Assessment: towards better regulation?* Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2007. p. 1-17.

LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 313-349, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. *Revista Quaestio Iuris*, v. 14, n. 01, p. 463-480, 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Building an institutional framework for regulatory impact analysis*. Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and territorial Development: Paris, 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2023.

PINHEIRO, Victor Marcel. Por que a análise de impacto legislativo ainda não é realidade no Brasil? *Consultor Jurídico*. 18 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-18/fabrica-leis-analise-impacto-legislativo-nao-realidade-pais>. Acesso em: 31 mar. 2023.

SAAB, Flavio; SILVA, Suylan de Almeida Midlej e. Análise de impacto regulatório e prevenção da corrupção: um estudo exploratório sobre a AIR no Brasil. *Revista da CGU*. v. 13, n. 24, p. 167-179, jul./dez. 2021.

SAAB, Flavio; SILVA, Suylan de Almeida Midlej e. Qual a qualidade da análise de impacto regulatório elaborada por agências reguladoras do Brasil? *Revista de Administração Pública – RAP*. v. 56, n. 4, p. 529-549, jul./ago. 2022.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de impacto regulatório: Uma abordagem exploratória*. Texto para discussão n. 1463. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2010.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Proposta de um modelo de Análise de Impacto Regulatório da tributação indutora com base na experiência da Nova Zelândia*. Brasília: Enap, 2022.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CABRAL, Flávio Garcia. Sugestões de aprimoramento da Análise de Impacto Regulatório (AIR) no Brasil. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 41-53. ISBN 978-65-5518-581-2.

SERVIÇOS PÚBLICOS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: PARÂMETROS DE EFICIÊNCIA E DISTORÇÕES

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

1 Introdução

Ninguém desconhece a extensão e a amplitude do tema relacionado aos serviços públicos, nem a importância que estes representam no âmbito dos benefícios auferidos pelas populações em geral. Por isso, já se disse, e com razão, que, mediata ou imediatamente, os serviços públicos devem destinar-se aos administrados, sendo essa a sua verdadeira razão de ser.

Noutro giro, os serviços públicos podem ser prestados de inúmeras formas e por diversos meios, fato que realmente não é de estranhar, dada a expressiva variedade de métodos de execução e dos sujeitos que os empregam para alcançar seu desiderato.

As organizações da sociedade civil, a seu turno, são entidades privadas que têm como objetivo executar ações e prestar serviços de utilidade pública, sempre ao lado e sob o controle do poder público. Algumas das atividades a seu cargo são indiscutivelmente relevantes para o interesse público, seja em favor do Estado, seja em prol das comunidades.

O foco do presente trabalho – despretensioso, diga-se de passagem –, reside na análise de alguns aspectos peculiares na relação jurídica formada entre o poder público e as organizações da sociedade civil, estas quando direcionadas à prestação de serviços públicos. Ao mesmo tempo, serão feitas algumas observações sobre os efeitos dessa relação jurídica sobre as destinatárias dos serviços, vale dizer, as comunidades.

Não nos deteremos sobre temas impertinentes ou irrelevantes; ao contrário, nosso propósito é o de enfocar, direta e objetivamente, os elementos que se irradiam da referida relação jurídica e seus efeitos positivos ou negativos.

2 Serviços públicos

Seria de todo inviável abordar com profundidade, em trabalho como o presente, todos os vetores que gravitam em torno dos serviços públicos. Com efeito, já se escreveram

tratados somente sobre esse assunto. Isso mais do que justifica que os comentários sejam apenas os suficientes para atrelar os serviços públicos à sua prestação por organizações da sociedade civil.

As dificuldades começam pela própria noção de serviços públicos, sempre objeto de controvérsias e visões diferentes por parte dos intérpretes. Georges Vedel, por exemplo, destacou “quão confusa se tem revestido a noção de serviço público, na evolução moderna do Direito Administrativo”.¹

Resumi a divergência apontando dois sentidos fundamentais para a expressão. De um lado, o *sentido orgânico* (ou *formal*), pelo qual o serviço público retrataria certa organização, algo similar a uma empresa regida pela Administração. De outro, o *sentido material*, segundo o qual a expressão traduziria a natureza da atividade, assim considerada independentemente da organização estatal.²

Para as observações que pretendemos oferecer, cingimo-nos ao sentido material, levando em conta a natureza da atividade e sua destinação básica, no caso, os indivíduos, isolada ou coletivamente. Aqui não tem maior significância a figura em si do prestador, mas sim o tipo de atividade desempenhada pelo Estado ou por terceiros.

Adequadas, nesse aspecto, as palavras de Roberto Dromi: “O serviço público trata das prestações públicas ou atividades estatais que explicitam as funções-fim do Estado, de execução *per se* ou por terceiros, sob fiscalização estatal”.³ Claro que não se vai discutir aqui o alvo da função estatal, mas é inarredável que um dos principais é o atendimento à coletividade por meio da prestação dos serviços públicos.

No ponto que interessa às presentes anotações, cumpre relacionar a atividade em si da prestação do serviço público com a entidade titular ou somente executora. Todo serviço público tem um titular: é a premissa de que se deve partir. Nem sempre será ele o executor, mas a titularidade sempre lhe será reservada. Os titulares dos serviços públicos são os entes da federação, e isso porque a eles são atribuídas competências constitucionais que lhes cabe cumprir.

Como já tivemos a oportunidade de registrar, essa titularidade é irrenunciável, pois que retrata o poder político advindo diretamente da Constituição. “Resulta, por conseguinte, que o alvo da descentralização é tão somente a *transferência da execução do serviço (delegação)*, e nunca a sua titularidade”.⁴ Aduzimos que o que muda é o instrumento em que se concretiza a delegação, mas em qualquer caso o serviço será delegado pelo ente titular à entidade delegatária.

A despeito das várias classificações sugeridas pelos autores, pensamos que continua fundamentada a que divide a descentralização em duas modalidades: a delegação legal e a delegação negocial. Na primeira, é a própria lei que procede à delegação, que é o caso em que é criada alguma entidade estatal que tenha como missão determinado serviço público. Na segunda, é o próprio Estado que firma negócio jurídico com entidade particular, habitualmente contrato ou convênio, cometendo-lhe a execução do serviço.

¹ VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. 16. ed. Madri: Aguilar, 1980, p. 688.

² *Idem*.

³ DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. B. Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1995, p. 531.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 36. ed. Gen/Atlas, 2022, p. 264.

Nas hipóteses de descentralização por delegação negocial, a mais tradicional é realmente a concessão de serviços públicos, hoje acompanhada da permissão de serviços. Aqui o Estado concedente, ou permitente, celebra negócio jurídico com o particular, de perfil econômico, no qual fica este incumbido da execução de certos serviços públicos.

Mais recentemente, porém, foi desenvolvido o regime de parcerias, de fisionomia social e não econômica, consoante o qual o poder público e o particular se associam com o intuito de que este último execute determinada atividade de utilidade pública, diretamente endereçada às comunidades. Nas parcerias se incluem as OSCs – Organizações da Sociedade Civil, às quais o poder público atribui a execução de serviços públicos de várias naturezas. Esse, portanto, é o elo que liga os serviços públicos às referidas entidades, cujo perfil será abordado no item seguinte.

3 Organização da Sociedade Civil

De algum tempo para cá, o Estado começou a valer-se do *regime de parceria* como meio de descentralização da prestação de serviços públicos, regime pelo qual poder público e entidades privadas se associam para que estas, por delegação, executem atividades de interesse da coletividade.

Essa relação jurídica apresenta-se com certo grau de hibridismo pelo fato de serviços de utilidade pública serem prestados por pessoas do setor privado mediante transferência autorizada pelo próprio Estado, também interessado em sua execução, conforme já assinalamos.⁵ Tais entidades, pelas características de que se revestem, têm sido incluídas na categoria das entidades do *terceiro setor*, considerando que não são departamentos estatais (primeiro setor) nem pessoas econômicas do setor privado (segundo setor).

Em suma, o terceiro setor, como enfatizou Raquel Melo Urbano de Carvalho, resulta de iniciativas da sociedade civil valendo-se de pessoas com atuação voluntária, associações e organizações não governamentais, e, o que é mais importante, sem o escopo de lucro que mobiliza as empresas econômicas do setor privado.⁶

Da mesma forma como ocorre com os contratos administrativos em geral, nos quais prepondera o caráter econômico, o vínculo jurídico nas parcerias também se formaliza por contratos, ou negócios similares, algumas vezes com o mesmo perfil dos convênios. Nesse contexto estão as OS – Organizações Sociais (Lei nº 9.637/1998), as OSCIPs – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.790/1999) e as OSCs – Organizações da Sociedade Civil (Lei nº 13.019/2014).

Trata-se de categorias similares em vários aspectos, mas se distinguem em algumas peculiaridades. As presentes observações terão por foco as organizações da sociedade civil, mas muitas delas se adequarão às demais categorias. A escolha teve por justificativa o fato de que a Lei nº 13.019/2014 não apenas cuida das entidades, mas, ao contrário, estabelece o regime jurídico das parcerias, com base na mútua cooperação, para a consecução de atividades de interesse público. Por conseguinte, a lei retrata o

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 36. ed. Gen/Atlas, 2022, p. 271.

⁶ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*: parte geral. Podium, 2008, p. 881.

marco regulatório das parcerias, como o reconhecem os estudiosos, ao mesmo tempo que institui um microsistema específico sobre relações jurídicas dessa natureza.

As OSCs precisam atender a certas exigências para qualificar-se em sua categoria. Uma delas, e das mais importantes, é a *ausência de fins lucrativos*, fator que as afasta das pessoas de caráter econômico e as inclui naquelas que têm por fim alguma atividade social, endereçada diretamente à coletividade (art. 2º, I, “a”, Lei nº 13.019). De outro lado, não podem distribuir entre seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, excedentes, dividendos ou isenções de qualquer natureza.

Semelhantes peculiaridades, como bem consigna Irene Patrícia Nohara, têm por objetivo impedir que recursos da entidade parceira sejam indevidamente apropriados por seus integrantes, dirigentes ou terceiros, mantendo-a, desse modo, dentro de seu caráter de pessoa não lucrativa.⁷ Só assim se poderá dizer que se trata de entidade do terceiro setor, não integrando o setor público, nem atuando no mercado.

A Lei nº 13.019 catalogou as OSCs em três categorias, sendo uma delas a genérica mencionada acima. Além dela, enquadram-se várias entidades voltadas também para atividades sociais, como as cooperativas sociais, cuja finalidade consiste na integração de pessoas em desvantagens no mercado econômico pelo trabalho (Lei nº 9.867, de 10.11.1999), e outras voltadas a programas sociais de combate à pobreza e à desigualdade, de educação, de proteção a situações de risco, e outras de idêntico perfil (art. 2º, I, “b”, Lei nº 13.019).

Por fim, a lei qualificou como OSCs as organizações religiosas dedicadas a atividades ou projetos de interesse público e natureza social, fora das atividades intrinsecamente religiosas (art. 2º, I, “c”, Lei nº 13.019). Aqui é preciso considerar a vedação a qualquer discriminação religiosa, como se encontra habitual e sorrateiramente nos meandros dos grupos devotos. Ademais, a entidade deve estar voltada a atividades sociais, beneficiando as comunidades, e não apenas a seus fins religiosos.

Esses aspectos que permeiam a natureza das OSCs são importantes para a análise do pacto de serviços que venham a firmar com o poder público, vez que, para a boa consecução do acordo, não basta a fisionomia das entidades, sendo indispensável também que ambos os pactuantes cumpram efetivamente as obrigações definidas nos respectivos instrumentos de formalização.

4 Instrumentos formais de pactuação

As parcerias se efetivam por determinados instrumentos formais, resultado do ajuste entre a Administração e a entidade parceira. Cuida-se de negócios jurídicos específicos que têm nesses instrumentos o elenco de direitos e obrigações dos pactuantes.

Não importa muito a nomenclatura que se lhes atribui. Empregam-se os termos “contrato”, “convênio”, “termo”, “acordo” etc. Todos traduzem o vínculo jurídico que atrela a Administração à entidade do terceiro setor. No fundo, todos podem ser, *lato*

⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Regime jurídico das organizações da sociedade civil (OSC): benefícios, exigências e vedação. In: MOTTA, Fabrício; MÁNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 236.

sensu, considerados *contratos*, mas, sem alongamento desnecessário, pode afirmar-se que, de um lado, há os *contratos stricto sensu*, em que as partes assumem interesses adversos, como é o caso dos contratos administrativos, e, de outro, há os *contratos associativos*, nos quais os pactuantes têm interesses e objetivos comuns, além de posição de mútua cooperação; é o caso dos convênios.

Diante dessa dicotomia, fica em segundo plano o rótulo que se possa empregar para o ajuste, sendo importante, isso sim, que se verifiquem as condições que cercam o negócio jurídico. Há vários instrumentos a que a lei denominou de “contrato”, mas que, por sua natureza, representa um verdadeiro convênio, vale dizer, um contrato associativo, de interesses comuns e mútua cooperação. Como exemplo, o *contrato de gestão* firmado pela Administração e uma OS (art. 5º, Lei nº 9.637/1998).

No caso das OSCs, dá-se o mesmo fato. A lei previu três instrumentos de formalização: a) *termo de colaboração*, quando o objeto é proposto pela Administração e há alocação de recursos financeiros (art. 2º, VII, Lei nº 13.019); b) *termo de fomento*, quando o objeto é de iniciativa da OSC, também mediante transferência de recursos (art. 2º, VIII, Lei nº 13.019); e c) *acordo de cooperação*, quando não se prevê transferência de recursos e o objeto pode ser proposto pelo parceiro público ou privado (art. 2º, VIII-A, Lei nº 13.019).

Em virtude de sua definição legal, assinalamos que tais instrumentos “têm, em sentido lato, a natureza jurídica de contratos, e, em sentido estrito, a de convênios, e isso emana nitidamente dos próprios conceitos, nos quais está presente expressamente a referência a ‘finalidades de interesse público e recíproco’, numa evidente demonstração de que, longe do antagonismo próprio dos contratos em sentido estrito, predomina o sentido de reciprocidade e dos interesses comuns e paralelos”.⁸

Em que pese essa fisionomia jurídica, referidos instrumentos revelam a expressão da vontade das partes e, como regra, devem perdurar durante toda a vigência dos ajustes. Em consequência, não se podem incluir alterações aleatórias que modifiquem os parâmetros do que foi contratado, até porque isso ofenderia o princípio da segurança jurídica. A exceção corre por conta do art. 57 da Lei nº 13.019/2014, com a redação da Lei nº 13.204/2015, que admite a alteração do plano de trabalho para revisão de valores ou metas. Infere-se, assim, que “não há margem para alterações que extrapolem esse campo”, como advertiu Thiago Lopes Ferraz Donnini.⁹

O que merece destaque, relativamente a essas entidades parceiras do terceiro setor, é o fato de que a parceria não tem por *objeto* atividade de cunho econômico primário, mas sim de caráter social, em que deve prelevar o interesse público do serviço delegado. Nesse aspecto, as parcerias, como bem lembra Fernando Borges Mânica, têm como objeto “uma ação, organizada sob a forma de *projeto* ou *atividade* de interesse público,

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 188.

⁹ DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. Hipóteses e limites para alterações dos termos de colaboração e de fomento na Lei nº 13.019/14. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 199.

vinculada à área de atuação do parceiro privado, inserida no âmbito da competência do parceiro público e voltada ao cumprimento de um programa governamental”.¹⁰

5 Fatores de eficiência e de distorções

5.1 Dados preliminares

A celebração de parcerias não se caracteriza como mero capricho para o Estado e para entidades de caráter social. A ideia que inspira essa associação de interesses origina-se da necessidade de executar certas tarefas não exclusivamente estatais que, na prática, não seriam desempenhadas sem o auxílio e o apoio do setor privado.

Numa vertente, todos reconhecem que a numerosa quantidade de serviços a cargo do poder público não lhe permite que os exerça a todos, sobretudo em virtude da grande complexidade de que se reveste a prestação dos serviços públicos. Noutra, considere-se que, para entidades do terceiro setor, sem fins lucrativos, seus objetivos institucionais terão maior aptidão de ser alcançados sob o influxo de apoio financeiro oferecido por órgãos estatais.

Ou seja, uma parceria bem idealizada, planejada e executada tem tudo para se revelar frutífera, atendendo a demandas do Estado, do parceiro privado e da coletividade, esta a destinatária última das atividades decorrentes do acordo. Importante ressaltar que todo o plano de trabalho deve ser elaborado e executado com seriedade e probidade, abandonando-se aquele propósito comum de locupletamento à custa de serviços estatais e absorvendo-se o sentimento de consciência cívica que deve guiar os bons cidadãos.

Na verdade, a descentralização pelo regime de parcerias alveja principalmente a materialização do *princípio da eficiência*, expressamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição. A inspiração da norma não pode ser mais singela. Pretende-se evitar que o Estado tenha perfil paquidérmico e sonolento diante de seus deveres para com o interesse público. Impõe-se, noutro giro, o emprego de todos os meios necessários para alcançar os fins estatais. Em razão dos recursos escassos, deve-se valorizar a otimização dos meios, como anota Eduardo Azeredo Rodrigues, considerando-se a produtividade, a economicidade, a qualidade, a celeridade, a presteza, a desburocratização e a flexibilidade como fatores da eficiência administrativa.¹¹

Noutro giro, a ocorrência de certos fatos durante a parceria, tanto provenientes do Estado quanto da OSC, propicia muitas *distorções* quanto às metas perseguidas pelos pactuantes. Muitas delas podem ser evitadas para que o ajuste se realize com sucesso e alcance realmente a coletividade mediante a prestação dos serviços de utilidade pública. Infelizmente, nem sempre é assim, e o que se vê na prática é o desconforto de reconhecer que a associação público-privada se esboroou.

Em rigor, eficiência e distorções são dois lados da mesma moeda, ou seja, o abandono dos fatores de eficiência não raro provocam distorções na execução da parceria e nos

¹⁰ MÂNICA, Fernando Borges. Objeto de natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo direito do terceiro setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 117.

¹¹ RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios*. 2. ed. Lumen Juris, 2022, p. 97.

próprios fins do microsistema. Por conseguinte, ao erigir-se a primeira como objeto de comentários, estaremos, simultaneamente, abordando também os fatores conducentes às distorções.

5.2 Atendimento às diretrizes fundamentais

As *diretrizes fundamentais* representam os objetivos a que devem estar direcionadas as parcerias entre o poder público e as OSCs, bem como os métodos e decisões a serem empregados para alcançá-los. A Lei nº 13.019 as enumerou no art. 6º, e entre elas nos permitiremos destacar aquelas que maior expressão ostentam no que toca à eficiência da cooperação.

De início, sobressai o *controle de resultados* (art. 6º, II, Lei 13.019). Um dos grandes problemas nas contratações realizadas por entes públicos reside exatamente na falta de controle quanto às metas alvitadas pelos contratantes. Nesse aspecto, não importa muito se o contrato é mais de natureza econômica ou se, ao contrário, mais se enquadra como ajuste social. Muitos desses contratos fracassaram normalmente por culpa das partes, mais constantemente do próprio Estado, que negligencia seu dever de fiscalização do ajuste e da execução pelo contratado privado.

O referido dispositivo refere-se à “priorização” do controle de resultados, mas a adjetivação é imprópria. Todas as formas de controle devem ser adotadas para a regularidade da parceria, sem que se possa afirmar que uma delas tenha prevalência sobre a outra, conforme já se averbou com razão. Além dos resultados, há controles de contas, de execução, de qualificação para a contratação e, enfim, vários vetores de fiscalização.¹² Contudo, é indiscutível que, se não houver a verificação acurada dos resultados, a Administração não poderá identificar se a parceria atuou com eficiência.

Outra diretriz de relevo consiste no desenvolvimento de ações para impedir a *apropriação indébita de benefícios ou vantagens*, individual ou coletivamente (art. 6º, VIII, Lei nº 13.019). Para tanto, urge que o parceiro público adote o emprego de atividades de gestão administrativa por meio da qual exerça fiscalização severa sobre a aplicação de recursos e emprego de bens necessários à execução do objeto contratual. Apesar de caber essa gestão basicamente ao poder público, o parceiro privado também tem a mesma obrigação de impedir o locupletamento indevido por parte de qualquer pessoa.

Ninguém desconhece que – lamentavelmente – há por parte de certos indivíduos o propósito de valer-se de negócios públicos para a percepção de benefícios ou vantagens indevidos, e isso ocorre, obviamente, por falta de controle e falha de gestão administrativa. Não se pode conceber uma parceria eficiente com uma sequência de atos de rapinagem praticados por quem tenha acesso a bens e recursos públicos. Com certeza, a cada ação de ladroagem corresponderá um vazio que poderia ser utilizado em prol das metas propostas pelos pactuantes. São distorções inaceitáveis.

Além desses, constitui fator de eficiência das parcerias a diretriz segundo a qual é imperioso o *fortalecimento das ações de cooperação institucional* entre os entes públicos e as OSCs, entidades parceiras, como previsto no art. 6º, IV, da Lei nº 13.019. Esse vínculo

¹² LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Prestação de contas das organizações da sociedade civil: controle de meios ou de resultados?. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 394.

não pode ser apenas retórica ou propaganda enganosa. Impõe-se que os responsáveis pela elaboração e execução da parceria estejam realmente imbuídos do sentimento de cidadania e de atenção aos interesses coletivos. Se assim for, a parceria terá tudo para funcionar de acordo com o plano de trabalho previamente estabelecido.

Nesse cenário, é sempre oportuno enfatizar que na parceria inexistem interesses contrapostos, como nos contratos econômicos, mas sim paralelos, vale dizer, propósitos e metas comuns a ambos os parceiros pactuantes. Em outras palavras, a base da parceria, como já se viu, é a cooperação recíproca. Desse modo, espera-se a todo tempo que a cooperação entre ambos seja legítima e reforçada, fator que decerto conduzirá à maior probabilidade de se alcançarem metas e objetivos comuns.

5.3 Cumprimento do contrato

Como já se antecipou, o ente público e a OSC, parceira privada, celebram contrato *lato sensu*, de caráter consensual e cooperativo, no sentido de atingir as metas a que se preordenaram. Mas não basta celebrá-lo para que haja eficiência na parceria; urge cumpri-lo integralmente em toda a sua extensão.

É importante consignar que a eficiência da parceria depende da execução conjunta de todas as cláusulas avençadas pelas partes, não podendo a Administração abrir mão de nenhuma delas. Bem destacou Onofre Alves Batista Júnior que a Administração “não pode abdicar ou desprezar aspectos dessa ideia central de eficiência jurídica, adotando, em absorvente primazia, determinadas facetas, em detrimento de outras”.¹³ Tal observação aplica-se também aos contratos, cujas cláusulas essenciais, previstas no art. 42 da Lei nº 13.019, retratam os aspectos da parceria que precisam ser cumpridos.

Caracterizando-se como *essenciais*, todas as cláusulas previstas no art. 42 desafiam cumprimento integral. Não custa, porém, destacar que o objeto da parceria há de ser bem delimitado (art. 42, I), pena de facilitar desvirtuamentos e inexecuções. Por outro lado, as obrigações das partes não podem ser postergadas (art. 42, II); se o forem, a parceria estará fadada ao fracasso. Cite-se, ainda, a obrigação de prestar contas (art. 42, VII), imprescindível para o controle da execução do contrato, e que será comentada adiante.

O que se deve ressaltar, neste tópico, é que contratos não devidamente cumpridos costumam desaguar em fracassos e distorções. Suponha-se, à guisa de exemplo, que os pactuantes não cumpram o disposto no art. 42, VIII, da Lei nº 13.019, que considera cláusula essencial a forma de monitoramento e avaliação empregados na execução do contrato. Que resultado de eficiência se pode esperar dessa inércia e negligência? Mas, afirme-se sem medo de errar, distorções, como inexecução, apropriação indébita, locupletamentos indevidos, certamente poderão ocorrer.

5.4 Prestação de contas

No regime do Estado de Direito e no sistema republicano de governo, a prestação de contas configura-se como dever inalienável de administradores públicos e de quantos lidam com dinheiros públicos.

¹³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 175.

Em sua obra clássica, Hely Lopes Meirelles já advertia, quanto ao dever de prestar contas, que “Se o administrar corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses de outrem, manifesto é que quem o exerce deverá contas ao proprietário”.¹⁴ Culminava seu pensamento com uma conclusão peremptória: “A regra é universal: quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve contas ao órgão competente para a fiscalização”.¹⁵

Tais observações continuam com plena atualidade, mas, apesar disso, é comum que nos defrontemos com o descumprimento desse dever público tão significativo. Não se precisa ser analista, auditor ou fiscal para inferir que onde não se prestam contas haverá provavelmente toda uma série de distorções. Cuida-se, na verdade, de um ponto nevrálgico na Administração Pública que o tempo não consegue corrigir.

A Lei nº 13.019 trata das contas relativas à parceria em várias de suas passagens. Entre os arts. 63 a 72, destina capítulo no qual enuncia as regras que incidem sobre a prestação de contas nas parcerias com OSCs. A regra básica consiste em que a prestação de contas deve observar as normas da lei, do instrumento de parceria e do plano de trabalho (art. 63). Além disso, a Administração deve fornecer à OSC contratada manual específico para o processo de prestação de contas (arr. 63, §1º).

Além desse capítulo específico, a lei define a prestação de contas como o “procedimento em que se analisa e se avalia a execução da parceria, pelo qual seja possível verificar o cumprimento do objeto da parceria e o alcance das metas e dos resultados previstos” (art. 2º, XIV, Lei nº 13.019). Por outro lado, cumpre verificar a situação da OSC quanto à prestação de contas (art. 11, V).

A lei, ainda, considera impedida de firmar qualquer parceria a OSC que “esteja omissa no dever de prestar contas de parceria anteriormente celebrada” (art. 39, II, Lei nº 13.019). A obrigação de prestar contas, a seu turno, constitui cláusula essencial dos ajustes de parceria (art. 42, VII).

As OSCs submetem-se a dois regimes de prestação de contas. Um deles resulta da verificação e emprego dos recursos recebidos de quaisquer entidades, públicas ou privadas, no que toca à sua aplicação. O outro pertine aos recursos recebidos especificamente por meio de termo de parceria, para o fim de averiguar se são conduzidos à correta aplicação e relacionados ao objeto da parceria.¹⁶ Diante de todos esses meios, é de se deduzir que a ausência ou irregularidade da prestação de contas só pode originar-se de ineficiência ou de improbidade administrativa.

Nunca é demais lembrar que a prestação de contas e a correta aplicação de recursos, sobretudo pelas entidades parceiras privadas, garantem maior segurança aos pactuantes e impedem a ocorrência de *desvio de finalidade*, forma recorrente de abuso de poder cometido por agentes públicos. Na sempre atual lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de apontar ante o objeto da norma habilitante”.¹⁷ Numa parceria, por exemplo, um

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. Malheiros, 2013, p. 115.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. Malheiros, 2013, p. 116.

¹⁶ LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Prestação de contas das organizações da sociedade civil: controle de meios ou de resultados?. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 390.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. Malheiros, 2019, p. 1.039.

agente inidôneo ou um dirigente de OSC podem endereçar valores para si mesmos, embora externamente confirmem à improbidade uma falsa capa de legitimidade.

Não há dúvida, pois, que a prestação de contas para verificar a correta aplicação dos recursos tem aptidão para dispensar à parceria uma qualidade positiva e um grau desejável de eficiência para o cumprimento das metas definidas pelos pactuantes, mas, noutro caminho, sua omissão ou irregularidade podem ser desastrosas para a parceria, levando-a inevitavelmente ao fracasso, situação que, como sempre, acaba caindo no colo das coletividades.

5.5 Plano de trabalho

Uma das facetas que podem levar a parceria a um resultado de eficiência ou a um rotundo fracasso reside na elaboração e no cumprimento do projeto que gerou a contratação. Sem que haja um plano para a definição de direitos e obrigações, operacionalização, metas e resultados, o risco de frustração é bastante alto.

Como já foi visto, há dois tipos de contratos que formalizam parcerias com transferência de recursos. Primeiramente, os *termos de colaboração*, em que a iniciativa de propor o plano de trabalho é da Administração Pública (art. 2º, VII, Lei nº 13.019). Em segundo lugar, os *termos de fomento*, em que a proposta da parceria emana da OSC (art. 2º, VIII). Em ambos os casos, a lei determina que as propostas estejam acompanhadas de plano de trabalho para a consecução dos objetivos da parceria (arts. 16 e 17, Lei nº 13.019).

Os elementos integrantes do plano de trabalho figuram no art. 22 da Lei nº 13.019, todos incluídos pela Lei nº 13.204/2015, e demonstram claramente que o êxito da parceria depende, em grande parte, de seu cumprimento. Na verdade, o plano de trabalho é o arcabouço de dados que se irradiam sobre o contrato de parceria.

Em primeiro lugar, impõe-se a *descrição da realidade* objeto da parceria, comprovando-se a relação entre essa realidade e os projetos e metas perseguidos (art. 22, I). De fato, o projeto somente pode ter eficácia se estiver diretamente relacionado com o cenário existente, que, no caso, retrata a necessidade ou conveniência da execução do serviço.

Depois, exige-se a *descrição de metas, atividades ou projetos* a serem executados (art. 22, II). A hipótese aqui é diversa. Na anterior, verifica-se o *nexo* entre o cenário administrativo e o objeto da parceria; nesta, porém, ressalta-se a fisionomia do que se pretende executar. Trata-se de ponto de suma importância para ensejar o controle da parceria, somando-se, ainda, o fato de que a lei refere-se à primazia do controle de resultados, como bem observa Leandro Marins de Souza.¹⁸

Outro ponto importantíssimo do plano de trabalho repousa na *previsão de receitas e de despesas* a serem realizadas na execução do projeto ou das atividades a que se propõe a parceria (art. 22, II-A). Esse dado, como é fácil deduzir, não pode ficar a cargo de técnicos despreparados. Urge que os agentes estatais, bem como os técnicos da OSC, tenham conhecimentos técnicos e experiência na área para tal previsão. Logicamente, como se trata de fatos futuros, sujeitos às vezes a certos imprevistos, é imperioso

¹⁸ SOUZA, Leandro Marins de. O plano de trabalho na Lei nº 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 380.

alcançar os números mais próximos aos da realidade. Nesse aspecto, aliás, ocorrem muitas distorções sob a figura do desvio de finalidade.

O quarto elemento do plano é a descrição da *forma de execução* dos projetos e de *cumprimento das metas* respectivas (art. 22, III). Aqui o que a lei impõe é que, previamente, seja alinhado o *modus faciendi* da parceria, de modo que a execução por parte da OSC seja consonante com a descrição do plano e permita que o parceiro público possa fiscalizar a contento. Sem isso, a parceria está fadada ao fracasso.

Por último, o plano de trabalho deve conter a definição dos *parâmetros* a serem empregados para aferir o cumprimento das metas. (art. 22, IV). Tais parâmetros são indicadores de verificação do andamento do projeto e “devem partir da descrição da realidade do objeto e considerar o prazo de execução da parceria”, como destaca o já citado Leandro Marins de Souza.¹⁹ Mais uma vez, esse elemento há de ser definido por técnicos competentes, já que ninguém pode estipular parâmetros de aferição sem conhecer o real cenário administrativo e as condições de execução do plano.

Enfim, nenhuma dúvida pode subsistir no sentido de que o plano de trabalho nas parcerias representa a possibilidade de existirem parâmetros de eficiência e também de distorções na execução de projetos. Se o plano é descumprido, haverá resultados negativos na execução e nas metas a serem alcançadas pela parceria. Daí a necessidade de que os parceiros tenham real consciência de sua importância.

5.6 Monitoramento e avaliação

Qualquer tipo de contrato exige que o cumprimento do objeto e o controle de gastos sejam permanentemente averiguados e avaliados. No caso das parcerias não é diferente, e por isso mesmo a lei dedicou normas específicas para tais atividades de controle.

O primeiro aspecto a considerar é o de que as funções de monitorar e de avaliar o cumprimento do objeto da parceria *competem primariamente à Administração*. Essa obrigação, aliás, está expressa no art. 58 da Lei nº 13.019. Entretanto, o parceiro privado não pode eximir-se totalmente desse encargo. Embora o controle externo seja atribuído à Administração, cumpre-lhe também exercer um controle interno para examinar como está sendo cumprido o objeto da parceria e para impedir distorções.

Costumeiramente, no entanto, a Administração negligencia essa obrigação, provocando, obviamente, um descompasso na atuação do parceiro privado, cujo desempenho sem amarras provavelmente prejudicará as atividades, projetos ou metas da parceria. O *monitoramento* traduz o acompanhamento, a vigilância, a inspeção da execução do contrato, num controle concomitante ao serviço. De outro lado, a *avaliação* reflete a análise, o julgamento, a crítica, as observações conclusivas sobre cada etapa da execução.

Nos contratos administrativos em sentido estrito, a Lei nº 14.133/2021 (ELC – Estatuto das Licitações e Contratos) expressa, no art. 117, que a execução deve ser acompanhada e fiscalizada por um ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração. Trata-se de atividade essencial ao êxito do contrato. Como anotam Christianne de

¹⁹ SOUZA, Leandro Marins de. O plano de trabalho na Lei nº 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 381.

Carvalho Stroppa e Cristiana Fortini, “O fiscal deve agir de forma proativa e preventiva, observando o cumprimento, pelo contratado, das regras previstas no instrumento contratual, buscando os resultados esperados no ajuste e trazendo benefícios e economia para os órgãos e as entidades da Administração Pública”.²⁰

No regime de parcerias, a Lei nº 13.019 previu obrigação idêntica, mediante a conjugação do art. 58, já mencionado, com o art. 61, que alinha as obrigações do *gestor do contrato*, a quem cabe “acompanhar e fiscalizar a execução da parceria” (art. 61, I) e informar a seu superior hierárquico a ocorrência de fatos que possam comprometer a consecução do objeto do contrato.

Neste tópico, portanto, ficam translúcidos os parâmetros de eficiência e de distorções quanto à execução da parceria. Sem o monitoramento, a prática já demonstrou que o barco fica sem rumo, vale dizer, não há qualquer garantia de que o serviço de utilidade pública se concretize. Sem a avaliação, é impossível saber se as metas estão sendo cumpridas e se os destinatários se sentem realmente beneficiados com o projeto – fato, inclusive, que pode ser detectado por pesquisa de satisfação, como autoriza o art. 58, §2º, da Lei nº 13.019.

6 Conclusões

As presentes anotações tiveram por escopo a apresentação de alguns fatores que podem render ensejo à verificação do verdadeiro objetivo, ao cumprimento de projetos e metas e, principalmente, satisfazer os destinatários do serviço público prestado no regime da parceria, ou, em outro giro, provocar o fracasso e um resultado frustrante do contrato.

É claro que os parâmetros enunciados acima não são os únicos, mas todos, em nosso entender, são passíveis de acurado cuidado por parte da Administração e de seus parceiros privados para um resultado eficiente. A eficiência pressupõe ações, resultados, estratégias, avaliações e constante controle das atividades públicas.

Calham pertinentemente aqui as palavras de Onofre Alves Batista Júnior, de que nos socorremos uma vez mais: “Em uma situação concreta, existe uma variedade de interesses intervenientes, tanto públicos como até mesmo privados, e cabe à AP proceder a uma valoração comparativa, a fim de orientar sua atuação no sentido de melhor atender ao bem comum, isto é, adotar a solução mais oportuna para o caso concreto”.²¹

A despeito da variedade de parâmetros de eficiência e de eventuais distorções, permitimo-nos ter dado destaque às diretrizes fundamentais, ao cumprimento do objeto contratual, à prestação de contas, ao plano de trabalho e ao monitoramento e avaliação – todos previstos expressamente na Lei nº 13.019 e, a nosso juízo, essenciais para um resultado de eficiência na parceria e para evitar o desmoronamento da associação

²⁰ STROPPIA, Christianne de Carvalho; FORTINI, Cristiana. Dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.) *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 2, p. 353.

²¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 177.

público-privada, com grande prejuízo para a comunidade. Esse não é realmente o propósito do terceiro setor.

Eficiência e fracassos nos serviços públicos não são mera peça de retórica. Ao contrário, têm estreita relação com o bem comum e com o interesse público. Vale a pena rematar com a sábia lição de Jean Rivero, ao se referir às necessidades públicas: “Essas necessidades às quais a iniciativa privada não pode responder, e que são vitais para a comunidade por inteiro e para cada um de seus membros, constituem o domínio próprio da administração; é a esfera de *interesse público*” (tradução livre).²²

É esse interesse público que as parcerias entre o Estado e as OSCs – Organizações da Sociedade Civil devem perseguir.

Referências

- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 36. ed. Gen/Atlas, 2022.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral*. Podium, 2008.
- DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. Hipóteses e limites para alterações dos termos de colaboração e de fomento na Lei nº 13.019/14. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. B. Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1995.
- LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Prestação de contas das organizações da sociedade civil: controle de meios ou de resultados?. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018..
- NOHARA, Irene Patrícia. Regime jurídico das organizações da sociedade civil (OSC): benefícios, exigências e vedações. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018..
- MÂNICA, Fernando Borges. Objeto de natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo direito do terceiro setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. Malheiros, 2019.
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 8. ed. Dalloz (Paris), 1977.
- RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios*. 2. ed. Lumen Juris, 2022.
- SOUZA, Leandro Marins de. O plano de trabalho na Lei nº 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- STROPPIA, Christianne de Carvalho; FORTINI, Cristiana. Dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 2.
- VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. 16. ed. Madri: Aguilar, 1980.

²² RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 8. ed. Dalloz (Paris), 1977, p. 10.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Serviços públicos e organizações da sociedade civil: parâmetros de eficiência e distorções. *In*: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 55-68. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

A INOVAÇÃO COMO FATOR DO DESENVOLVIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TRÊS EXEMPLOS VINDOS DO PASSADO PARA ORIENTAR O PRESENTE E O FUTURO

FÁBIO LINS DE LESSA CARVALHO

1 Noções introdutórias sobre o direito ao desenvolvimento

Em quarenta e nove oportunidades, a Constituição brasileira faz referência à palavra “desenvolvimento”: do Preâmbulo aos objetivos fundamentais da República, do capítulo da ordem econômica ao da ordem urbana, o desenvolvimento está consagrado como um direito fundamental, sendo, portanto, um dever do Estado promovê-lo. Mas, afinal, qual seria o conteúdo deste direito?

No plano internacional, a Carta da ONU de 1945, prescreve, em seu art. 55, que, “com fim de criar a condição de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações”, as Nações Unidas promoverão “a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento econômico”. Vê-se que, àquela altura, o viés econômico do desenvolvimento era o mais destacado.

Convém registrar, todavia, que o chamado “direito ao desenvolvimento”, a partir da década de 1970, especialmente após conferência proferida pelo senegalês Keba M’ Baye, passou a ser enfatizado como um direito humano, e a igualdade de oportunidades para o desenvolvimento, uma prerrogativa das nações, assim como dos indivíduos.¹ Neste contexto, na Declaração da Organização das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, passa-se a adotar uma visão mais ampla do direito ao desenvolvimento:

Artigo 1.1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento

¹ MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 50.

econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Por sua vez, no Preâmbulo da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, documento produzido pela ONU em 2015, foram definidos dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável e cento e sessenta e nove metas em uma nova Agenda universal. Segundo a ONU, “os 17 ODS são integrados – eles reconhecem que a ação em uma área afetará os resultados em outras e que o desenvolvimento deve equilibrar a sustentabilidade social, econômica e ambiental. Os países se comprometeram a priorizar o progresso daqueles que estão mais atrasados”.²

2 O progresso: do lema da bandeira brasileira à realidade burocrática

Embora a ONU tenha feito referência ao progresso, esse termo, nos dias atuais, não goza do mesmo prestígio que já teve no passado. Neste contexto, na Constituição de 1988, a palavra “progresso” só é mencionada duas vezes (art. 4º, IX, e art. 218, §1º).

Tal circunstância chama a atenção, quando se verifica que o progresso serviu de impulso durante o movimento republicano, especialmente devido aos ideais do positivismo, cujo lema era baseado na frase do filósofo francês Auguste Comte: “O Amor por princípio e a Ordem por base; o Progresso por fim”. O Amor deve sempre ser o princípio de todas as ações individuais e coletivas. A Ordem consiste na conservação e manutenção de tudo o que é bom, belo e positivo. O Progresso é a consequência do desenvolvimento e aperfeiçoamento da Ordem. Para Comte, “o progresso é o desenvolvimento da ordem”.³

Foi em nome do progresso do país que foi deflagrado o tenentismo, movimento que procurava modernizar as instituições brasileiras, livrando-as das mazelas do patrimonialismo (por aqui mais chamado de coronelismo). Ao chegar ao poder em 1930, Getúlio Vargas procurou instituir uma administração pública burocrática. Dentre as medidas que buscou implementar, destaque para a impessoalização das relações do Estado com seus servidores:

Duas medidas são instituídas nos anos 30 e passam a vigorar por todo o século XX até os dias atuais: o concurso público como forma de admissão e a estabilidade aos funcionários públicos. Valendo-se das pressões pela modernização do aparato burocrático e pretendendo centralizar o poder administrativo, o governo de Vargas precisava constituir um quadro de funcionários independente e sem laços com as elites regionais, além de garantir que não sofresse pressões internas da casta burocrática, com vínculos e interesses específicos. O concurso público e a estabilidade, então, visam superar esses entraves e serão pilares de sustentação da reforma administrativa implementada a partir dos anos 1930.⁴

² Os ODS em ação. Disponível em: <https://www.undp.org/sustainable-development-goals>. Acesso em: 26 mar. 2023.

³ Ordem e Progresso. A França no Brasil. Disponível em: <http://bndigital.bn.br/francebr/positivismo.htm>. Acesso em: 26 mar. 2023.

⁴ MAIA, Bóris. A institucionalização do concurso público no Brasil: uma análise sócio-histórica. *Revista do Serviço Público (RSP)*, Brasília 72 (3) 663-684 jul./set. 2021, p. 670.

Como se vê, a burocracia não é um mal em si mesma: na verdade, esse sistema organizativo concebido por Max Weber possui uma série de características positivas: a racionalidade, a previsibilidade, a impessoalidade, a submissão a controles, o profissionalismo, a valorização da técnica e do mérito, dentre outras. O modelo burocrático surgiu para combater as práticas nada republicanas do patrimonialismo, onde há uma confusão entre os espaços público e privado, de forma a permitir o predomínio da vontade pessoal daquele que exerce o poder, que o utilizará para favorecer e para perseguir.

Todavia, com o excesso e mau uso da burocracia, começaram a surgir suas disfunções, como a internalização das regras e o apego aos regulamentos, o excesso de formalismo e de papelório, a resistência a mudanças, superconformidade com rotinas, a dificuldade no atendimento a clientes e os conflitos com o público.⁵

Com a era Vargas, as classes dominantes perceberam que o desenvolvimento do país dependia de uma maior organização administrativa do Estado. Assim, buscou-se implementar um Estado Administrativo que procurava falar a língua racional-legal, com a montagem de aparelhos modernos, com a implantação de carreiras em bases meritocráticas, com a classificação de cargos, entre outros avanços. Todavia, as coisas não saíram exatamente como o planejado, seja pelas inúmeras disfunções da burocracia, seja porque esta não conseguiu se livrar do patrimonialismo, conforme se vê:

Era um Estado que criava uma burocracia, procurando incorporar pessoas da nova classe média urbana, burocracia esta que crescia quantitativamente, na medida em que crescia a pressa em recuperar o tempo perdido. Mas era um Estado que não resistia às pressões clientelísticas, e que, para impor o seu poder de dominação, usava, sem medo, estratégias informais como a criação de uma estrutura administrativa paralela ou de inúmeros cargos “extranumerários” para atender aos crescentes pedidos de emprego, repetindo práticas que vinham da fase em que predominava a forma de dominação tradicional, como diria Weber.⁶

Antonio Cândido, no prefácio da edição de 1967 de *Raízes do Brasil*, afirma que Sérgio Buarque de Holanda já apontava nossas dualidades. No caso, convivemos com o “trabalho e aventura; método e capricho; rural e urbano; burocracia e caudilhismo; norma impessoal e impulso afetivo – são pares que o autor destaca no modo-de-ser ou na estrutura social e política, para analisar e compreender o Brasil e os brasileiros”.⁷

Assim, na atualidade, há no Brasil uma administração pública burocrática com características patrimonialistas e com pretensões gerenciais. Nesse contexto, o progresso da bandeira nacional fica cada vez mais difícil de acontecer.

Dentre as diretrizes do gerencialismo, modelo teórico que passou a ser adotado no país a partir da década de 1990 (Reforma Administrativa via Emenda Constitucional nº 19/1998), destaque para a adoção de padrões de comportamento típicos da iniciativa privada, como o incentivo à criatividade, à flexibilidade e à inovação.

⁵ MERTON, Robert K. Estrutura burocrática e personalidade. In: CAMPOS, Edmundo (org.). *Sociologia da burocracia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 117.

⁶ GOUVÊA, Gilda Portugal. *Burocracia e elites burocráticas no Brasil*. São Paulo: Paulicéia, 1994, p. 80.

⁷ CANDIDO, Antonio. Prefácio de 1967 de *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 13.

3 A inovação na Administração Pública brasileira

Ainda bastante impregnada por disfunções da burocracia, como a superconformidade a rotinas, apego aos regulamentos, o excesso de formalismo e a resistência a mudanças, a Administração Pública brasileira precisa se abrir à inovação.

Ricardo Rivero Ortega registrou, ao analisar o novo cenário que se abria diante da crise econômica vivenciada na última década, que eram exigidas mudanças de grande impacto na organização, no procedimento, na função pública, nos contratos e nas estratégias de regulação administrativa. Acrescenta o jurista espanhol:

O pressuposto de sustentabilidade é a inovação (...) Para adaptar-se aos novos cenários, é preciso inovar, superando o preconceito de que as organizações burocráticas não são capazes de fazê-lo. Algumas das inovações mais relevantes que caracterizam a sociedade da informação e do conhecimento surgiram no setor público – nada menos que a Internet – assim que não é correto afirmar que os servidores públicos careçam de iniciativa para desenhar novas formas de resolver os problemas.⁸

No contexto brasileiro, a professora Irene Nohara destaca que “sem a força da inovação não há como pensar em soluções estratégicas para os desafios que as Administrações Públicas enfrentam no cenário atual, sendo que a gestão pública deve dar soluções distintas às novas circunstâncias que surgem”, até mesmo porque, “soluções antigas dificilmente solucionarão novos problemas”.⁹ Evidentemente, nem toda inovação é positiva. Nohara ressalta ainda:

ao lado de inovações que geram eficiência, modernização e também inúmeros benefícios do ponto de vista coletivo, que devem ser estimuladas pelas Administrações Públicas, há, por outro lado, inovações que representam um grande retrocesso em conquistas sociais, tanto por parte da população, como dos próprios servidores públicos, que são, em inúmeras circunstâncias, desprezados em nome de projetos que escondem, sob uma nova roupagem, o resgate da “ancestral” terceirização, disseminando a precarização das relações nas Administrações Públicas a pretexto de inovar.¹⁰

São muitas as iniciativas inovadoras que estão sendo implementadas nas Administrações Públicas brasileiras, em todos os Poderes. Mas onde encontrá-las? Seguem abaixo três possibilidades. A Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) criou um programa denominado GNova, que é um laboratório de inovação, fruto de uma parceria com o governo da Dinamarca, que “se propõe a desenvolver soluções

⁸ ORTEGA, Ricardo Rivero. *La necesaria innovación en las instituciones administrativas: organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, 2012, p. 23.

⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na administração pública contemporânea: “destruição criadora” ou “inovação destruidora” do Direito Administrativo?. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/desafios-de-inovacao-na-administracao-publica-contemporanea-destruicao-criadora-ou-inovacao-destruidora-do-direito-administrativo/>. Acesso em: 01 jul. 2022.

¹⁰ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na administração pública contemporânea: “destruição criadora” ou “inovação destruidora” do Direito Administrativo?. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/desafios-de-inovacao-na-administracao-publica-contemporanea-destruicao-criadora-ou-inovacao-destruidora-do-direito-administrativo/>. Acesso em: 01 jul. 2022.

inovadoras em projetos com instituições do governo federal para que o serviço público possa responder com mais eficiência às demandas dos cidadãos”. Também merece registro o Concurso Inovação no Setor Público, promovido anualmente, desde 1996, pela ENAP. Tal concurso é dividido em três categorias: Inovação em processos organizacionais no Poder Executivo federal; Inovação em serviços e políticas públicas no Poder Executivo federal; e Inovação em processos organizacionais, serviços ou políticas públicas no Poder Executivo estadual/distrital.¹¹

Se a ENAP tem como foco fomentar e divulgar a inovação no âmbito do Poder Executivo, o Prêmio Innovare “tem como objetivo identificar, divulgar e difundir práticas que contribuam para o aprimoramento da Justiça no Brasil.” Convém ainda registrar que, “desde 2004, já passaram pela comissão julgadora do Innovare mais de sete mil práticas, vindas de todos os estados do país. Elas são a prova de que a nossa justiça passa por uma ‘revolução silenciosa’”.¹²

Outro ambiente que fomenta a divulgação de iniciativas inovadoras na administração pública é o Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, organizado anualmente pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA).

Registre-se que quando foi encaminhada a Proposta de Emenda Constitucional nº 32/2020 (Reforma Administrativa), da mesma forma que se tentou introduzir a subsidiariedade como princípio constitucional da Administração Pública, também se queria incluir a inovação em tal rol.

Adota-se aqui a posição apresentada pela doutrina de que embora a “inovação é bem-vinda e deve ser estimulada no âmbito da Administração Pública, uma vez que procedimentos inovadores, em geral, trazem consigo economia de recursos e qualidade de resultado (...) elevar tal preceito à categoria de princípio constitucional é, no mínimo, problemático”.¹³ E isto se dá por uma razão evidente: não se pode aplicar um princípio apenas em determinados contextos ou situações.

Na verdade, é importante que se frise, a inovação que já está contemplada na Constituição Federal, que prevê que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação” (art. 218).

Portanto, a inovação não é um princípio da Administração Pública, mas uma valiosa ferramenta que deve ser utilizada sempre que possível, a fim de que sejam encontradas alternativas mais eficientes até então não utilizadas, atendendo as demandas da sociedade que estão a cargo do Estado.

Perceba-se que na legislação que trata das concessões e permissões (Lei Federal nº 8987/95), já se falava em serviços públicos adequados, e isto tanto exigia a continuidade, como a atualidade (compreendida esta última como “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”, conforme art. 6º, §2º).

¹¹ Vide sítio eletrônico da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, <https://gnova.enap.gov.br/pt/projetos>. Acesso em: 01 de julho de 2022..

¹² Instituto Innovare. Site: <https://www.premioinnovare.com.br/>. Acesso em: 02 de julho de 2022.

¹³ MATOS, Gabriel Visoto de. A inovação como princípio da Administração Pública na reforma administrativa. Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-inovacao-como-principio-da-administracao-publica-na-reforma-administrativa-13102020>. Acesso em: 01 jul. 2022.

Como se vê facilmente, atualidade e inovação são conceitos bem próximos, pois ambos se baseiam na ideia de mudanças. Todavia, como se falar em mudanças em um setor como o público, quando também se exige que haja continuidade? Na verdade, o que se quer é uma Administração Pública que saiba identificar as situações em que deva ser garantida a continuidade, a fim de que sejam preservadas as conquistas alcançadas, em especial, na implementação das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais (o que nos lembra o princípio da vedação ao retrocesso), e, ao mesmo tempo, consiga visualizar com rapidez e eficiência as possibilidades de mudanças (inovação), sempre que estas garantam a evolução e o aperfeiçoamento das atividades administrativas.

Conforme veremos a seguir, embora a inovação tenha nas novas tecnologias da informação importantes aliadas, não há uma vinculação necessária entre as duas. Sem se valer de soluções tecnológicas, a partir de medidas simples, mas eficazes, gestores e servidores públicos podem produzir verdadeiras revoluções na Administração Pública.

4 A inovação administrativa de Graciliano Ramos

Em outra oportunidade, ao publicar estudo sobre o legado do escritor Graciliano Ramos na administração pública, destaquei que:

A história mostra que, na primeira metade do século XX, um alagoano de pouca instrução formal, mas de muita capacidade e discernimento, ocupou diversos cargos públicos e demonstrou como a coisa pública deve ser tratada com seriedade. (...) O que pouca gente sabe (ou repercute) é que Graciliano Ramos dedicou vários anos de seus sessenta anos de vida ao serviço público,¹⁴ tendo exercido diversas funções (em geral, paralelamente à literatura e ao jornalismo), que vão desde cargos administrativos, cargos de direção, e até mesmo um mandato eletivo, como Prefeito de Palmeira dos Índios-AL. Como se vê, Graciliano passou, deixando sua marca, pelas Administrações Pública municipal, estadual e federal. Neste contexto, em termos cronológicos, convém registrar que o autor de *Vidas Secas* iniciou sua vida pública na Administração Pública Municipal, como Presidente da Junta Escolar de Palmeira dos Índios em 03 de novembro de 1926, espécie de cargo assemelhado ao atual Secretário Municipal de Educação e foi prefeito do citado município entre 07 de janeiro de 1928 e 10 de abril de 1930, quando renunciou ao cargo. Em seguida, para a ocupar cargos no âmbito da Administração Pública Estadual, onde exerceu a função de Diretor da Imprensa Oficial de Alagoas (instituição que hoje leva o seu nome), entre 31 de maio de 1930 e 29 de dezembro de 1931, e ocupou o cargo de Diretor da Instrução Pública Estadual (correspondente ao cargo de Secretário Estadual da Educação), entre 18 de janeiro de 1933 até a data em que foi preso (supostamente por suas convicções políticas), em 03 de março de 1936. Após deixar o Estado de Alagoas, também integrou os quadros da Administração Pública Federal, onde exerceu o cargo de Inspetor Federal de Ensino Secundário do Rio de

¹⁴ Para se perceber a relevância das atividades públicas na vida do escritor, ao ser solicitado para escrever um pequeno resumo sobre quem era Graciliano Ramos, ele, em um único parágrafo, fez duas referências às funções públicas que ocupou: “É inspetor de ensino” e “Quando prefeito de uma cidade do interior, soltava os presos para construírem estradas” (RAMOS, Graciliano. Auto-retrato aos 56 anos. Disponível em: <http://graciliano.com.br/site/autorretrato/>. Acesso em: 27 jan. 2017)

Janeiro, tendo sido nomeado em agosto de 1939, e permanecido no cargo até sua morte, em 26 de janeiro de 1953.¹⁵

Na condição de prefeito, apesar de um dos focos principais da gestão de Graciliano Ramos ter sido o combate às práticas patrimonialistas, é importante registrar que sua gestão ocorre em um período de transição entre aquele velho modelo e a burocracia que estava começando a se instalar no país. Em termos gerais, o prefeito escritor era receptivo às inovações da burocracia, como a separação entre espaços públicos e privado, despersonalização da administração pública e a prevalência de regras pré-estabelecidas em detrimento da vontade do gestor. Todavia, ele foi muito além: inovava ao fugir das disfunções que a própria burocracia gera.

O prefeito Graciliano Ramos deu várias amostras de ser inovador: antes de tudo, não se acomodou com práticas seculares que vinham sendo mantidas pelas gestões anteriores. Nesse sentido, tanto repeliu com veemência comportamentos que violavam valores éticos da administração pública, como tudo o que violava sua noção de impessoalidade e moralidade administrativa, como tanto rechaçou condutas que considerava atentatórias à eficiência da Administração Pública.

Acrescente-se que a gestão conduzida pelo prefeito escritor também pode ser considerada inovadora porque passou a investir em áreas sociais, como saúde e educação, em uma época em que os municípios sequer atuavam nestes setores da vida da população. Mesmo sem grandes recursos financeiros e humanos a seu dispor, tinha preocupações ambientais quando quase não se falava disso no país (fez obras de prevenção de desastres naturais, como enchentes), urbanísticas (ao procurar alargar vias públicas), com o planejamento (tendo controlado e racionalizado os gastos públicos), com a transparência (ao divulgar as ações da Prefeitura em famosos relatórios de gestão).

Na condição de Diretor da Instrução Pública de Alagoas, fez mudanças simples, mais radicais. Um dos grandes biógrafos de Graciliano Ramos, o jornalista Dênis de Moraes traça o perfil do Diretor da Instrução Pública no início dos anos 1930:

Assim que foi empossado para cuidar da Educação de Alagoas, ele quis ir à periferia. Escolheu, então, o bairro mais pobre de Maceió e encontrou uma escola completamente às moscas porque os alunos eram muito pobres, não tinham dinheiro para comprar uniformes e sapatos, e havia um regimento que impedia que a escola funcionasse com alunos sem uniforme. Aí ele foi a uma loja de tecidos, a uma sapataria e costureiras. Disse, em todos os casos, que não tinha dinheiro para pagar naquele momento pelos serviços, mas que precisava de ajuda e que pagaria assim que pudesse. Depois ele voltou pessoalmente à escola com os embrulhos para dar para os alunos. E, mais adiante, mandou pagar a loja de tecidos, as costureiras e a sapataria.¹⁶

¹⁵ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Graciliano Ramos e a administração pública: comentários aos seus relatórios de gestão à luz do Direito Administrativo moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 23.

¹⁶ Trecho retirado da reportagem Graciliano Ramos, o político: ordem na literatura e na administração, publicada no Caderno Prosa do jornal *O Globo*, em 01 de julho de 2013.

Uma das medidas adotadas por Graciliano para ampliar a eficiência do ensino nas escolas estaduais foi a edição do Decreto nº 1.800, de 6 de julho de 1933. Nos termos dessa norma, alguns preceitos se destacam:

Art. 3º – Fica vedado a indivíduos não diplomados o magistério da instrução pública primária.

Art. 28. Suprime-se nos grupos escolares do interior o curso de formação de professores rurais.

Art. 20 – Para propagação e fiscalização do ensino nas escolas estadoaes, municipaes e particulares, em cada município que possuir grupos escolares [...] haverá uma junta escolar composta de tres inspectores municipaes.

Art. 29 – Ficam instituídos, para a educação de crianças de quatro a sete annos, jardins de infância. (JORNAL DE ALAGOAS, 8 de julho de 1933)¹⁷

Outras passagens da gestão do Velho Graça na instrução pública alagoana, que demonstram com clareza seu estilo revolucionário (para os padrões da época e provavelmente para os de hoje), foram apresentadas por Ieda Lebensztayn:

Certamente descontentar “incapacidades abundantes”, sobretudo por não ter a “habilidade necessária de prestar serviços a figurões” e por querer aproveitar “elementos dignos, mais ou menos capazes”, como a professora mulata transferida para a cidade a fim de dirigir um grupo escolar. E, outro exemplo contra os preconceituosos, conseguiu que seiscentos meninos pobres, calçados e vestidos pela caixa escolar, ingressassem na escola dirigida por D. Irene, para em seguida quatro deles, negros, obterem as melhores notas nos exames.¹⁸

Todos estes acontecimentos somente demonstram o quão revolucionário foi o “secretário de Educação” de Alagoas, ao tentar renovar, na década de 1930, os arraigados padrões estabelecidos. E, apesar de ter atendido ou até mesmo superado as expectativas daqueles que estavam envolvidos com a educação, infelizmente, em um ambiente tão hostil e avesso a novidades que contemplassem a população mais necessitada, teve que pagar um alto preço por este comportamento tão pouco habitual. Nesse sentido, convém destacar que a postura de Graciliano Ramos incomodava os poderosos e aqueles que não queriam mudanças:

Graciliano tomou algumas iniciativas que desagradaram a muita gente. Primeiramente manda distribuir comida, roupas, sapatos e material escolar, gratuitamente, às crianças pobres da rede oficial. Contrapõe-se ao interventor, que queria a todo custo abrir escolas a torto e direito, certamente a fim de expandir não o ensino, mas a clientela eleitoral, os pistolões, o favoritismo. Trata de efetivar as professoras da zona rural, consideradas matutas e ignorantes pelas normalistas da capital, com o que exacerba ódios e ressentimentos.¹⁹

¹⁷ Informações obtidas no Trabalho de Conclusão de Curso intitulado *Graciliano Ramos: literato e gestor – contribuições à educação alagoana (1920-1940)*, apresentado por Aline da Silva Santos, no curso de graduação em Pedagogia da Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2013, p. 45. Disponível em: <http://www.cedu.ufal.br/grupospesquisa/gephec/gracilianoramos.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2017.

¹⁸ LEBENSZTAYN, Ieda. *Graciliano Ramos e a Novidade: o astrônomo do inferno e os meninos impossíveis*. São Paulo: ECidade, 2010, p. 117.

¹⁹ FACIOLI, Valentim. Um homem bruto da terra. In: GARBUGLIO, José Carlos; BOSI, Alfredo; FACIOLI, Valentim. *Graciliano Ramos*. São Paulo: Ática, 1987, p. 52.

Registre-se ainda que, apesar de não ser, à época, filiado ao partido comunista e nem se confessava publicamente como tal, as atitudes de Graciliano eram consideradas subversivas:

no início de 1936, Graciliano percebeu que a sua presença estava incomodando e, logo, solicitaram-lhe que pedisse afastamento do cargo, pois não queriam demiti-lo sem motivo. (...) O governo, usando como pretexto a manutenção da ordem pública, começou a controlar e repreender os comunistas e os possíveis simpatizantes do movimento. Portanto, foi a simpatia demonstrada por Graciliano Ramos ao comunismo, que ocasionaria a sua prisão em 1936. De fato, já havia, desde os anos da prefeitura, certa inquietação em relação a sua figura, uma vez que foi um prefeito de pulso forte, que tentava, apesar das dificuldades, administrar com imparcialidade a prefeitura, o que ocasionou a inimizade com grande parte da elite local. À frente da Instrução Pública de Alagoas e, também, como literato tomou algumas decisões que aborreceram pessoas importantes.²⁰

Nesse sentido, Graciliano chegou a considerar que teria sido esta a verdadeira causa de sua prisão: fora considerado subversivo por causa de sua conduta inovadora. Ele próprio, em carta redigida (mas não entregue) ao então Presidente da República Getúlio Vargas, confessara:

Ignoro as razões por que me tornei indesejável na minha terra. Acho, porém, que lá cometi um erro: encontrei 20 mil crianças nas escolas e em três anos coloquei nelas 50 mil, o que produziu celeuma. Os professores ficaram descontentes, creio eu. E o pior é que se matricularam nos grupos da capital muitos negrinhos. Não sei bem se pratiquei outras iniquidades. É possível. Afinal o prejuízo foi pequeno, e lá naturalmente acharam meio de restabelecer a ordem.²¹

Como resultado de seu estilo inovador, acabou sendo preso pela Ditadura Vargas. Na Casa de Detenção da Rua Frei Caneca, Graciliano Ramos conhece outra pessoa inovadora: a médica psiquiatra alagoana Nise da Silveira, também presa por suas ideias subversivas.

5 A inovação administrativa em Nise da Silveira

Depois de ter sido presa e afastada por oito anos do serviço público, com a redemocratização do país, Nise da Silveira foi readmitida a seu cargo de médica da Administração Federal.²² Quando retornou ao trabalho em 1944, estavam em voga métodos de tratamento psiquiátrico considerados modernos, como o eletrochoque, a insulino-terapia e o confinamento. A revolta de Nise da Silveira contra a forma degradante

²⁰ FARIA, Patrícia Aparecida Gonçalves de. *Crônicas de Graciliano Ramos em Cultura Política (1941-1944): estudo crítico*. Dissertação (Mestrado em Letras), Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/113813/000804599.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 fev. 2014.

²¹ MORAES, Dênis de. *O velho Graça: uma bibliografia de Graciliano Ramos*. 1. ed. rev. e ampl. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 172.

²² Quando este texto foi preparado, estava no prelo o livro em que analiso a trajetória de Nise da Silveira na administração pública.

como eram tratados os pacientes do Centro Psiquiátrico Pedro II fez com que a médica alagoana adotasse duas posturas: primeiramente, a recusa peremptória em utilizar métodos que ela considerava agressivos, desumanos e ineficazes.

Em segundo lugar, Nise buscou alternativas que pudessem atender as necessidades de seus pacientes e que ela considerasse adequadas sob os pontos de vista médico e ético. Sobre este momento crucial da vida de Nise, já se destacou que:

Ao se recusar a seguir o tratamento brutal da época contra os pacientes, Nise foi perseguida pelos médicos do hospital e transferida para o Setor de Terapia Ocupacional do Pedro II, espaço de menor prestígio na instituição. “A experiência da prisão foi marcante na vida de Nise. Na volta ao trabalho, no Hospital Pedro II, ela viu que os loucos viviam como presos e não aceitou essas condições, nas quais hospital psiquiátrico e cárcere se confundem”, conta Luiz Carlos Mello, ex-aluno de Nise e atual diretor do Museu das Imagens do Inconsciente, criado pela psiquiatra em 1952. Isolada, Nise propôs um tratamento que desafiava tudo o que se entendia por saúde mental no Brasil, questionando as contradições do sistema psiquiátrico, baseado na exclusão e na violência contra o paciente. “Na época em que ainda vivíamos os manicômios e o silenciamento da loucura, Nise da Silveira soube transformar o Hospital Engenho de Dentro em uma experiência de reconhecimento do engenho interior que é a loucura”, explica Dunker. Depois de ajudar o psiquiatra Fábio Sodrê na introdução da Terapia Ocupacional no Hospital Pedro II, Nise criou, em 1946, a Seção de Terapêutica Ocupacional e Reabilitação (STOR) do Centro Psiquiátrico Pedro II.²³

Para José Otávio Motta Pompeu e Silva, “as críticas e a oposição a práticas de tratamento da época empurraram-na para uma atuação que fazia parte do passado da psiquiatria, a terapêutica ocupacional”.²⁴

É importante destacar que Nise não criou as oficinas na Seção de Terapêutica Ocupacional tão logo foi readmitida no serviço público. Isso levou algum tempo. Mais precisamente, dois anos. Ela conta que procurou o chefe da Enfermaria, o Dr. Fábio Sodrê, que era uma “pessoa bastante aberta profissionalmente”. Ela explica que passou a tentar com ele “atividades diferentes para os doentes”. Foi nesse momento que se deu conta como a própria arquitetura do hospital era inadequada, pois traduzia o conceito, a seu ver equivocado, que se tinha da doença. “Eram corredores e enfermarias, como se fosse um hospital para cirurgia”. Nise revela que o fato de ter ficado presa muito contribuiu para que ela percebesse como a sensação de confinamento e a falta de atividades eram prejudiciais para o tratamento psiquiátrico Neste contexto:

Ela percebeu [durante o cárcere] que os presos que deixavam de fazer coisas, sucumbiam; já os que se apegavam aos afazeres, por menores que fossem, seguiam adiante. Também percebeu que na medida em que os guardas tiravam roupas e objetos pessoais das pessoas, elas iam perdendo suas identidades. O mesmo ocorria no hospital: quando o paciente, que já estava deslocado da realidade, perdia seus objetos pessoais, sua situação mental piorava.

²³ MODELLI, Laís. Nise da Silveira: entre a loucura, a rebeldia e a arte. Cult. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/entre-a-loucura-a-rebeldia-e-a-arte/>. Acesso em: 28 fev. 2023.

²⁴ POMPEU E SILVA, José Otávio Motta. *A arte na terapia ocupacional de Nise da Silveira*. In Nise da Silveira. Coleção Memória do Saber. Coordenado por José Otávio Motta Pompeu e Silva, Fundação Miguel de Cervantes, Rio de Janeiro, 2013, p. 115.

Outra descoberta da prisão foram os gatos que, segundo Nise, não perdiam a liberdade atrás das grades”, conta o cineasta Roberto Berliner, diretor do filme *Nise – o coração da loucura*.²⁵

Nise admitia que “via na Terapêutica Ocupacional um legítimo método terapêutico. Empiricamente os resultados eram evidentes. Faltavam-me, no entanto, base teórica para entender esses resultados e dar mais segura orientação à prática das atividades”. E o que fez Nise então? “Tratei de estudar. Lancei-me à procura de fundamentação científica onde firmar a estrutura de meu trabalho, pois, evidentemente, eu não era uma senhora filantropa que pretendesse distrair infelizes doentes, nem muito menos uma capataz decidida a torná-los produtivos, explorando a mais indefesa mão de obra que existe no mundo”.²⁶

Assim, a médica alagoana confessa que, no início, muito do que foi feito dependeu de sua intuição, uma vez que era escassa a literatura médica sobre o uso do tratamento ocupacional na psiquiatria. “A gente organizava festas na seção e as pessoas ficavam espantadas em ver os doentes que viviam assim parados e dobrados sobre si próprios cantar numa pequena festa”. Dispondo de um pequeno orçamento (trinta contos), Nise foi abrindo pequenas oficinas.²⁷ “A Seção de Terapêutica Ocupacional desenvolveu-se progressivamente até instalar 17 núcleos de atividades, com o objetivo de estimular a capacidade de expressão de seus frequentadores”.²⁸ Registre-se que Nise permaneceria como Diretora da referida Seção de Terapêutica Ocupacional do Hospital do Engenho de Dentro entre 1946 e 1974.

Entre estas oficinas, estavam as de jardinagem, trabalhos manuais para moças, xilogravura, encadernação, marcenaria, tapeçaria, colagem e costura, entre outras. Todavia, destacavam-se aquelas em que a presença da criatividade era valorizada, como os ateliês de desenho e pintura, modelagem, dança e música. “Antes, os doentes do hospital eram usados para servir aos funcionários e a outros internos, costurar lençóis, faxinar enfermarias, limpar vasos sanitários, varrer e encerar chão, carregar roupas sujas... Ao chegar, mudei tudo: ali onde faziam trabalhos corriqueiros, os internos passaram a desenvolver trabalhos criativos...”.²⁹ Nise explica:

A comunicação com o esquizofrênico, nos casos graves, terá um mínimo de probabilidade de êxito se for iniciada no nível verbal de nossas relações interpessoais. Isso só ocorrerá quando o processo de cura já se achar bastante adiantado. Será preciso partir do nível não-verbal. É aí que particularmente se insere a terapia ocupacional, oferecendo atividades que permitam a expressão de vivências não verbalizáveis por aquele que se acha mergulhado na profundidade do inconsciente, isto é, no mundo arcaico de pensamentos, emoções e

²⁵ MODELLI, Laís. *Nise da Silveira: entre a loucura, a rebeldia e a arte*. Cult. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/entre-a-loucura-a-rebeldia-e-a-arte/>. Acesso em: 28 fev. 2023.

²⁶ SILVEIRA, Nise da. Retrospectiva de um trabalho vivido no Centro Psiquiátrico Pedro II no Rio de Janeiro, publicado nos Anais do XIV Congresso Nacional de Neurologia, Psiquiatria e Higiene Mental, Maceió, 27 out.-01 nov. 1979. In: SILVA, José Otávio Motta Pompeu e (coord.). *Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Fundação Miguel de Cervantes, 2013. (Coleção Memória do Saber), p. 29.

²⁷ GULLAR, Ferreira. *Nise da Silveira: uma psiquiatra rebelde*. Rio de Janeiro: Perfis do Rio/Relume Dumará, 1996, p. 51.

²⁸ *Nise da Silveira, vida e obra*. Texto publicado no Centro de Cultura do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://www.ccms.saude.gov.br/nisedasilveira/secao-de-terapeutica-ocupacional.php>. Acesso em: 28 fev. 2023.

²⁹ HORTA, Bernardo Carneiro. *Nise, arqueóloga dos mares*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2009, p. 92.

impulsos fora do alcance das elaborações da razão e da palavra. O exercício de atividades poderá adquirir importante significação. Em vez dos impulsos arcaicos exteriorizarem-se desabridamente, lhes oferecemos o declive que a espécie humana sulcou durante milênios para exprimi-los: dança, representações mímicas, pintura, modelagem, música. Será o mais simples e o mais eficaz.³⁰

Além das oficinas, promovia atividades recreativas de grupo, que “foram também desenvolvidas com objetivos de reinserção social, assim como a organização dos primeiros cursos de Terapêutica Ocupacional para capacitação de monitores e de colaboradores. As diversas oficinas foram atraindo, cada vez mais, os internados que permaneciam abandonados e apáticos nos corredores e pátios do hospital”.³¹

Em relação à capacitação dos monitores, preocupação permanente de Nise, ressalte-se que “os monitores frequentavam palestras e reuniões destinadas ao acompanhamento dos casos clínicos, também implantadas por iniciativa de Nise. Ela os estimulava ainda a fazer cursos fora da instituição, para aquisição de técnicas a serem empregadas nas oficinas”.³² Dona Ivone Lara, antes de se tornar um dos grandes nomes do samba, foi uma dessas monitoras.

Felipe Magaldi destaca que, após se deparar com os métodos psiquiátricos convencionais, Nise da Silveira passou a se opor aos mesmos, por considerá-los ineficazes, violentos e muito semelhantes às torturas que havia presenciado no cárcere. E, ao ser transferida de setor, passando a atuar em um local desprovido de organização rigorosa e caracterizado por trabalhos braçais, serviços de limpeza e falta de verbas, “Nise se engajou na transformação desse ambiente em um laboratório de experimentação criativa”.

Ela foi inovadora, mesmo sem ter criado a terapia ocupacional. Tampouco não foi a médica alagoana a primeira que defendeu a utilização de tais métodos ocupacionais nos tratamentos psiquiátricos. Isso já havia acontecido em outros contextos, seja no Brasil, seja no mundo. Para José Otávio Motta Pompeu e Silva, a originalidade de Nise da Silveira se dá porque ela “utilizou velhos conceitos da terapia ocupacional e realizou uma revisão de várias teorias e muitos métodos contemporâneos à época em que desenvolveu seu trabalho. Assim, ela recriou a maneira de utilizar a ocupação e as atividades como meios terapêuticos e de acesso ao que se sente o doente mental”.³³

Acrescenta que, “a compreensão da terapêutica ocupacional estudada e exercida por Nise é primordial para entender a originalidade e inovação do que foi descoberto nos ateliês e oficinas do Engenho de Dentro e, posteriormente, na Casa das Palmeiras. Ela

³⁰ Nise da Silveira, vida e obra. Texto publicado no Centro de Cultura do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://www.ccms.saude.gov.br/nisedasilveira/secao-de-terapeutica-ocupacional.php>. Acesso em: 28 fev. 2023.

³¹ MACEDO, Vera. A importante contribuição da obra de Nise da Silveira para a Psicologia Analítica de Jung. *Junguiana*, São Paulo, v. 39, n. 2, jul./dez. 2021. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-08252021000200004. Acesso em: 28 fev. 2023.

³² MELLO, Luiz Carlos. *Nise da Silveira: caminhos de uma psiquiatra rebelde*. Rio de Janeiro: Automatica Edições Ltda., 2014, p. 16.

³³ POMPEU E SILVA, José Otávio Motta. A arte na terapia ocupacional de Nise da Silveira. In: SILVA, José Otávio Motta Pompeu e (coord.). *Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Fundação Miguel de Cervantes, 2013. (Coleção Memória do Saber), p. 112.

utilizou um novo modo de tratamento e comunicação com pessoas com esquizofrenia”.³⁴ Ainda sobre a marca do trabalho de Nise, José Otávio Motta Pompeu e Silva registrou com grande precisão onde está sua originalidade e genialidade:

A originalidade da psiquiatra brasileira não foi a de criar uma nova teoria. A genialidade foi juntar a teoria ocupacional ativa de Herman Simon, que propunha a adaptação e a ressocialização do doente, com a ideia de Jung, de que a expressão plástica despoticizaria a energia psíquica investida na esquizofrenia. A isso, Nise associou ainda a resalta de Freud, que isto precisava ser trazido para o mundo real por meio de alguma linguagem inteligível pelo paciente, o que ela chamou de pontes para o consciente e que eram o modo de evitar que o doente não submergisse no mar do inconsciente, perdendo totalmente a razão. Ela sempre repetia que precisava de mergulhadores que colocassem seus escafandros e não tivessem medo do mar profundo do inconsciente.³⁵

Ainda sobre o caráter inovador do trabalho de Nise, já se destacou que “seu trabalho possuiu um cunho clínico, pois visava à terapêutica e a um novo olhar científico, como uma nova produção de saber”.³⁶ Ademais, “seu trabalho antecedeu os movimentos de renovação da psiquiatria na Inglaterra (década de 1960), na Itália (década de 1970) e no Brasil (década de 1980)”.³⁷

Evidentemente, com tanta coisa nova acontecendo, surgiram muitos críticos e opositores ao trabalho desenvolvido por Nise da Silveira:

Nise foi muito estigmatizada e lidava com forte resistência da maioria de seus colegas psiquiatras que consideravam o método por ela empregado como subalterno e não científico – “uma brincadeirinha!”. A esse respeito, em 1948, fez um registro, em um relatório interno hospitalar, denunciando o descrédito dos diretores e colegas em relação ao seu trabalho: “A Seção de Terapêutica Ocupacional ainda não logrou funcionar como uma unidade estreitamente articulada às demais unidades que fazem parte do plano geral de tratamento dos nossos doentes. Isso decorre do fato de a maioria não considerar as ocupações como agentes terapêuticos que necessitam ser dosados e individualmente receitados, porém como alguma coisa acessória e secundária, uma distração, um divertimento.”³⁸

Ainda nesse contexto, em entrevista concedida em 1993, Nise da Silveira se queixava do fato de que, no início, seu trabalho não era levado a sério. Consideravam-no um circo.

³⁴ POMPEU E SILVA, José Otávio Motta. A arte na terapia ocupacional de Nise da Silveira. In: SILVA, José Otávio Motta Pompeu e (coord.). *Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Fundação Miguel de Cervantes, 2013. (Coleção Memória do Saber), p. 113.

³⁵ POMPEU E SILVA, José Otávio Motta. A arte na terapia ocupacional de Nise da Silveira. In: SILVA, José Otávio Motta Pompeu e (coord.). *Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Fundação Miguel de Cervantes, 2013. (Coleção Memória do Saber), p. 129.

³⁶ DAMIÃO JÚNIOR, Maddi. Fundamentos do método de Nise da Silveira: clínica, sociedade e criatividade. *Junguiana*, v. 39, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2021, disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_art_text&pid=S0103-08252021000100007. Acesso em: 01 mar. 2023.

³⁷ Museu de Imagens do Inconsciente, com endereço eletrônico <https://www.museuimagensdoinconsciente.org.br/sobre>. Acesso em: 01/03/2023.

³⁸ MACEDO, Vera. A importante contribuição da obra de Nise da Silveira para a Psicologia Analítica de Jung. *Junguiana*, São Paulo, v. 39, n. 2, jul./dez. 2021. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_art_text&pid=S0103-08252021000200004. Acesso em: 28 fev. 2023.

“Seria uma brincadeira, como a que se faz para crianças. Fiz festival de poesia, festival de música com composições deles, e isto era considerado brincadeira”.³⁹

Ao passar a utilizar a terapêutica ocupacional como método de tratamento psiquiátrico, Nise da Silveira percebeu que as atividades que poderiam ser atribuídas a seus pacientes eram as mais variadas: arteterapia (pintura, desenho, modelagem, música, dança, teatro), práticas lúdicas e esportivas, atividades recreativas, terapia assistida por animais, exposições etc.

Mas como realizar tantas atividades em um ambiente tão precário? Na realidade, as dificuldades presentes naquele hospital da rede pública nunca foram encaradas como obstáculos intransponíveis. Quando Nise da Silveira instalou a primeira oficina, a de costura, encontrou uma monitora que não estava trabalhando e lhe perguntou o motivo. “A monitora replicou: não temos mesa, nem cadeira. Sua resposta foi imediata: trabalhar no chão. Em outra ocasião, o monitor de jogos recreativos estava parado por falta de material. Ela não perdeu tempo – tirou a sua meia e disse para o monitor fazer uma bola, como os meninos nas brincadeiras de rua”.⁴⁰

Em excelente estudo sobre o papel de Nise da Silveira para a humanização da saúde mental no país, Felipe Magaldi explica:

Conclui-se que o projeto médico-científico de Nise da Silveira, ao sugerir uma determinada concepção de natureza baseada em um novo tratamento para a loucura, poderia ser caracterizado como propositor de um monismo vitalista, questionando, portando, a própria noção de um humano separado dos outros entes do cosmo, isto é, do estabelecimento de uma separação radical entre natureza e cultura. Sua biopolítica, por conseguinte, não consiste somente uma forma alternativa, humanizada de governo dos corpos, das populações e da vida, mas também uma reconfiguração própria do que é vida ou do que conta como vida, fundamentada na noção de uma unidade das coisas. Eis o mote de um trabalho desenvolvido ao longo de décadas, que seria sintetizado, finalmente em um dos últimos livros da médica, *Cartas a Spinoza*, em que demonstra a relação intrínseca entre a condição humana e uma determinada concepção de natureza: “Todos os seres, todos os elementos da natureza, todas as coisas deveriam ser tratadas com reverência”.⁴¹

Em todas as atividades imaginadas, propostas e implementadas por Nise, além da inovação, estavam presentes outros fatores, verdadeiros diferenciais do trabalho da médica alagoana. Dentre eles, destaque para o afeto. Ao falar sobre as atividades dos ateliês, Nise destacava que “ali eles podiam encontrar, pelo menos, um oásis de afeto em meio a tantas agressões e indiferenças”.⁴²

³⁹ GUIMARÃES, Márcia. O inconsciente é um oceano. Entrevista publicada originalmente na revista *Rio Artes*, em junho de 1933. In: MELLO, Luiz Carlos (org.). *Encontros Nise da Silveira*, p. 197.

⁴⁰ MELLO, Luiz Carlos. Nise da Silveira: a paixão pelo inconsciente. In *Quaternio. Revista do Grupo de Estudos C. G. Jung, Homenagem Nise da Silveira*, nº 8, 2001, p. 10.

⁴¹ MAGALDI, Felipe. *Mania de liberdade. Nise da Silveira e a humanização da saúde mental no Brasil*, Editora Fiocruz, Rio de Janeiro, 2020, p. 21.

⁴² MELLO, Luiz Carlos. *Nise da Silveira: caminhos de uma psiquiatra rebelde*. Rio de Janeiro: Automatica Edições Ltda., 2014, p. 97.

Ainda sobre os citados fatores diferenciais, “já no ano de 1946, Nise lançou a base de uma “revolução psiquiátrica”, fundada nos princípios de liberdade, afeto, inclusão e transdisciplinaridade”. Registre-se que:

os princípios que a nortearam em seu trabalho podem ser sintetizados como o “afeto catalizador” e “as força autocurativas do inconsciente”, além da “emoção de lidar”. Assim, caso fossem proporcionados liberdade e acolhimento ao dito “louco”, ele teria condições de se recuperar, não como a sociedade poderia esperar, de forma reprodutiva, mas singularmente. Isto significa que seria uma recuperação a partir de suas experiências mais específicas, se afastando da desordem psíquica e construindo narrativas, através das imagens que o tornassem autores de suas histórias (narradores). Neste sentido, Nise da Silveira chamou esse cenário de “inumeráveis estados do ser”, buscando em Artaud (2006) a compreensão de diferentes – e legítimos – modos de estar no mundo.⁴³

Dentre as atividades desenvolvidas a partir das iniciativas de Nise da Silveira, algumas merecem uma especial referência. A primeira delas diz respeito às exposições organizadas para apresentar os trabalhos dos frequentadores do Centro Psiquiátrico Pedro II. A primeira exposição ocorreu em 22 de dezembro de 1946, nas dependências do hospital, apenas dois meses após a abertura do ateliê de pintura. Entre 1946 e 1999, “Nise foi responsável pela organização e supervisão científica de noventa e oito exposições”.⁴⁴

Em 1947, a primeira exposição fora das instalações do hospital: o local foi o edifício sede do Ministério da Educação, no centro do Rio de Janeiro. Em 1949, Nise consegue algo inacreditável (para os céticos, é claro): uma exposição dos trabalhos dos internos no Museu de Arte Moderna de São Paulo. A exposição, cujo título era 9 artistas de Engenho de Dentro, teve um catálogo, onde Nise já expunha sua opinião:

O diretor do Museu de Arte Moderna de São Paulo visitou o estúdio de pintura e escultura do Centro Psiquiátrico do Rio, e não teve dúvida em atribuir valor artístico verdadeiro a muitas das obras realizadas por homens e mulheres ali internados. Talvez esta opinião de um conhecedor de arte deixe muita gente surpreendida e perturbada. É que os loucos são considerados comumente seres embrutecidos e absurdos. Custará admitir que indivíduos assim rotulados em hospícios sejam capazes de realizar alguma coisa comparável às criações de legítimos artistas – que se afirmem justo no domínio da arte, a mais alta atividade humana.⁴⁵

Ao perceber o valor dos trabalhos artísticos, surge outra iniciativa extraordinária oriunda de Nise da Silveira: a criação do Museu de Imagens do Inconsciente, inaugurado no dia 20 de maio de 1952, e que reúne um inestimável acervo de pinturas, desenhos e esculturas dos pacientes atendidos pelo hospital psiquiátrico.

⁴³ DAMIÃO JÚNIOR, Maddi. Fundamentos do método de Nise da Silveira: clínica, sociedade e criatividade. *Junguiana*, v. 39, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2021, disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-08252021000100007. Acesso em: 01 mar. 2023.

⁴⁴ MELLO, Luiz Carlos. *Nise da Silveira: caminhos de uma psiquiatra rebelde*. Rio de Janeiro: Automatica Edições Ltda., 2014, p. 329.

⁴⁵ MELLO, Luiz Carlos. *Nise da Silveira: caminhos de uma psiquiatra rebelde*. Rio de Janeiro: Automatica Edições Ltda., 2014, p. 18.

A qualidade dos trabalhos dos pacientes impressionava a todos, a ponto de um diretor do hospital (Dr. Carvalho) ter desconfiado de sua autoria. Nise conta: “ele dizia que eu levava, de noite, às escondidas, quadros do Di Cavalcanti, Portinari e outros artistas para o museu, e dizia que eram pintados pelos internos (risos)”.⁴⁶

Internos como Adelina, Fernando Diniz, Carlos Pertuis, Emygdio de Barros, Lúcio e Rafael fizeram parte das atividades do ateliê de pintura e passaram a ser reconhecidos como artistas de grande talento.

Nise sempre destacava que, para ela, em relação aos trabalhos expostos, não havia qualquer valor que superasse o científico: “se fossem vendidas as pinturas, esculturas e outros objetos, não existiria museu algum. Dá para entender? Seriam dispersadas as formas reveladoras do interior da psique, isto é, o material que verdadeiramente interessa à psiquiatria”.⁴⁷

Ressalte-se ainda que o Museu de Imagens do Inconsciente tem um reconhecido valor não apenas para a psiquiatria brasileira, mas para toda a humanidade:

O Museu de Imagens do Inconsciente (MII) foi inaugurado em 1952 e é um centro de estudos e pesquisa na área da saúde mental, aberto ao público. Ali são realizadas exposições com obras de clientes que frequentaram o espaço em diferentes épocas, estando em cartaz atualmente a mostra Museu Vivo, que apresenta parte da produção atual. O espaço cuida da organização e da conservação das mais de 350 mil obras produzidas nos ateliês e do acervo pessoal de Nise da Silveira. Em 2003, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) aprovou o tombamento das principais coleções do MII (128.909 obras). Em 2014, o arquivo pessoal de Nise da Silveira foi reconhecido como Memória do Mundo pela Unesco.⁴⁸

Por sua vez, em 1956, Nise ajudou a criar a Casa das Palmeiras, cujo objetivo era dar suporte aos pacientes egressos do hospital, especialmente diante do alto número de reinternações. “Nise sabia que as recaídas eram provocadas pelas barreiras de reintegração dos ex-pacientes à vida na comunidade. Vale ressaltar que depois de surtos psicóticos, quem os sofre fica muito fragilizado, necessitando de apoio para a reestruturação do ‘eu’”.⁴⁹ Sobre a Casa das Palmeiras, Nise declarou que “o doente que sai do hospital, com seus sintomas clínicos superados, não está de modo algum em condições de enfrentar a vida tal como ela se apresenta. Ele precisa de uma ponte entre o hospital e a vida social. A Casa das Palmeiras é, precisamente, uma experiência de ponte”. Embora seja uma instituição privada (beneficente, sem fins lucrativos), em 1967, Nise já cobrava das autoridades públicas um maior reconhecimento e apoio às atividades desenvolvidas pela instituição: “já apelamos para o Governo do Estado, no sentido de que não permita

⁴⁶ GULLAR, Ferreira. *Nise da Silveira: uma psiquiatra rebelde*. Rio de Janeiro: Perfis do Rio/Relume Dumará, 1996, p. 32.

⁴⁷ GULLAR, Ferreira. *Nise da Silveira: uma psiquiatra rebelde*. Rio de Janeiro: Perfis do Rio/Relume Dumará, 1996, p. 33.

⁴⁸ Nise da Silveira. O legado. Texto publicado no site Itaú Cultural. Disponível em: <https://www.itaucultural.org.br/ocupacao/nise-da-silveira/o-legado/>. Acesso em: 01/03/2023.

⁴⁹ DAMIÃO JÚNIOR, Maddi. Fundamentos do método de Nise da Silveira: clínica, sociedade e criatividade. *Junguiana*, v. 39, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2021, disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-08252021000100007. Acesso em: 01 mar. 2023.

que cesse esse serviço de ordem pública. Ainda não conseguimos sensibilizar – em grau suficiente – as autoridades. Mas espero que isso aconteça breve”.⁵⁰

Outra grande iniciativa de Nise da Silveira era algo bastante simples, mas que encontrou grande resistência: o uso de animais domésticos como fator auxiliar do tratamento psiquiátrico. Nise chamava os animais de coterapeutas.

Também devem ser destacadas outras iniciativas de Nise: o uso de prática esportiva para os internos e das artes dramáticas. Como se vê, detentora de um grande caráter inovador, Nise da Silveira foi muito além do que se esperava de uma servidora pública, geralmente preocupada com o cumprimento de suas rotinas burocráticas.

Ela fazia questão de destacar que a criatividade era importante tanto em seu trabalho, como nas atividades desenvolvidas pelos pacientes: “Tenho orgulho de dizer que transformei o serviço subalterno em serviço de alta categoria. O trabalho que se fazia na Terapia Ocupacional era tudo repetitivo quando fui designada para lá. Eles faziam tudo igual todos os dias. Não existe coisa pior. Criamos oficinas de trabalho criativo, nada de repetitivo e chegar a criar 17 oficinas expressivas”.⁵¹

Acrescentava que “todo mundo deve inventar alguma coisa, a criatividade reúne em si várias funções psicológicas importantes para a reestruturação da psique. O que cura, fundamentalmente, é o estímulo à criatividade”.⁵²

6 Conselhos de Raul Seixas sobre inovação

Buscando ser inovador no ensino do Direito Administrativo, publiquei recentemente livro em que procuro associar as músicas de Raul Seixas aos desafios da Administração Pública brasileira.⁵³ Um desses desafios era o de conciliar a continuidade administrativa com a inovação.

No filme documentário “Raul, o início, o fim e o meio” (2011, dirigido por Walter Carvalho), ao ser entrevistado sobre sua parceria com Raul Seixas, que gerou quarenta e uma músicas, o escritor Paulo Coelho revelou seu maior arrependimento: não ter participado da gravação de “Maluco beleza” e de “Metamorfose ambulante”, compostas por Raul Seixas e Cláudio Roberto.

Presente no álbum *O Dia em que a Terra Parou*, de 1977, e considerada a música mais representativa da fase existencial e filosófica de Raul Seixas, “Maluco beleza”, além de ser o “hino simbólico da condição filosófica do artista”,⁵⁴ é também a canção mais tocada do cantor baiano e passou a servir como apelido deste.

⁵⁰ SILVEIRA, Nise da. Minha vida na Casa da Solidão. Artigo publicado na *Revista Manchete* em 10 de junho de 1967. In: FERREIRA, Martha Pires (org.). *Senhoras das imagens internas: escritos dispersos de Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Cadernos da Biblioteca Nacional, 2008, p. 83.

⁵¹ FERREIRA, Martha Pires (org.). *Senhoras das imagens internas: escritos dispersos de Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Cadernos da Biblioteca Nacional, 2008, p. 321.

⁵² FERREIRA, Martha Pires (org.). *Senhoras das imagens internas: escritos dispersos de Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Cadernos da Biblioteca Nacional, 2008, p. 314.

⁵³ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Raul Seixas e a administração pública: uma abordagem musical dos grandes desafios do Direito Administrativo no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, 2022.

⁵⁴ MEDEIROS, Jotabê. *Raul Seixas: não diga que a canção está perdida*. São Paulo: Todavia, 2019, p. 228.

Segundo o dicionário, maluco beleza “diz-se de ou pessoa que se arrisca em aventuras inusitadas e apresenta comportamento oscilante entre a loucura e a lucidez, movido a droga, ou não, sem representar ameaça a outrem”.⁵⁵

Em “Maluco beleza”, o eu lírico revela nas primeiras frases as diferentes posturas que as pessoas podem adotar: seguir padrões de comportamento ou atuar com naturalidade, de acordo com suas convicções. É o que se verifica no trecho: “Enquanto você se esforça pra ser/Um sujeito normal/E fazer tudo igual/Eu do meu lado/Aprendendo a ser louco/Um maluco total/Na loucura real”.

Como se observa, na primeira parte da música, vê-se que o caminho natural seria o da loucura (no caso, o da espontaneidade, da autenticidade), tanto que para alguém ser “normal”, precisa haver um esforço. Todavia, ser como a postura mais adotada é a antinatural, hoje em dia, é preciso aprender a ser louco, ou seja, a se despir das convenções que a sociedade impõe.

Na segunda parte da canção, o Maluco Beleza revela sua fórmula: “controlando a minha maluquez/misturada com minha lucidez/vou ficar/ficar com certeza/maluco beleza”.

Conforme se vê, não há na canção uma defesa da maluquez total, sem limites, uma vez que esta tem que ser até certo ponto controlada. O segredo estaria na mistura entre a maluquez (ousadia, espontaneidade, inovação, inconformismo) e a lucidez (racionalidade, equilíbrio, ponderação).

Embora o eu lírico tenha dito no primeiro momento que está “aprendendo a ser louco, um maluco total”, na verdade, reconhece que a citada mistura forjaria um “maluco beleza”, alguém consciente da necessidade de conciliar a espontaneidade com a racionalidade.

A última frase de impacto dessa bela canção diz: “E esse caminho que eu mesmo escolhi/É tão fácil seguir/Por não ter onde ir”. Ser um maluco beleza, portanto, na visão do eu lírico da canção, seria uma opção fácil de ser acolhida, pois seria a única viável. Em entrevista, Raul Seixas declarou:

Estou sempre experimentando, inventando, não se pode é deixar parar, porque quando se para apodrece e fede. Tem-se que conservar o dinamismo e buscar. O quê? Não sei, não importa. Buscar. As portas estão sempre abertas para as pessoas; é questão de coragem de aceitá-las abertas e entrar. Eu entrei, entro e viajo e apenas começo a agora a grande viagem: “Raul Seixas no país das Maravilhas” (Baú do Raul, 1973).

Outro clássico do repertório de Raul, “Metamorfose ambulante”, presente no álbum *Krig-ha, Bandolo!*, de 1973, é uma canção que faz uma exortação à transformação, à mudança, à possibilidade de aceitação do novo. Como já destacado, “se Raul Seixas é o protótipo do homem da Era de Aquário”, também se pode ser afirmar que “Metamorfose ambulante é a sua alma”.⁵⁶

⁵⁵ MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/maluco#:~:text=EXPRESS%C3%95ES%20Maluco%20beleza%20%2C%20coloq%20%3A%20diz,sem%20representar%20amea%C3%A7a%20a%20outrem..> Acesso em: 30 de junho de 2022.

⁵⁶ BOSCATO, Luiz Alberto de Lima. *Vivendo a sociedade alternativa: Raul Seixas no panorama da contracultura jovem*. Tese (Doutorado em História Social). FFLCH/USP. Orientação: Professor Dr. Marcos Antônio da Silva. São Paulo, 2006, p. 80.

Assim como em “Maluco beleza”, em “Metamorfose ambulante” se busca romper os padrões da normalidade, pois é preferível “ser essa metamorfose ambulante/do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo”.

Metamorfose é o título do mais famoso livro do escritor tcheco Franz Kafka, escrito em 1915. Ressalte-se que, enquanto na obra kafkiana, a tragédia relatada é a da terrível metamorfose sofrida pelo personagem Gregor Samsa, a da canção de Raul Seixas é exatamente o contrário, ou seja, quando o indivíduo não estivesse aberto a transformar-se permanentemente:

Quase 60 anos depois Raul Seixas daria um novo sentido ao termo “Metamorfose”. Na poesia simples da música *Metamorfose ambulante* ele reverencia a ideia de romper com padrões sociais, chamados de “aquela velha opinião formada sobre tudo”. Para Raul, a possibilidade de mudar constantemente é libertadora. O músico aponta para uma superação do acirramento político-ideológico que marcou sua época. Guerra fria em um mundo bipolar, e ditadura militar em um Brasil dominado pela censura e repressão, produziram movimentos sociais e culturais, marcados pelo radicalismo. Naquele contexto Raul usou, de forma brilhante, a metáfora da transformação para criticar as opiniões dogmáticas que davam o tom do debate social. Sua metamorfose apontava para a democracia brasileira e para seu direito de exibir suas opiniões sem medo da censura. Enquanto para Kafka a metamorfose é um ato involuntário, para o qual a sociedade de massa conduz o homem, para Raul Seixas ela é condição natural do ser humano, que é capaz de pensar, compreender, criar e ser crítico. Um mesmo conceito, com sentidos opostos. Um conceito que pode ser bom ou ruim, dependendo de como é empregado.⁵⁷

Ao estar aberto para a metamorfose, não será constrangedor “dizer agora o oposto do que eu disse antes”, até mesmo porque “eu nem sei quem sou” e “se hoje eu sou estrela amanhã já se apagou/se hoje eu te odeio amanhã lhe tenho amor”. Evidentemente, este é um caminho longo e tortuoso, que não será atingido rapidamente ou sem esforço. Mas quem tem pressa? Afinal, “é chato chegar a um objetivo num instante”.

Em “Aquela coisa”, canção de 1983 e escrita por Raul Seixas, Cláudio Roberto e Kika Seixas, é abordada, mais uma vez, a temática da necessidade de se estar sempre aberto à mudança. Em seu primeiro verso, a canção declara que o sofrimento ocorre quando não se tem liberdade para se fazer o que se quer: “meu sofrimento é fruto do que me ensinaram a ser/sendo obrigado a fazer tudo mesmo sem querer”.

Tal postura de conformismo viria de uma série de influências que o indivíduo recebe ao longo da trajetória de vida: “quando o passado morreu e você não enterrou/o sofrimento do vazio e da dor”.

Tal carga de informações recebida durante a vida é considerada tão forte no comportamento do indivíduo que o eu lírico da canção afirma preferir seguir a intuição (coração) à razão (cabeça): “Minha cabeça só pensa aquilo que ela aprendeu/por isso

⁵⁷ Texto Música e Trabalho: Raul Seixas canta ‘Metamorfose Ambulante’, retirado do site Força Sindical. Disponível em: <https://fsindical.org.br/forca/musica-e-trabalho-raul-seixas-canta-metamorfose-ambulante/#:~:text=Enquanto%20para%20Kafka%20a%20metamorfose,mesmo%20conceito%2C%20com%20sentidos%20opostos.> Acesso em: 30 jun. 2022.

mesmo, eu não confio nela eu sou mais eu/sim...pra ser feliz e olhar as coisas como elas são/sem permitir da gente uma falsa conclusão/seguir somente a voz do seu coração”.

Assim como em “Maluco beleza” e em “Metamorfose ambulante”, em “Aquela coisa” é apontado um caminho: “É preciso você tentar/mas é preciso você tentar/talvez alguma coisa muito nova possa lhe acontecer”. Ademais, nesta canção, ao se afirmar que “minha cabeça só pensa aquilo que ela aprendeu”, demonstra-se como o processo de abertura a novas ideias deve ser contínuo, e que ter uma mente aberta é “aquela coisa que eu sempre tanto procurei/é o verdadeiro sentido da vida”.

Nessas três canções de Raul Seixas, nas lições de Nise da Silveira e de Graciliano Ramos, há um convite àqueles que lidam com a Administração Pública e com o Direito Administrativo (legisladores, servidores públicos, gestores públicos, controladores, acadêmicos, professores, alunos, etc.): é necessária uma postura mais receptiva à inovação, à experimentação e à criatividade no setor público. Somente dessa forma teremos mais chances de ver o direito ao desenvolvimento concretizado em nosso país.

Referências

BOSCATO, Luiz Alberto de Lima. *Vivendo a sociedade alternativa: Raul Seixas no panorama da contracultura jovem*. Tese (Doutorado em História Social). FFLCH/USP. Orientação: Professor Dr. Marcos Antônio da Silva. São Paulo, 2006.

CANDIDO, Antonio. Prefácio de 1967 de *Raízes do Brasil*. 26. ed. Companhia das Letras, 1995. São Paulo.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa Carvalho. *Raul Seixas e a administração pública: uma abordagem musical dos grandes desafios do Direito Administrativo no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Graciliano Ramos e a administração pública: comentários aos seus relatórios de gestão à luz do Direito Administrativo moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DAMIÃO JÚNIOR, Maddi. Fundamentos do método de Nise da Silveira: clínica, sociedade e criatividade. *Junguiana*, v. 39, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2021, disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-08252021000100007. Acesso em: 01 mar. 2023.

FACIOLI, Valentim. Um homem bruto da terra. In: GARBUGLIO, José Carlos; BOSI, Alfredo; FACIOLI, Valentim. *Graciliano Ramos*. São Paulo: Ática, 1987.

FARIA, Patrícia Aparecida Gonçalves de. *Crônicas de Graciliano Ramos em Cultura Política (1941-1944): estudo crítico*. Dissertação (Mestrado em Letras), Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/113813/000804599.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 fev. 2014.

FERREIRA, Martha Pires (org.). *Senhoras das imagens internas: escritos dispersos de Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Cadernos da Biblioteca Nacional, 2008.

GOUVÊA, Gilda Portugal. *Burocracia e elites burocráticas no Brasil*. São Paulo: Paulicéia, 1994.

GUIMARÃES, Márcia. O inconsciente é um oceano. Entrevista publicada originalmente na revista *Rio Artes*, em junho de 1933. In: MELLO, Luiz Carlos (org.). *Encontros Nise da Silveira*. p. 197.

GULLAR, Ferreira. *Nise da Silveira: uma psiquiatra rebelde*. Rio de Janeiro: Perfis do Rio/Relume Dumará, 1996.

HORTA, Bernardo Carneiro. *Nise, arqueóloga dos mares*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2009.

LEBENSZTAYN, Ieda. *Graciliano Ramos e a Novidade: o astrônomo do inferno e os meninos impossíveis*. São Paulo: ECidade, 2010.

MACEDO, Vera. A importante contribuição da obra de Nise da Silveira para a Psicologia Analítica de Jung. *Junguiana*, São Paulo, v. 39, n. 2, jul./dez. 2021. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-08252021000200004. Acesso em: 28 fev. 2023.

MAGALDI, Felipe. *Mania de liberdade: Nise da Silveira e a humanização da saúde mental no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020, p. 21.

MAIA, Bóris. A institucionalização do concurso público no Brasil: uma análise sócio-histórica, *Revista do Serviço Público (RSP)*, Brasília 72 (3) 663-684 jul/set 2021.

MATOS, Gabriel Visoto de. A inovação como princípio da Administração Pública na reforma administrativa. Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/innova-e-acao/a-inovacao-como-principio-da-administracao-publica-na-reforma-administrativa-13102020>. Acesso em: 01 jul. 2022.

MEDEIROS, Jotabê. *Raul Seixas: não diga que a canção está perdida*. São Paulo: Todavia, 2019.

MERTON, Robert K. Estrutura burocrática e personalidade. In: CAMPOS, Edmundo (org.). *Sociologia da burocracia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MODELLI, Laís. Nise da Silveira: entre a loucura, a rebeldia e a arte. Cult. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/entre-a-loucura-a-rebeldia-e-a-arte/>. Acesso em: 28 fev. 2023.

MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MORAES, Dênis de. *O velho Graça: uma bibliografia de Graciliano Ramos*. 1. ed. rev. e ampl. São Paulo: Boitempo, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na administração pública contemporânea: “destruição criadora” ou “inovação destruidora” do Direito Administrativo?. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/desafios-de-inovacao-na-administracao-publica-contemporanea-destruicao-criadora-ou-inovacao-destruidora-do-direito-administrativo/>. Acesso em: 01 jul. 2022.

ORTEGA, Ricardo Rivero. *La necesaria innovación en las instituciones administrativas: organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, 2012.

POMPEU E SILVA, José Otávio Motta. A arte na terapia ocupacional de Nise da Silveira. In: SILVA, José Otávio Motta Pompeu e (coord.). *Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Fundação Miguel de Cervantes, 2013. (Coleção Memória do Saber).

RAMOS, Graciliano. Auto-retrato aos 56 anos. Disponível em: <http://graciliano.com.br/site/autorretrato/>. Acesso em: 27 jan. 2017.

SILVEIRA, Nise da. Minha vida na Casa da Solidão. Artigo publicado na *Revista Manchete* em 10 de junho de 1967. In: FERREIRA, Martha Pires (org.). *Senhoras das imagens internas: escritos dispersos de Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Cadernos da Biblioteca Nacional, 2008.

SILVEIRA, Nise da. Retrospectiva de um trabalho vivido no Centro Psiquiátrico Pedro II no Rio de Janeiro, publicado nos Anais do XIV Congresso Nacional de Neurologia, Psiquiatria e Higiene Mental, Maceió, 27 out.-01 nov. 1979. In: SILVA, José Otávio Motta Pompeu e (coord.). *Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Fundação Miguel de Cervantes, 2013. (Coleção Memória do Saber).

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. A inovação como fator do desenvolvimento da Administração Pública: três exemplos vindos do passado para orientar o presente e o futuro. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 69-89. ISBN 978-65-5518-581-2.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO CAMPO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1 Democracia e participação

A Constituição Federal qualifica o Brasil como Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB).

O Estado de Direito surgiu em oposição ao Estado de Polícia, com a sujeição do Poder à lei, e a afirmação dos direitos individuais, dos direitos do cidadão, em face desse Poder.

Por sua vez, a democracia é uma forma de associação político-social; sendo que o Estado Democrático está calcado na asseguarção da liberdade e da igualdade, ao que se agrega a dignidade da pessoa humana.

Nela, o poder origina-se do povo: é o *governo do povo*; sendo a soberania popular exercida por representantes eleitos, ou diretamente, nos termos constitucionais. Em ambas as hipóteses, ela é, por si mesma, “participativa”, já que o povo a protagoniza.

A democracia liberal, hegemônica, caracteriza-se pela predominância das liberdades individuais sobre a igualdade social; segundo a noção de que todos os seres humanos “nascem iguais”. É certo, contudo, que sem a garantia de que assim se manterão.

A estabilização da tensão entre democracia e capitalismo se dá pela prioridade conferida à cumulação de capital, em relação à redistribuição social; e pela *limitação da participação cidadã*, tanto individual, quanto coletiva; com o objetivo de não sobrecarregar, por demais, o regime democrático com demandas sociais capazes de pôr em risco a citada prioridade.¹

Já na democracia social, não hegemônica, a igualdade de direitos e oportunidades prevalece sobre os demais propósitos.

¹ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos de democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 59

Passam a ter primazia a inclusão e a participação social; o que sofre rigorosa contestação das elites, as quais buscam explorar as vulnerabilidades dessa participação.

Podemos integralizar a qualificação do Estado Brasileiro, identificando-o como o Estado de Direito, Democrático e Social.

Antes da Constituição de 88, pontuava-se o “esquecimento da democracia administrativa”.²

Mas a vigente Carta tem nítido caráter social, participativo e inclusivo; embora a realidade não seja fiel a essa índole.

No campo estritamente político, a par do sufrágio universal, contempla o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, previstos em seu art. 14.

A democracia manifesta-se, também, nos campos legislativo, judicial e administrativo. É que dizendo respeito à atuação dos Poderes Políticos, é natural que assim o seja. Recorde-se que a CF identificou a Administração Pública como participante da organização do Estado, na condição de *organização político-administrativa do país*, consoante o Título III, Capítulo I, art. 18.

Cite-se a participação de entidades da sociedade civil em *audiências públicas* realizadas por Comissões do Congresso Nacional e de suas Casas (art. 58, §2º, II).

Quanto ao Judiciário, invoquemos a Lei nº 9.868/90, a qual, em matéria de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e de Constitucionalidade, prevê a realização de *audiência pública*, para esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou de notória insuficiência de informações, mediante depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (arts. 9º, §1º, e 20, §1º). Veja-se, ainda, o disposto nos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do RISTF; arts. 983, §1º, e 1.038, II, do CPC. O *amicus curiae* está contemplado no art. 138 e parágrafos, do Código.

No âmbito do Executivo, a própria Carta Magna, em seu art. 37, §3º, estatui que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta”.

Outros dispositivos: art. 10 (participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos, quanto a interesses profissionais ou previdenciários); art. 14, §12 (consultas populares sobre questões locais, realizadas concomitantemente com as eleições municipais); art. 193 (participação da sociedade nas políticas sociais); art. 194 (gestão quadripartite, com participação de trabalhadores, empregadores, aposentados, na administração da seguridade social); art. 198 (participação da comunidade no Sistema Único de Saúde); art. 204, II (participação da população nas ações governamentais na área da Assistência Social); art. 206, VI (gestão democrática do ensino público); art. 216-A, §1º, X (participação e controle social no Sistema Nacional de Cultura, para democratização dos processos); ADCT, art. 79, parágrafo único (participação de representantes da sociedade civil no Conselho Consultivo e de Acompanhamento no Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza).

² MEDAUAR Odete. Administração Pública ainda sem democracia. *Revista Problemas Brasileiros*, São Paulo, n. 256, p. 38.

2 Participação na Administração Pública

2.1 Conceito de participação

A *participação administrativa*, como expressão da *democracia participativa*, é aquela que se dá na realização da função executiva.

Quando se alude a “participação na administração pública”, há de se grifar o significado do termo, “participação”.

“Participar” comporta dois sentidos. Pode significar “tomar” parte; ou, especificamente, “ser” parte.

Juridicamente, “ser parte” é estar como titular em um dos polos de uma relação de direito. Já “tomar parte” corresponde à intervenção de um terceiro, que se insere em um determinado espaço jurídico, por ter interesse no que nele se passa.

Vários são os *princípios* que informam a pertinência da participação do administrado; dentre eles o da *boa administração*; da *lealdade*, *eficiência*, *economicidade*, *publicidade*, *transparência*, *legitimidade da atuação administrativa*.

Ainda aqui, cabe uma referência ao *princípio da prevenção de litígios*, prudente concepção que recomenda esgotar-se todo o conjunto de meios com o propósito de se evitarem os inúmeros inconvenientes de eventuais conflitos e demandas. As formas de participação concorrem, positivamente, para que as fontes de litígios sejam pré-identificadas e as possíveis soluções, equacionadas e adiantadas.

O *princípio da motivação*, que exige a enunciação expressa, ou tácita, das razões de fato e de direito que autorizam ou determinam a prática de um ato jurídico-administrativo, também é atendido, ao se tornarem explícitas as razões de decidir do órgão administrativo.

Marçal Justen Filho³ assinala, a propósito da regra do art. 21 da Lei nº 14.133/21, na qual se contemplam a *audiência* e a *consulta públicas*, que “o dispositivo confirma a concepção adotada pela Lei, no sentido de que a ampla publicidade é instrumento útil no controle da legalidade e da conveniência das licitações e contratações administrativas. Isso, no tocante à concepção e ao controle de licitações”.

Em lúcido trabalho, como é de seu habitual, Carlos Ayres Britto desenvolve estudo sobre a “Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular”.⁴

Quanto ao primeiro, “quando nasce de fora para dentro do Estado é, naturalmente, exercida por particulares ou por instituições da sociedade civil”.

Caracteriza o *controle social* como objeto de *um direito público subjetivo*, seja do *indivíduo*, enquanto *particular*, seja do *cidadão*; na condição, já agora, de membro da *polis*.

Exemplifica a primeira situação, com o direito de percepção de informações; assim como todas as hipóteses de direito a reclamar, denunciar, representar.

O objetivo do particular, diz Ayres Britto, é “penetrar na intimidade das repartições públicas para reconstruir fatos ou apurar responsabilidades”.

Identifica, ele, “participação popular”, como “expressões do poder político”, elementos da “democracia direta”, da “democracia participativa”, como forma de participação individual ou coletiva, com os órgãos e entidades da Administração Pública.

³ *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 371.

⁴ *RDA*, n. 189, p. 114-122.

O autor lembra o dispositivo do art. 204, II, da CF. Nessa, a *participação* está em *sentido lato*, a abranger aquela *stricto sensu* e o controle.⁵

2.2 Interessados

Seja como “parte”, seja como “interveniente”, faz-se necessário, para a presença da pessoa, física ou jurídica, no processo ou no procedimento administrativo, que haja o *interesse*.

Surge, daí, a noção de “legitimidade”, “legitimidade de agir”. É preciso que a pessoa esteja habilitada, seja idônea, para deflagrar e movimentar o curso processual ou procedimental, como *parte*; ou nele interferir, como *interveniente*.

Costuma a legislação legitimar, quer na esfera judicial, quer na administrativa, aquilo que rotula de “interessado”; como é o caso, no processo civil, da jurisdição voluntária, com referência ao promovente do procedimento (art. 719 do CPC), e àqueles que são chamados ao mesmo (art. 721).

Ressalva-se que, no processo judicial, o vocábulo, “interesse”, tem também outra acepção: o “interesse-utilidade”, rotulando o *interesse de agir*, ou seja, o *proveito* que a decisão traria para a *parte* ou *interveniente*.⁶ Corresponde à necessidade de se obter, do órgão público, sua manifestação, quanto ao interesse material posto à sua apreciação.

A legitimidade pode ser *ampla, popular*, no sentido em que é usada na designação *ação popular*. Ela é identificável quando a lei usa expressões como “qualquer pessoa”, “qualquer um do povo”; ou mesmo quando não estabelece, expressamente, nenhum requisito específico legitimante.

O art. 164 da Lei de Licitações, por exemplo, confere legitimidade ampla para impugnação do Edital de Licitação ou para solicitar esclarecimento sobre seus termos.⁷

Já a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 29.01.99), em seu Capítulo V, “Dos Interessados”, elenca aqueles que, nessa condição, têm legitimidade para atuar no processo administrativo federal; tanto como iniciantes do mesmo (art. 5º), por serem “titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação” (inciso I), além das pessoas jurídicas, no tocante a direitos ou interesses coletivos ou difusos (incisos III e IV); quanto como intervenientes, por, “sem terem iniciado o processo, têm direitos e interesses que possam ser afetados pela decisão adotada” (inciso II).

Prevê, ainda, quando se cuidar de matéria de assunto de natureza geral, a eventual realização de “consulta pública”; isso, para “manifestação de terceiros” (art. 31). Ressalva, porém (§2º), que o comparecimento à mesma, “não confere, por si, a condição

⁵ “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...) II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

⁶ CPC, art. 3º: *para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade*.

⁷ “Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame. Parágrafo único. A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.”

de interessado do processo”, mas atribui “o direito de obter da Administração, resposta fundamentada”.

A conhecida Lei espanhola nº 30/1992 (regime jurídico das administrações públicas e do procedimento administrativo comum) conceitua, em seu art. 31, a figura do *interessado*; a abrigar os que promovem o procedimento administrativo como titulares de direitos ou interesses legítimos, individuais ou coletivos; aqueles que, sem haver iniciado o procedimento, tenham direito ou interesses legítimos, individuais ou coletivos, que possam ser afetados pela resolução administrativa; e as associações e organizações representativas de interesses legítimos econômicos e sociais.

Pontes de Miranda preleciona que “o mundo dos interesses é mais largo do que o mundo dos direitos e deveres”. “Na distribuição dos bens da vida: incluindo-se neles o próprio viver, a liberdade e os direitos fundamentais e os políticos, bem como a honra e a incolumidade individual, a vocação, os prazeres, as repulsas, grande parte dos direitos se conserva insubjetivada, constituindo campo do direito objetivo puro, e outra parte subjetiva-se, mercê daquele ‘plus’ a que antes nos referimos. A linha divisória varia com os lugares e com o tempo”⁸.

Daí a distinção entre “interesse simples”, “interesse legítimo” e “direito subjetivo”.

O *primeiro* pode consistir num interesse coletivo ou público, cuja satisfação não é passível de ser exigida mediante o exercício de pretensão; não conferindo meios, ao administrado, para obrigar a Administração a atendê-lo, nem os interesses individuais dele decorrentes. Exemplo clássico é o dos interesses afirmados por preceitos programáticos.

Existe, outrossim, o *interesse privado simples*: aquele que não tem qualificação jurídica; e, assim, sem exigibilidade e efetividade.

O *interesse legítimo* é um interesse individual, estreitamente conexo com o interesse público; sendo aquele primeiro exigível por pretensão e, assim, protegido pelo ordenamento jurídico, mas apenas por meio da tutela jurídica do último. Podemos exemplificar com o interesse do candidato em concurso público, o qual foi prejudicado por uma transgressão do regulamento da competição; daquele que é atingido por ato de autoridade incompetente.

Citando Zanobini, assim definiram Guido Landi e Giuseppe Potenza:⁹ “L’interesse legittimo è un interesse individuale strettamente connesso con un interesse pubblico, e protetto dall’ordinamento giuridico soltanto attraverso la tutela giuridica di quest’ultimo”.

No *interesse legítimo* avulta a finalidade da atuação da lei, de realização do Direito Objetivo.

Quanto ao *direito subjetivo*, este é o interesse individualizado, diretamente tutelado pela norma jurídica, numa relação de particularidade entre sujeito e objeto do direito. É o interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico como próprio de seu titular, e como tal, protegido de modo direto e imediato. É vetusta a definição de *direito subjetivo* como “o interesse juridicamente protegido”.

Igualmente relevante é a distinção entre *interesse público*, *interesse social* e *interesse privado*.

⁸ PONTES DE MIRANDA, *Coms. ao CPC*, Rio, Forense, 1974, I: 121.

⁹ *Manuale di Diritto Amministrativo*. 9. ed. Milão: Giuffrè, 1990, p. 176.

Existe um conceito indeterminado de *interesse público*, que é aquele quanto ao qual se debate o *princípio da supremacia* dele sobre o *interesse privado*. É o chamado *interesse público primário*. Está ligado à prática do ato administrativo, especialmente quanto aos elementos do *objeto* e da *finalidade*.

Aqui nos interessa o sentido pelo qual o *interesse público* é aquele que diz respeito às situações jurídicas, no âmbito do *ius publicum*.

São titulares, dos interesses da espécie, o povo, a sociedade político-juridicamente organizada, considerada como elemento componente do Estado; assim como os membros da associação estatal, nessa condição; cidadãos, eleitores, jurisdicionados, *administrados*.

Vinculam-se à asseguarção de *valores constitucionais*, de *ordem política*, como a independência nacional, a soberania externa, a união federativa, e a autonomia de seus integrantes; a república, a democracia, os *princípios da Administração Pública*; a defesa da paz e o repúdio ao terrorismo; os *direitos humanos fundamentais, individuais, coletivos e políticos*; a soberania popular, o Estado de Direito, sua responsabilidade; a separação de Poderes; a cidadania; o pluralismo político; o acesso à Justiça.

Os *interesses públicos* são objeto, para sua concretização, de *velamento*, de defesa pelo povo, diretamente, seja por seus membros, individualmente, por meio, *v.g.*, da ação popular (CF, art. 5º, LXXII; Lei nº 4.717, de 29.06.65); ou coletivamente, mediante o ajuizamento de ação civil pública (CF, art. 129, II e III, e §1º; Lei nº 7.147, de 24.06.85), proponível por entidades da sociedade civil, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e também por entes governamentais. Citem-se, também, a ação direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade, com legitimidade múltipla (CF, arts. 102, I, e 103, e §§); e as comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, e §§).

Da parte do Estado, temos um *interesse público* em *sentido estrito*, nos chamados *interesses públicos secundários*.

Efetivamente, coloca-se a distinção entre o já referido *interesse público primário*, ou seja, *materialmente público*, público em essência; e o *secundário*, isto é, *subjetivamente público*, mas de *natureza privada*, eis que do Estado enquanto pessoa jurídica. A *diferenciação* radica-se, historicamente, na discriminação entre o *Estado* e o *Fisco*.

Os *interesses sociais* são aqueles que têm pertinência com o *ius sociale*, que busca a minimização das diferenças existentes no seio da sociedade.

São seus titulares os integrantes dessa, nas comunidades, nos espaços sociais; na sociedade civil como um todo; nos grupos, categorias e segmentos sociais específicos.

Correspondem, esses interesses, a alguns dos *valores constitucionalmente qualificados como supremos*, como a construção e manutenção de uma sociedade justa e solidária; a harmonia, os direitos e a justiça sociais; o bem-estar, o desenvolvimento nacional; o primado do trabalho, a livre iniciativa; a superação da pobreza, da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais; o repúdio ao racismo e a qualquer forma de preconceito; a clausulação da propriedade com função social; a defesa do consumidor, do meio ambiente; o combate ao abuso do poder econômico, ao aumento arbitrário dos lucros, à dominação dos mercados; a segurança e a seguridade; a efetivação dos princípios da comunicação social; os direitos da criança, do adolescente, do idoso, dos índios, das pessoas portadoras de deficiência.

Os *interesses*, incluindo os *direitos, sociais* podem ser: (a) *difusos (comuns de todos)*, definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, I), como os “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, e ligadas por

circunstâncias de fato”, e (b) *coletivos*, “os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (inciso II).

Igualmente são tidos com conotação social os *interesses* ou *direitos individuais homogêneos*, definidos, pelo CDC (art. 81, p. único, III), como “os decorrentes de origem comum”; e os *direitos individuais indisponíveis* (CF, art. 127).

Os *interesses sociais*, os *individuais homogêneos* e os *indisponíveis* são passíveis de defesa coletiva (CDC, art. 81, e p. único), pelo Ministério Público; pela Defensoria Pública e por entidades, governamentais e privadas (CF, arts. 127; e 129, II, III e V).

O *interesse privado* é aquele que, sendo individual, situa-se no âmbito da *ordem privada*; e não, da *ordem pública*, da *ordem política*, ou da *ordem social*. É o *interesse privatístico*.

2.3 Espécies de participação

Várias são as modalidades de interação *sociedade-administração pública*.

A denominação “*administração pública*” engloba um sentido *subjetivo* e outro, *objetivo*.

O primeiro tem pertinência com o conjunto de órgãos e organismos administrativos que integram o Poder Público.

O último diz respeito à função executiva, no que toca à atividade desse conjunto orgânico.

Como toda função estatal, a de natureza administrativa – ou seja, a administração pública em sentido objetivo – desenvolve-se por meio de processos e procedimentos. E a participação social, renove-se, consiste em um *tomar parte*, ou em um *ser parte*.

Na hipótese de *participação orgânica* – aquela que se dá, quando os administrados participam de órgãos públicos –, como naquela da OAB, no processo concursal no Judiciário, a instituição, por meio de seu representante, é *parte*. Exemplo expressivo é o do art. 194, VII, da Constituição Federal.

Diversificadas são as formas de atuação participativa; cada uma com sua identidade jurídica, sua natureza de direito.

Tem-se a *participação vinculante* e a *não vinculativa*; a *decisória* (cogestão); a *consultiva*.

É interessante lembrar o teor do Decreto nº 8.243, de 23.05.2014, editado no Governo Dilma Rousseff, diploma normativo já revogado, e que instituiu a “Política Nacional de Participação Popular”, com o objetivo de fortalecer e articular mecanismos e instâncias democráticas de diálogo e atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil; na formulação, execução, monitoramento e avaliação de programas de políticas públicas; e no melhoramento da gestão pública.

Dentre esses mecanismos e instâncias, previam-se as *Comissões de Políticas Públicas*, as *Mesas de Diálogo*, os *Ambientes Virtuais de Participação Social*, as *Audiências* e as *Consultas Públicas*.

Saliente-se que, dentre as diretrizes gerais do Plano, figurava a do “reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia”; sendo seus mecanismos e instâncias expressões da “democracia representativa, participativa e direta”.¹⁰

¹⁰ Foram elencadas como diretrizes das audiências públicas: “I – divulgação ampla e prévia do documento convocatório, especificado seu objeto, metodologia e o momento de realização; II – livre acesso aos sujeitos afetados e interessados; III – sistematização das contribuições recebidas; IV – publicidade, com ampla divulgação de seus

O Decreto nº 8.243/2014 foi revogado pelo de nº 9.759/2019. A Exposição de Motivos do Chefe da Casa Civil exprobrou o primeiro.¹¹

O Estatuto das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/16), em seu art. 31, §§4º e 5º, contempla figura interessante: a manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos.¹²

Instituto significativo é o *orçamento participativo*, implantado em 1989, no Município de Porto Alegre. E considerado pela ONU como uma das 40 melhoras práticas de gestão pública urbana no mundo. Por seu turno, o Banco Mundial reconhece esse processo de participação popular como exemplo bem sucedido de ação comum entre Governo e sociedade civil.

Envolve *Ciclo*, que é composto de reuniões preparatórias, Rodada Única de Assembleias Regionais e Territoriais, e Assembleia Municipal.

2.4 Audiência e consulta públicas

A *audiência pública* era conceituada, pelo decreto revogado, como “mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais”.

Já a *consulta pública* foi definida como “mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação”.

Verifica-se que bastava o *interesse simples*.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³ concorda com Gustavo Henrique Justino de Oliveira,¹⁴ que “vislumbrou nas audiências públicas um “duplo papel informativo”: de um lado, propiciando a obtenção de dados por parte do público e, de outro, levando a Administração a ter acesso a um mais amplo conhecimento acerca da situação, especialmente dos interesses simples e dos protegidos nela envolvidos, o que sempre

resultados, e a disponibilização do conteúdo dos debates; e V – compromisso de resposta às propostas recebidas. As das consultas públicas eram: “I – divulgação ampla e prévia do documento convocatório, especificando seu objeto, metodologia e o momento de realização; II – disponibilização prévia e em tempo hábil dos documentos que serão objeto da consulta em linguagem simples e objetiva, e dos estudos e do material técnico utilizado como fundamento para a proposta colocada em consulta pública e a análise de impacto regulatório, quando houver; III – utilização da internet e de tecnologias de comunicação e informação; IV – sistematização das contribuições recebidas; V – publicidade de seus resultados; e VI – compromisso de resposta às propostas recebidas”.

¹¹ “Esse ato, utilizando linguagem deliberadamente imprecisa visa estimular a criação e o fortalecimento de colegiados integrados por grupos políticos específicos para se contrapor ao poder das autoridades eleitas tanto para o Executivo quanto para o Legislativo. Verdadeiramente, uma aberração cuja revogação é urgente. Não foi sem motivo que o Decreto tornou-se popularmente conhecido como ‘Decreto Bolivariano’”.

¹² “§4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas. §5º Na hipótese a que se refere o §4º, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 80.”

¹³ Audiências Públicas, RDA, 210, p. 11 a 23.

¹⁴ *As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro*. I Congresso de Direito Administrativo Sul-Americano, Foz do Iguaçu, 1997.

possibilita uma atuação vestibular concorrente para consolidar a proteção devida aos direitos individuais e metaindividuais identificados”.

Ressalta, ainda, que, dentre os institutos de participação administrativa, destacam-se as *audiências públicas*, cuja institucionalização vincula-se ao *devido processo legal*, “partindo-se da necessária existência de um direito individual que qualquer pessoa tem de ser ouvida em matéria em que esteja em jogo seu interesse, seja concreto seja abstrato (*right to a fair hearing*)”.

Várias são as leis que contemplam a realização de *audiências e consultas públicas*.

Dentre as de âmbito geral, indique-se a LINDB, em seu art. 26.¹⁵

O dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 9.830, de 10.06.19, art. 10 (celebração de compromisso com os interessados após realização de consulta pública, objetivando eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público).

A citada Lei do Processo Administrativo Federal dispõe, em seu art. 31, que, “quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada”.

O art. 32 complementa, estatuinto que, “antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”.¹⁶

Indique-se, ainda, a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre “as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”; e que prevê, em seu art. 19-R, a realização de *audiência pública*, se a relevância da matéria justificar o evento, antes da tomada de decisão sobre a incorporação, a exclusão e a alteração, pelo SUS, de novos medicamentos, produtos e procedimentos.

A Lei nº 10.257, de 10.07.2001, ao estabelecer diretrizes gerais da *Política Urbana*, dispõe que, no processo de elaboração no *Plano Diretor*, e sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão a promoção de *audiência pública e debates*, com a participação da população e de associações representativas de vários segmentos da sociedade.

Em sede de defesa do *meio ambiente*, aponta-se a Resolução CONAMA nº 1, de 23.01.86, que dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de *impacto ambiental*; e cujo art. 11, §2º, do RIMA, o órgão estadual competente, o Município ou o IBAMA, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de *audiência pública*, para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais, assim como discussão do RIMA.

Fixemos exemplos do Direito estrangeiro.

¹⁵ “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).”

¹⁶ A Lei ainda estatui: “Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de *participação* de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas. Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de *participação* de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”.

Além da lei espanhola, antes referida, lembre-se a *Lei de Participação Popular da Bolívia*; assim como o *Código de Procedimento Administrativo português* (Decreto-Lei nº 4/2015), que prevê (arts. 4º, 77 e 78) a realização de *conferências procedimentais*, as quais se destinam *ao exercício em comum ou conjugada das competências de diversos órgãos da Administração Pública, no sentido de promover a eficiência, a economicidade e a celeridade da atividade administrativa*.

3 No campo específico das licitações e contratações públicas

Nessa área, encontramos diversos diplomas legais que preveem as figuras da *audiência* e da *consulta públicas*, como instrumentos para boa concepção e desenvolvimento das licitações. Indiquem-se: (a) *concessão de parceria público-privada*: Lei nº 11.079, de 30.12.04 (art. 10, VI) – a abertura do processo licitatório é condicionada à submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública,¹⁷ tratando-se, pois, de requisito de validade do processo licitatório; e (b) *saneamento básico*: Lei nº 11.445, de 05.01.07 (art. 11, IV) – condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.¹⁸

No campo da normatividade geral sobre licitações e contratos, diferentemente do que dispunha a Lei nº 8.666, de 21.06.93, art. 39,¹⁹ a Lei nº 14.133, de 1º.04.2021, art. 21,²⁰ não faz obrigatória a realização de *audiência pública* para início de processo licitatório, de qualquer valor que seja.

Confere à Administração o poder de convocar audiência, presencial ou à distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, destacando a possibilidade de manifestação de “todos os interessados”.

¹⁷ O texto do dispositivo é o seguinte: “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: (...) VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital”

¹⁸ “Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: (...) IV – a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato”.

¹⁹ “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma *audiência pública* concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados. Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

²⁰ “Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou à distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados. Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado”.

O parágrafo único do mesmo art. 21 também atribui à Administração o poder de submeter a licitação a prévia *consulta pública*; para tanto, fornecendo elementos a *todos os interessados*, a fim de que possam formular sugestões em prazo fixado.

Negrita Sidney Bittencourt²¹ que “no campo das licitações, a regra registra o ápice da participação popular proporcionando maior transparência, dado que permite o debate sobre a pretendida contratação por quaisquer interessados, bem como o acompanhamento do certame desde o seu nascedouro”.

A licitação é um processo administrativo (v. art. 37, XXI, da CF), porquanto se forma uma relação jurídica, cujas partes são o *licitador* e os *licitantes*.

Em verdade, deflagrado o processo licitatório, seu promovente vai, sucessivamente, prendendo-se a uma série de vínculos jurídicos; primeiro, aos licitantes; e, depois, ao adjudicatário e ao contratado. Por seu turno, os licitantes têm o direito a obter o desenvolvimento sequencial das várias fases procedimentais; e, superada uma a uma, lograr o julgamento final da competição.

Ressalvem-se os poderes administrativos de *anulação* e *revogação* (art. 71, III, e §§1º e 3º).

Com o início da licitação, gera-se relacionamento jurídico, que, progressivamente, vai transcorrendo em sucessivas e consequentes etapas; tendo, seu promotor, a obrigação de, a final, decidir, o que corresponde ao direito, de cada licitante, de obter uma solução processual. A Lei nº 9.784/99, sobre processo administrativo, no âmbito da administração federal, é expressa quanto a que essa “tem o dever – ‘rectius’, a obrigação – de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos”. Em caso de *omissão*, o interessado tem pretensão, para exigir o atendimento de seu direito.

Os chamados *interessados*, que atuam no espaço da *audiência* e da *consulta públicas*, agem em um “procedimento administrativo”, fora desse processo; sendo, em relação a este, *terceiros*. Destarte, eles não se inserem, não intervêm no processo licitatório.

Aliás, não obstante preceituar o art. 17, I, da Lei nº 14.133/21, que o processo de licitação deverá observar várias fases em sequência, a primeira das quais, a *preparatória*, esse segmento procedimental, na realidade, não integra o processo, consistindo na chamada “fase interna”. Se é ela *preparatória*, a mesma aparelha antecipadamente²² o processo, que se inicia com a divulgação do edital (art. 37, II).²³

As *audiências* e *consultas públicas*, previstas pela Lei de Licitações, não são obrigatórias, nem vinculativas, nem, tampouco, decisórias.

Lucia Valle Figueiredo²⁴ giza que, mesmo não vinculante, a realização da audiência pública traz relevante consequência: inverte-se, em termos de controle, o *ônus da prova*. É que a administração fica compelida a provar que sua decisão, não obstante questionada, foi bem tomada.

²¹ BITTENCOURT Sidney. *Nova Lei de Licitações passo a passo*. Belo Horizonte: Fórum. 2022, p. 242.

²² HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Compare com o CPC de 1973: “Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente. Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.

²³ V. OLIVEIRA Rafael Sérgio Lima De. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

²⁴ Instrumentos da Administração Consensual. A audiência pública e sua finalidade, *RDA*, 230, p. 237-250.

O que se discute é se a *facultatividade* se subsume no *poder discricionário* do órgão público ou, dependendo do caso concreto, se legitimaria a exigência de sua realização; valendo-se do controle da *legitimidade* do uso daquele poder.

Marçal Justen Filho²⁵ acentua: “A inexistência em casos relevantes – a inexistência de realização de audiência ou consulta em situações relevantes pode configurar vício, cujo reconhecimento far-se-á em vista do caso concreto. Cabe realizar um controle de validade da decisão administrativa em vista de normas constitucionais e da relevância da decisão a ser adotada”.

Em verdade, em matéria de *higidez* da atuação administrativa, podemos nos valer da figura dos *três círculos concêntricos*: (a) o *mais interior*, que é o espaço do *poder discricionário*, da *discricionariedade*, da auto-orientação axiológica, formando o *mérito* dos atos administrativos; (b) o *exterior*, que é o da *legalidade*, campo do *poder vinculado* à lei; e (c) o *intermediário*, que é o da *legitimidade*, que envolve os aspectos de *eficiência*, *eficácia*, *conveniência*, *oportunidade*, *economicidade*, *técnica*, e outros, da atuação administrativa.

A aferição da *legitimidade* da decisão sobre a realização, ou não, da consulta ou da audiência, deve orientar-se pela consonância, ou dissonância, com a principiologia administrativa; o que se coloca, quando a relevância política, econômica, social, ambiental, exige a convocação da sociedade para participar.

Dentre os princípios informadores da *legitimidade*, situam-se, também, os da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

O *razoável*, ao lado do racional, do lógico, é, igualmente, aquilo que responde a aspirações como a utilidade, o bom senso, sem desprezar as contingências do caso concreto. O controle nunca é do *mais ou do menos* razoável, pois que, senão, estaríamos invadindo a área do *mérito* do ato administrativo. E sim do *desarrazoado*, do inadmissível em uma comunidade, num momento dado.

A *proporcionalidade* envolve o balanceamento entre os meios e os fins, a menor onerosidade, a atuação pública com moderação.

Subprincípios cognatos são os da pertinência (*adequação dos meios aos fins*); da necessidade (*indispensabilidade da medida tomada para alcançar a finalidade desejada*); da proporcionalidade estrita (*o objeto do ato não deve ser de um rigor excessivo*).

A própria CF, em seu art. 70, consagra a distinção entre *legalidade* – e o respectivo controle – e a *legitimidade*, destacando, ainda, a *economicidade*. O art. 74, II, determina a existência de sistema de controle interno, “com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar eficácia e eficiência”.

Como são raros os atos administrativos totalmente *vinculados*, existe sempre uma área meritória, aferível quanto à *legalidade* e à *legitimidade*.

Problema de *legalidade estrita* é o *mau uso* do *poder vinculado*, em testilha, portanto, com o preestabelecido em lei, e em contrariedade às regras de competência, forma, objeto e quanto aos motivos e à finalidade do ato praticado. Caracteriza-se o abuso, o excesso, o desvio de poder, com acarretamento da *invalidade* do ato, assim como causador, se lesivo, da obrigação do correspondente ressarcimento.

²⁵ *Op. cit.*, p. 372.

Por seu turno, o *mau uso* do *poder discricionário*, é juridicamente apreciado, seja se houver vício de *legalidade* (invalidade, ilicitude), seja vício de *mérito*, de *legitimidade* (contrariedade aos parâmetros antes referidos)²⁶.

Destarte, além da *legalidade estrita*, que envolve a aferição da existência, ou não, de incompetência, de vício de forma, de ilicitude do objeto, de inexistência fática e jurídica dos motivos, de desvio de finalidade; de improbidade; de irregularidade do exercício dos poderes, coloca-se a *legitimidade*, que permite o controle da referida *discricionariedade*, traduzida pela valoração ou ponderação dos motivos, pelos *standards* ou padrões jurídicos; pelos princípios normatizados; pelo emprego, em regras jurídicas, de substantivos, adjetivos e advérbios, limitativos do poder discricionário.

É inadmissível, outrossim, o “cumprimento meramente litúrgico da formalidade”, como acentua Justen Filho.²⁷

Proferida decisão quanto à realização da audiência ou consulta, os aspectos formais do procedimento deverão ser rigorosamente cumpridos.

Relevante é a fidelidade, completude e regularidade das atas das audiências e relatórios das consultas públicas.

As ocorrências devem ser devidamente documentadas; vedada a desnaturação das controvérsias por meio de descrição insuficiente ou inadequada dos fatos ocorridos; assegurado o direito do *interessado* de discordância do registrado ou relatado.

A infração às determinações legais quanto às *audiências* e *consultas públicas* acarreta a *invalidade* da atividade administrativa. Pode haver, no entanto, a consolidação das situações jurídicas, se o procedimento evoluir sem a pronúncia da defeituosidade. O desfazimento em momentos ulteriores pressupõe uma avaliação sobre os danos envolvidos (arts. 71, II, §1º, e 147, e parágrafo único, da Lei de Licitações).

Quanto à condição de *interessado*, a lei não impõe qualquer requisito específico para a aferição da legitimidade para participação, basta, portanto, o *interesse simples*.

Lembre-se que o revogado Decreto nº 8.243/2014 tinha a “participação social” como “direito do cidadão”; sendo certo que uma parte da doutrina identifica um *direito coletivo à participação*.

Comentando o dispositivo do art. 21 da Lei de Licitações, Tatiana Camarão²⁸ ressalta o aspecto de que tem pertinência com o inter-relacionamento do Poder Público com o mercado fornecedor; no propósito de atenuar a assimetria de informação; a qual impacta diretamente as relações negociais públicas por meio dos princípios da transparência e da informação plena.²⁹

²⁶ Invoquemos a lição de Francisco Campos (*Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 34/35): “A ação administrativa discricionária é limitada externa e internamente. Externamente o seu limite consiste na ordem jurídica em cujo quadro se desenvolve a atividade administrativa e, particularmente, na existência de interesses juridicamente protegidos, ou de direitos subjetivos dos administrados. Além desses limites externos, a ação discricionária encontra limites interiores que consistem, precisamente, no fato de que os conceitos indeterminados em que se funda o juízo discricionário dispõem, ainda que imprecisos, de um limite superior e de um limite inferior. Por maior que seja a liberdade de apreciação, própria do juízo discricionário, é sempre possível mostrar-se claramente que a conclusão excede um dos limites”.

²⁷ *Op. cit.* p. 372.

²⁸ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, I, p. 307.

²⁹ “De acordo com MARCOS AUGUSTO PEREZ, a consulta pública consiste em procedimento de divulgação prévia de atos (de interesse geral), visando a que, no prazo determinado pela Administração (no caso analisado, no mínimo de 10 dias), todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento

E cita Young Cho Tae,³⁰ que menciona beatriz zancaner costa, para destacar que “o princípio do ‘full disclosure’ visa corrigir a assimetria da informação, ou seja, o fato de participantes do mercado terem níveis diferentes de informação. A falta de informação do mercado ou a diferença de informação entre seus agentes é prejudicial para todas as partes. Para os agentes, porque estes não conseguem distinguir o bom do mau produto e, portanto, não estão dispostos a pagar um valor superior por um produto melhor. Para o mercado, porque este não consegue ser remunerado pelo diferencial do melhor produto que desenvolveu, e, como consequência, passará a produzir produtos de menor qualidade, para diminuir os custos, oferecendo o mesmo produto que os demais competidores”.³¹

Referências

- BITTENCOURT Sidney. *Nova Lei de Licitações passo a passo*. Belo Horizonte: Fórum. 2022.
- CAMARÃO Tatiana. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Belo Horizonte: Fórum, 2022, I: 307.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 34/35.
- FIGUEIREDO Lucia Valle. Instrumentos da Administração Consensual. A audiência pública e sua finalidade. *RDA*, 230, p. 237-250.
- HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- JUSTEN FILHO Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei nº 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 372.
- MEDAUAR Odete. Administração Pública ainda sem democracia. *Revista Problemas Brasileiros*, São Paulo, n. 256, p. 38, 1986.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas, *RDA*, 210:11 a 23.
- OLIVEIRA Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. I Congresso de Direito Administrativo Sul-Americano, Foz do Iguaçu, 1997
- OLIVEIRA Rafael Sérgio Lima De. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 229.
- PEREZ Marcos Augusto. *A Administração Pública democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168 e 178.
- SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos de democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 59.

ou peçam informações e resolvam dúvidas a seu respeito. A Administração tem o dever de documentar todas as consultas e respondê-las publicamente, antes de tomar sua decisão final, de modo a instruir e fundamentar o processo decisório. Já a audiência pública é o instituto de participação popular na Administração Pública, de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inserido na fase instrutória do processo decisório, consistente na realização de uma sessão pública aberta a todos os interessados e voltada ao esclarecimento e a discussão de todos os aspectos e problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa” (PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168 e 178).

³⁰ *Governança Corporativa: abordagem jurídica da experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 130.

³¹ “I Jornada de Direito Administrativo. Enunciado 29: A Administração Pública pode promover comunicações formais com potenciais interessados durante a fase de planejamento das contratações públicas para a obtenção de informações técnicas e comerciais relevantes à definição do objeto e elaboração do projeto básico ou termo de referência, sendo que este diálogo público-privado deve ser registrado no processo administrativo e não impede o particular colaborador de participar em eventual licitação pública, ou mesmo de celebrar o respectivo contrato, tampouco lhe confere a autoria do projeto básico ou termo de referência”.

TAE Young Cho. *Governança Corporativa: abordagem jurídica da experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 130.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA, Sergio de Andréa. Algumas considerações sobre a participação social no campo administrativo. Licitações e contratações públicas. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 91-105. ISBN 978-65-5518-581-2.

A CEGUEIRA DELIBERADA COMO CAUSA CONFIGURADORA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: INDAGAÇÕES PRELIMINARES¹

ROGÉRIO GESTA LEAL

1 Notas introdutórias

O objetivo geral deste trabalho é avaliar as condições e possibilidades de conferir maior efetividade à responsabilidade por atos de improbidade administrativa no Brasil, nomeadamente em face da nova legislação que regula a matéria.

Para tanto, o problema que pretendemos indagar neste texto é da adequação, ou não, do instituto da cegueira deliberada, muito utilizada no âmbito do Direito Penal, para caracterizar determinados atos de improbidade administrativa.

Em face disso, nossa hipótese é a de ser possível reconhecer comportamentos de agentes que evitam conhecer elementos configuradores da ilicitude de suas ações ímprobas como cegueira deliberada capaz de responsabilizá-los nos termos da lei de regência dessa matéria.

Elegemos desenvolver este texto a partir dos seguintes objetivos específicos: (i) identificar os aspectos histórico-conceituais da cegueira deliberada; (ii) verificar como está se constituindo o debate sobre a cegueira deliberada no Brasil; (iii) propor a utilização do instituto da cegueira deliberada como conformadora de determinados atos de improbidade administrativa, associando-a à modalidade de dolo.

Pretendemos utilizar na pesquisa o método dedutivo, testando nossas hipóteses com os fundamentos gerais a serem declinados. Utilizaremos para tanto técnica de pesquisa com documentação indireta, nomeadamente bibliográfica.

¹ Artigo preparado para a intervenção no XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado nos dias 26 a 28, em São Paulo, no painel *Retroatividade e irretroatividade das novas regras na Lei de Improbidade Administrativa*, realizada no dia 27.10.2022, sala 2, das 11h às 12h30m.

2 Aspectos histórico-conceituais da cegueira deliberada

O tema da cegueira deliberada, enquanto comportamento humano voltado à evitação consciente do conhecimento da lei – do certo e errado –, encontra-se presente em debates muito antigos, desde a filosofia grega, passando pela civilização romana e chegando até os dias de hoje.²

A literatura especializada tem referido que o conceito de ignorância deliberada é compreendido de múltiplas formas, tais como: evitação consciente; propósito consciente de evitar aprender a verdade; escolher deliberadamente não aprender, propositalmente abstendo-se de toda investigação; fechar deliberadamente os olhos, dentre outros.³ Nomeadamente no direito penal, aquela expressão pode ser tomada como construção jurisprudencial – já que não se encontra normatizada em lei vigente – no sentido de que: “Wilful ignorance is employed in criminal law primarily, and most controversially, as a mental state that satisfies a required mens rea of knowledge”.⁴

O problema se agrava quando temos a cegueira deliberada por parte de quem tem o dever de conhecimento e de obstar o cometimento de ilícito. Nesse sentido, Alexander Sarch adverte que, em tais situações, violado o dever de conhecimento, atenção e mesmo investigação para evitar ocorrências ilícitas, há maior culpabilidade do agente – e com isso concordamos –, o que se dará no campo da pena/sanção a ser aplicada.⁵

Cumpramos reconhecer que no direito penal moderno a atribuição de responsabilidade pela prática da grande maioria das condutas criminalmente proibidas exige que o sujeito esteja ciente das características objetivas de seu ato, o que o torna criminalmente típico. Inversamente, o conhecimento insuficiente, ou o erro, são motivos até de isenção de responsabilidade, salvo nos casos excepcionais em que esteja expressamente prevista a punição de condutas praticadas sem esse conhecimento, como ocorre em crimes culposos.⁶

² MCINTYRE, Lee. *Respecting truth: wilful ignorance in the internet age*. New York: Routledge, 2015.

³ Ver o trabalho de EDWARDS, John L. The criminal degrees of knowledge. *The Modern Law Review*, v. 17, n. 4, p. 294/314, July 1954. Este autor vai associar como sinônimas as expressões ignorância deliberada (*wilful ignorance*) e imprudência (*recklessness*). Na mesma direção, o texto de ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 81, p. 191 e 192, 1990.

⁴ CHARLOW, Robin. *Wilful Ignorance and criminal culpability*. *Texas Law Review*, v. 70, n. 6, p. 1353, may 1992. Indica o autor alguns casos nesta direção ocorridos nos Estados Unidos da América – EUA: “Spurr v. United States, 174 U.S. 728 (1899) (approving jury instruction that wilful ignorance of a fact satisfies a mens rea of knowledge when there is a specific statutory duty to ascertain the fact); People v. Brown, 16 P. 1 (Cal. 1887) (using wilful ignorance to infer actual knowledge); Bosley v. Davies, 1 Q.B.D. 84 (1875) (holding that wilful ignorance satisfies the mens rea of “suffering” illegal activity). These early rulings were then cited as authority for more expansive uses of the doctrine, even though their rationales no longer applied. See, e.g., Griego v. United States, 298 F.2d 845, 849 (10th Cir. 1962) (relying on Spurr to equate wilful ignorance with knowledge in a drug importation case”.

⁵ SARCH, Alexander F. Willful ignorance, culpability and the criminal law. *St. John’s Law Review*, v. 88, n. 4, winter 2014., p. 1062. Ver também o texto de MOORE, Michael. Causation and the Excuses. *California Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1091/1149, jul. 1985.

⁶ Lembremos as palavras de PUPO, Alberto. Comentario a mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès. In: DISCUSIONES XIII – Ignorancia Deliberada y Derecho Penal. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013, p. 40: “La vencibilidad de un error depende de demasiadas circunstancias, objetivas (relativas a otros hechos relacionados con el hecho sobre el cual el agente se equivoca) y subjetivas (relativas a las capacidades del agente para reconocer y, llegado el caso, corregir tales errores), lo que proyecta una inquietante sombra sobre la responsabilidad penal”.

O problema é que há muitos casos em que tanto o dolo como as modalidades de culpa penal não dão conta de situações em que o agente tenha evitado adquirir determinados conhecimentos mínimos em face de fatos e ocorrências ilícitas; e nesse sentido poderíamos indagar sobre a existência de situações de desconhecimento da antijuridicidade que mereçam a mesma pena que os casos de autêntico conhecimento, pois evidenciam o que podemos chamar de imprudência dirigida.⁷

Por outro lado, inexistente conceito normativo *exauriente* de dolo, tampouco no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo tendo presente as disposições do art. 18, I, do Código Penal pátrio, tendo o legislador tão somente estabelecido que a ausência de querer, ou o assumir de risco, não permite imputação a esse título. A tarefa de constituir sentido material a essa figura está delegada tanto à jurisprudência como à doutrina, como veremos a seguir.⁸

3 Algumas reflexões sobre a cegueira deliberada no Brasil

No Brasil o tema da cegueira deliberada tem gerado profundos debates doutrinários e jurisprudenciais e, contra ela, ganha fôlego o argumento de que violaria o princípio da anterioridade da norma penal (reserva legal), vedando a responsabilização criminal por fatos praticados antes da entrada em vigor da lei penal que os define como crime e preveja a respectiva sanção – até em face de que o estado mental caracterizador da cegueira deliberada sequer se encontraria minimamente demarcado no sistema jurídico penal, aproximando-se mais da figura do dolo eventual disposta no art. 18, I, do Código Penal brasileiro.⁹ Por conta disso, estaria configurando esse instituto certo tipo de imputação objetiva, violadora de garantias constitucionais e infraconstitucionais fundamentais.¹⁰

Não vemos assim, justamente porque, como adverte Ramon:

⁷ JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto. BARJA DE QUIROGA, López; ESPINAR, Zugaldía (coord.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo Tomo I*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 345-358. Jakobs não aceita que estes desconhecimentos atribuíveis à indiferença de determinado agente em face do sistema jurídico vigente possam beneficiá-lo, outorgando-lhe tratamento diferenciado em termos de responsabilidade penal, enquanto que os conhecimentos devidos a excesso de escrúpulos por parte do agente permitam fundamentar condenação por delito doloso. No ponto ver também o texto JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la Sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 189, e JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 378 e seguintes.

⁸ Neste ponto convergimos com GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à distinção entre dolo e culpa, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004, p. 11.

⁹ Veja-se o texto de LUIZ, Fernando Vieira; LUIZ, Marina de Oliveira de Vasconcellos. Teoria da cegueira deliberada e o elemento subjetivo do tipo no crime de lavagem de dinheiro. In: CURY, Rogério (coord.). *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Almedina, 2020. Na doutrina internacional ver FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Mejor no saber... más: sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*, op. cit., p. 101 a 137, lembrando do que ocorre no art. 16, do Código Penal Alemão. Na mesma direção PUPPE, Alberto. *Comentario a mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal*, de Ramon Ragués I Vallès, op. cit. No âmbito do Direito Administrativo propriamente dito ver a tese, contrária ao que estamos defendendo aqui, de VALGAS, Rodrigo. Genérico ou específico? Afinal, qual o dolo exigível no novo regime de improbidade administrativa?. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363419/qual-o-dolo-exigivel-no-novo-regime-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 20 set. 2022.

¹⁰ Tendo em conta que a regra é a imputação subjetiva em direito penal, detentora de certas singularidades, tais como: (i) quem está ciente – plena ou eventualmente – de que está realizando (ou colaborando com) uma conduta típica, será considerado autor doloso; (ii) quem em nenhum momento contribuir para ato ilícito ou lesivo aos interesses alheios, por carecer completamente dos conhecimentos exigidos para tanto, ficará isento de responsabilidade criminal, salvo se as circunstâncias exigirem subsumir a conduta em autoria mediata; (iii) quem suspeita estar colaborando em ato criminoso, mas essa suspeita não se materializa na representação de nenhum tipo de crime

El planteamiento mayoritario en Derecho continental considera que la falta de conocimiento – siquiera eventual– de la concurrencia en un determinado comportamiento de los elementos de una figura delictiva impide considerar el hecho como doloso, lo que lleva a la impunidad o, cuando la ley lo permita, a castigar la conducta como imprudente. Sin embargo, en casos como los expuestos, en los que el sujeto ha decidido permanecer en la ignorancia, tal conclusión parece insatisfactoria y no deja de resultar extraño afirmar que quien ha evitado conocer está en una situación de error o ha actuado de manera negligente.¹¹

Outros autores de renomada, como Luís Greco, sustentam que, para sistemas jurídicos ocidentais como o brasileiro – como referimos –, já existe a figura do dolo eventual abarcando as situações que a cegueira deliberada pretende alcançar.¹² E disso não discordamos! Todavía, lembremos que inexistente de forma absolutamente fechada e restrita um conceito de *dolo* no ordenamento brasileiro – a despeito da reforma do Código Penal de 1984 ter efetivamente migrado a localização do dolo para o interior do fato típico normatizado, e não como elemento da culpabilidade.¹³ E isso porque, novamente com Vallès, o dolo atribui algo (fato típico) a alguém, utilizando-se, para tanto, da verificação empírica e tópica de indicadores/evidências que permitem a configuração de determinado estado mental perquirido pela norma. O dolo, pois, é fenomênico; depende, a princípio, da norma jurídica e da conjunção de múltiplas variáveis que, empiricamente, vão sendo demarcadas por sentenças judiciais.¹⁴

A casuística nacional tem se ocupado desses temas, como pode ser visto no julgado do Acórdão do Tribunal Federal da Quinta Região, sob nº 5520-CE2005.81.00.014586-0.¹⁵

em particular, igualmente não poderá ser responsabilizado penalmente. É claro que estas situações não afastam as possibilidades de ação delinquente por modalidades culposas de comportamento.

¹¹ VALLÈS, Ramon Ragués. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada em derecho penal*, *op. cit.*, p. 19.

¹² GRECO, Luís. *Comentário al artículo de Ramon Ragués, op. cit.*, p. 67 e seguintes.

¹³ Daí por que o conceito de dolo não poder ser ontológico ou psicológico somente, mas normativo, e por isso determinável pela dogmática jurídica e pela casuística dos tribunais. Ver a abordagem que faz neste sentido FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 16. Registre-se que há sistemas normativos, como o italiano, que tentam definir conceitualmente os elementos psicológicos do delito, *ex vi* o Código Penal Italiano, em seu art. 43: “Il delitto: è doloso, o secondo l’intenzione, quando l’evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell’azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l’esistenza del delitto, è dall’agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l’intenzione, quando dall’azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall’agente; è colposo, o contro l’intenzione quando l’evento, anche se preveduto, non è voluto dall’agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico”.

¹⁴ RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. *op. cit.*, p. 275. Outro destaque importante no ponto é o de DÍAS PITA, María del Mar. *A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização*. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12, no sentido de que o dolo existe como qualidade não-quantificável atribuída, que visa a explicitar, a partir de indicadores fáticos, determinado estado do sujeito. E neste ponto concordo com PUPO, Alberto. *Comentário a mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal*, de Ramon Ragués I Vallès. In: DISCUSIONES XIII – Ignorancia Deliberada y Derecho Penal. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013, p. 44: “Cuando no existe una definición legislativa del dolo, si adoptamos una teoría del derecho de corte realista relativa al conocimiento del derecho (esto es, no necesariamente a su naturaleza), a la pregunta ¿qué es el dolo? deberíamos de contestar a partir de un análisis empírico de las decisiones de los tribunales”.

¹⁵ Processo oriundo da 11ª Vara Federal da Subseção de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará. Acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, 2ª Turma, na Apelação Criminal nº ACR5520-CE (Relator Des. Federal Rogério Fialho Moreira).

Nesse feito, a jurisdição de primeiro grau reconheceu a possibilidade de aplicação da figura da cegueira deliberada equiparada ao dolo eventual em crime de lavagem de dinheiro no qual os réus adquiriram vários veículos pela quantia de R\$980.000,00, em notas de cinquenta reais, de uma única vez, e que depois restou verificado terem tais quantias provindo de assalto.¹⁶

O Tribunal da 5ª Região, todavia, no recurso interposto, reformou a decisão condenatória de primeiro grau, entendendo que a aplicação da teoria da cegueira deliberada depende de adequação ao ordenamento jurídico nacional, e poderia ser aplicada ao caso se o tipo penal cominado admitisse a punição por dolo eventual, o que não ocorreria.

É no ano de 2013 que o Supremo Tribunal Federal brasileiro vai aprofundar esse debate, ao julgar o famoso caso Mensalão, através da Ação Penal nº 470/MG, de 22.04.2013. Nesse feito, até em face de sua complexidade probatória, instalou-se também a discussão sobre a origem do dinheiro recebido por vários parlamentares para votarem matérias de interesse do governo, e o conhecimento por parte desses sobre essa origem. Em seu voto, o relator, Ministro Joaquim Barbosa, referiu que:

A admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do art. 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal específico. O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.¹⁷

Em seguida refere ainda o relator que é possível identificar na conduta dos réus postura típica dos que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio; ou seja, resta configurado aí o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada.¹⁸ E tal premissa vai ao encontro da tese de que raramente há evidências diretas de conhecimento prévio por parte de agentes que cometem ilícitos mais complexos, em especial envolvendo múltiplos sujeitos, públicos e privados. Tal conhecimento é geralmente provado por *evidências circunstanciais*, relacionadas ao fato de que o acusado tinha condições (em razão de particularidades pessoais, profissionais, intelectuais), e por vezes obrigação, de deter aquele conhecimento.¹⁹

¹⁶ Autos do Processo nº 2005.81.00.014586-0, da 11ª Vara Federal da Subseção de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará.

¹⁷ Ação Penal nº 470, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Relator Min. Joaquim Barbosa, fls. 52888.

¹⁸ *Idem*, fls. 52.912. É bem verdade que, mais adiante, o mesmo relator faz advertências sobre os cuidados na importação de institutos alienígenas para aplicação direta à realidade brasileira, em especial no que toca à criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento (p. 57.332). Na mesma direção aprofunda o tema SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 62 e seguintes.

¹⁹ Como nos diz Robin: "Very frequently, the only such proof is evidence that the circumstances were such that a reasonable person in the defendant's position would have known." In other words, although knowledge requires a subjective state of awareness, proof that an objective standard would be satisfied-that the defendant should

Também na famosa Operação Lava a Jato, envolvendo crimes praticados por inúmeros agentes públicos e privados em detrimento da Petrobras, decisões de primeiro grau da 13ª Vara Federal de Curitiba, profundamente abalada por posterior decisão do Supremo Tribunal Federal, que nulificou diversas medidas e sentenças do então juiz Sergio Moro (prolator da decisão e encarregado da operação), já se louvavam no instituto da cegueira deliberada para caracterizar condutas de alguns réus no feito, aludindo que:

São aqui pertinentes as construções do Direito anglosaxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da “cegueira deliberada” ou “willful blindness” e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. (...) Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.²⁰

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que apreciou o recurso contra a sentença de primeiro grau nesse caso, de igual sorte assentiu sobre a possibilidade de ser utilizado no feito o instituto jurisprudencial da *cegueira deliberada*, inclusive sob o argumento de que *ele equivaleria ao instituto do dolo eventual*.²¹

Nesse caso, a figura da cegueira deliberada parece estar efetivamente associada ao dolo eventual, nomeadamente a partir da leitura que se faz do art. 18, §1º, do Código Penal brasileiro, pressupondo a existência de elemento cognitivo na conduta do agente, sob a premissa de que é impossível assumir o risco de produzir resultado de algo que não se conhece, pelo menos, minimamente. Ou seja, conhecimento e vontade constituem primeira aproximação normativa à compreensão do dolo.

O mesmo vale à espécie eventual do dolo, para além de sua acepção meramente psicológica, que reclama tratamento em termos normativos, conectados predominantemente não em níveis de estados mentais, mas por indicadores fáticos passíveis de serem densificados materialmente em termos de prova.²² Por certo que não estamos dizendo que devamos conceber o dolo – em qualquer de suas espécies – divorciado das intenções do agente; estamos apenas sustentando que é necessário aferir essas intenções a partir de elementos também objetivos extraídos dos contextos em que ocorrem os comportamentos ilícitos.

Em face disso poderíamos nos perguntar se o desconhecimento, ainda que advenha de autocolocação em estado de alienação, implicaria *exclusão* de qualquer espécie de dolo?!

Parece-nos que não! E isso porque o problema não é o fato de o agente não se aprofundar no conhecimento, até porque a lei, em regra, não obriga que se efetue tal investigação. *A resposta estará no grau de conhecimento que o autor efetivamente possui, ou*

have known because a reasonable person in the circumstances would have known – is often the only evidence of actual knowledge. CHARLOW, Robin. *Willful Ignorance and criminal culpability*, *op. cit.*, p. 1.360.

²⁰ Autos da Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000, p. 348.

²¹ Autos do Acórdão nos autos do Apelo nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trf4-lava-jato.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²² No ponto ver o trabalho de PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 238/634. No Brasil temos a crítica de BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 396.

deveria possuir, ao cometer a conduta ilícita: se há sérios indícios (passíveis de aferição probatória ampla) de que determinado agente detinha (ou deveria deter, por conta de seu cargo ou função) mínimo conhecimento (suficiente para não configurar o erro de tipo²³) sobre os fatos ilícitos, configurando alta probabilidade de sua ocorrência, poderá haver responsabilização jurídica, independentemente de ele ir além na investigação. E essa lógica ponderativa encontra no conceito estruturante de cegueira deliberada acolhida fundamentada, pois ela amplia qualificadamente os parâmetros racionais – e controláveis – à imputação de responsabilidade, tanto para fins de culpabilidade como à dosimetria da pena/sanção.

Temos, com Edwards, que a atitude de indiferença perante riscos delinquentes pode indicar estado mental que antevê minimamente as consequências da conduta e, deliberadamente, coloca como possível a hipótese de se virem a realizar, ainda que essas não sejam aquelas que o agente desejava.²⁴

Ou seja, é preciso valorarmos em tais situações tanto o (des)conhecimento como os motivos que levaram a ele, elementos importantes à atribuição da responsabilidade. Junto com Raguès entendemos que os motivos são importantes justamente porque determinam a ação humana, ajudando a explicá-las, e o Estado sempre deverá provar, em sede de ignorância deliberada, que o agente se colocou, *ex ante*, em estado de desconhecimento de forma intencional.²⁵

Mas como essa perspectiva da cegueira deliberada, enquanto espécie de dolo eventual, pode ser associada em nível de improbidade administrativa?

4 A cegueira deliberada no âmbito da improbidade administrativa enquanto espécie de dolo eventual: condições e possibilidades

Na França do século XX, Gaston Morin²⁶ e George Ripert²⁷ se empenharam em demonstrar que o Direito não se resume a conceitos jurídicos abstratos, mas necessariamente suas normas irão refletir objetivos políticos, econômicos, sociais, afigurando-se como importantes marcos divisores em face das correntes positivistas então hegemônicas que se esforçavam em retirar todo e qualquer valor ideológico e axiológico das normas jurídicas.

Também no Brasil a moralidade administrativa não se resume à premissa ideológica, subjetiva, mas trata-se de conceito jurídico objetivo por estar inserido na ordem legal, prendendo-se à estrutura funcional do Estado e à legitimidade da própria função administrativa.²⁸ Vai nessa direção a lição de José Afonso da Silva, ao sustentar que “a

²³ Este descrito no art.20, do Código Penal brasileiro.

²⁴ EDWARDS, John L. *The criminal degrees of knowledge*, op. cit., p. 305. Por outro lado há que se reconhecer: *absence of belief in a proposition negates knowledge of that proposition*.

²⁵ Ganha força aqui o argumento de HUSAK, Douglas. *Ignorance of Law: a philosophical inquiry*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 01: “Defendants are fully responsible only when their wrongful actions are akratic, that is, when they are contrary to the balance of moral reasons, they themselves believe to apply to their conduct”.

²⁶ MORIN, Gastón. *La revolte des fait contre le Code*. Paris: FDL, 1990.

²⁷ RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Dalloz, 1984.

²⁸ *Idem*, p. 04. Tratamos de modo mais aprofundado destes aspectos no texto LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir das regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente”.²⁹

O vínculo forte que essa moralidade administrativa mantém com a ideia de Boa Administração diz com o fato de criar à sociedade verdadeiro direito subjetivo de ter uma gestão pública compromissada com aqueles vetores comportamentais, bem como contar com mecanismos eficientes de participação e controle das ações públicas.

Mas, então, qual seria a relação entre moralidade administrativa e improbidade administrativa? A imoralidade administrativa configura gênero do qual a improbidade pode ser considerada espécie, uma das formas de manifestação da primeira.³⁰

No Brasil, em termos históricos, há elementos normativos interessantes reguladores desses temas, dentre os quais podemos citar a existência do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal,³¹ e o Código de Conduta da Alta Administração Federal³² – apenas para ficar com parâmetros mais gerais.³³

É de se ver que os principais pontos de regulação dessas normas são, em nível de responsabilização por ato ilícito praticado: (a) uso indevido do cargo público; (b) enriquecimento ilícito no exercício da função; patrocínio de interesse privado perante a administração pública (tráfico de influência); (c) violação de sigilo; (d) uso de informação privilegiada; (e) prestação de assessoria a entidade privada; (f) atividade profissional paralela à função pública; (g) hipóteses de conflito de interesse; (h) limitações para atividade profissionais posteriores ao exercício do cargo (quarentena); (i) recebimento de presentes; (j) uso de recursos públicos e servidores em atividades particulares; (l) apropriação de fundos ou de bem móvel públicos, entre outros.

Seguindo esse rol de preocupações é que foi promulgada, também na década de 1990 (02.06.1992), a lei regulamentadora do §4º do artigo 37 da Constituição de 1988, a saber, a Lei Federal nº 8.429 (Lei da Improbidade Administrativa – LIA), dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Em virtude da reforma da LIA, com a edição da Lei nº 14.230, de 25.10.2021, temos verdadeira reconfiguração normativa do tema no país, em vários aspectos, nomeadamente no âmbito dos requisitos à configuração da responsabilidade pela prática de atos ímprobos, estes exigindo mais a presença de elementos subjetivos dolosos da ação ou omissão do agente.

Inicia o novel marco normativo demarcando melhor quais são os bens tutelados em termos de probidade administrativa, a saber: *probidade na organização do Estado e*

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional, op. cit.*, p. 564.

³¹ Instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Nele estão estabelecidos princípios e valores que visam a estimular um comportamento ético na Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em: 13 fev. 2013.

³² Instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em: 13 fev. 2013.

³³ Há outras normas de igual importância que formatam o que podemos chamar de sistema normativo de ética pública hoje vigente, dentre as quais a Lei nº 8112/90, que estabeleceu o regime jurídico único do servidor; a Lei nº 9.784/99, regulando o processo administrativo.

no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social (art. 1º), em seguida definindo, em franco retrocesso, que se consideram atos de improbidade as condutas dolosas tipificadas na lei, não bastando a voluntariedade do agente, sendo que o mero exercício de função ou competências públicas, sem *dolo com fim ilícito*, afasta a responsabilidade. (art. 1º, §§1º, 2º e 3º).

A despeito da revogação do art. 4º, da Lei anterior, que disciplinava: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”, levando a cabo interpretação sistemática do novo marco normativo, temos que isso não afasta a responsabilidade efetiva daqueles sujeitos por conta das blindagens à tutela dos interesses e bens do Estado que o sistema jurídico nacional institucionalizou, constitucional (art. 37, *caput*, da CF/88, para dizer o mínimo) e infraconstitucionalmente (basta vermos as disposições exemplificativas das normativas nacionais referidas anteriormente).

Isso é tão verdade que acabam de chegar ao STF provocações sobre a matéria, conforme notícia a própria Corte:

O Supremo Tribunal Federal (STF) recebeu mais duas ações contra as alterações na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), desta vez relativas à responsabilização por abusos cometidos no âmbito da administração pública. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 7236 e 7237 foram distribuídas, por prevenção, ao ministro Alexandre de Moraes, relator de outras ações sobre a lei.

As autoras das ações são a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), que contestam mudanças introduzidas na Lei 8.429/1992 pela Lei 14.230/2021. *Entre os pontos questionados, está a exclusão da possibilidade de responsabilização do agente público por atos culposos de improbidade administrativa e a exclusão da ilicitude em caso de divergência na interpretação da lei baseada em jurisprudência não pacificada, além da restrição à sanção de perda da função pública.*³⁴

Mas, afinal, de que dolo fala a nova LIA para fins de configurar responsabilidade por ato ímprobo? Para responder a essa pergunta mister é que levemos em conta algumas premissas: (i) o dolo, enquanto categoria jurídica, não descreve algo encontrado pronto na realidade social, apenas atribui determinados elementos identitários típicos, e suas consequências, a atos/comportamentos que se dão no mundo da vida;³⁵ (ii) não existe dolo com fim lícito, ao menos em termos de categoria jurídica apuradora de responsabilidades. E por isso é possível sustentar que o dolo – em suas mais distintas espécies – é sempre qualificação de determinado comportamento a partir da verificação empírica de indicadores normativos que evidenciam certos estados mentais e suas projeções concretas (em atos, fatos e negócios que ocorrem no cotidiano).³⁶

³⁴ Site do STF: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494115&ori=1>. Acesso em: 15 set. 2022. Os processos referidos são a ADI nº 7236 e a ADI nº 7237.

³⁵ Como quer VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 657.

³⁶ Vale aqui a reflexão, novamente, de RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 275.

Desse modo, o dolo de que fala a nova LIA é aquele que representa manifestação de vontade qualificada – ativa ou omissiva – capaz de auferir/resultar qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades referidas no seu art. 1º³⁷

Portanto, é óbvio que essas condutas podem se dar pela via do dolo direto ou eventual, e esse na modalidade da cegueira deliberada, por conta de suas escolhas (comissivas e omissivas) em face de conhecimentos/informações que o exercício de cargo ou função lhe impõem possuir, ou poder/dever de acessar, o que se afere a partir dos elementos e consequências concretos ocorridos.³⁸

A nova LIA não discrimina modalidades distintas de dolo – nem o código penal o faz; tampouco designa estados mentais específicos que o representam, ou graus dentro de distintos dolos, conhecimento e vontade, mas tão somente o identifica como ação/omissão, com características próprias, que gera risco relevante aos bens jurídicos que pretende tutelar.

E sustentamos ainda mais, que aqueles conhecimentos e informações que se exige do agente público (ou seu assemelhado), para fins de caracterizar a cegueira deliberada enquanto modalidade de dolo eventual no cometimento de ato improprio, “compreende não um saber completo de um elemento específico do ato típico, mas sim uma apreensão correta da situação global, de forma a possibilitar ao sujeito uma síntese, uma interpretação concreta daquilo que transcorre”.³⁹

De certa forma o STJ há mais tempo vem dizendo isso em alguns de seus julgados sobre a antiga LIA, no sentido de que, “ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11, da LIA, não exige dolo específico, mas genérico: vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora”.⁴⁰

Exemplificando, se atentarmos para os comandos jurídicos no Brasil que estabelecem deveres e vedações a agentes públicos (anteriormente mencionados), resta fácil a conclusão que eles estão a indicar compromissos e deveres de cuidados ordinários impositivos, de ação e omissão, os quais, uma vez violados, acarretam consequências de múltipla natureza (administrativa, cível, penal, etc.).

Estamos falando, por exemplo, do que está disposto no art. 116 da Lei nº 8.112/90, enquanto deveres do agente público: “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo, ser leal às instituições a que servir, observar as normas legais e regulamentos, levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade

³⁷ Consoante disposição expressa do art. 9º, da nova LIA.

³⁸ Como nos BUSATO, Paulo César. *Dolo e Significado*. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 70, a aproximação à compreensão do dolo *deve ocorrer de modo indireto, através de dados objetivos que cumpram os seguintes requisitos: seu caráter observável, sua exaustividade e sua relevância para o elemento subjetivo em questão*.

³⁹ Como quer EDINGER, Carlos. *A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 80.

⁴⁰ REsp nº 765.212/AC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23.06.2010. Ver também a Jurisprudência em Teses, do STJ, Edição nº 40: Improbidade Administrativa – II, entendimento nº 9: “O ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico”. Grifos nossos. Ver também: (i) o AgRg, no REsp nº 1214254/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 15/02/2011, DJe de 22/02/2011; (ii) AgInt no REsp 1872310/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 05/10/2021, DJe 08.10.2021.

superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração". Já no art. 117, *veda-se ao mesmo agente "valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública"*. É tão grave os comportamentos funcionais que violam tais disposições que podem redundar na *pena de demissão* do agente público (nos termos do art. 132, X, XI e XIII, exemplificativamente), sem prejuízo de eventual responsabilidade civil e criminal cumulativas (art. 121).⁴¹

Ainda o mesmo estatuto deixa claro quais os âmbitos das responsabilidades civil, penal e administrativa que possuem os agentes públicos, a saber: (i) civil: *decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros* (art. 122); (ii) penal: *abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade* (art. 123); (iii) administrativa: *resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função* (art. 124).

Ao lado disso, a Lei nº 8.027/1990, que dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, de suas autarquias e fundações, em seu art. 2º, prevê que *é dever desses agentes observar as normas legais e regulamentares, e que configura falta punível com demissão o caso de procedimento desidioso, assim entendido a falta ao dever de diligência no cumprimento de suas atribuições* (art. 5º, parágrafo único, IV).⁴²

Mas voltemos à nova LIA, pois alguns dos seus dispositivos configuram comportamentos ímprobos em espécie que autorizam o entendimento de ser possível, pela via da cegueira deliberada, o agente cometer a infração regulada, basta vermos os casos de: (i) *recebimento de presente* de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público (art. 9º, I);⁴³ (ii) *facilitar* a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º, por preço superior ao valor de mercado (art. 9º, II);⁴⁴ (iii) *utilizar bem móvel público, ou servidores públicos, para interesses privados* – o que também pode configurar o crime de peculato (art. 312 do Código Penal brasileiro) –, o que faz parte da histórica tradição de cultura privatista na

⁴¹ Disciplina de forma expressa o art. 136, da Lei, que a demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI, do art. 132, implica *indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário*, sem prejuízo da ação penal cabível, podendo incompatibilizar o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 05 anos.

⁴² Para reforçar a lógica protetiva dos interesses e bens do Estado veiculada por estes dispositivos referidos está tramitando na Câmara dos Deputados do Brasil o Projeto de Lei 2794/20, o qual determina que o funcionário público que não comunicar às autoridades crime de ação pública de que tomou conhecimento no trabalho poderá ser punido por prevaricação, cuja pena é de detenção de 3 meses a 1 ano e multa. Este projeto de Lei encontra-se aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, conforme informação do site: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2253333>. Acesso em: 30 ago. 2022.

⁴³ O conceito de presente aqui é genérico, e não raro envolve gestos e atitudes entre pessoas com laços afetivos preliminares, mesmo que de amizade, forjados em níveis de confiança significativos, sentimentos que se confundem – nomeadamente em países de baixa tradição republicana – com normalidade quotidiana, e que podem levar à evitação de qualquer esforço para saber sobre a infração cometida.

⁴⁴ De igual sorte o conceito de facilitação é amplo, alcançando favorecimentos irregulares em face das normas públicas regentes de atos, fatos e negócios jurídicos, por conta de comportamento proposital do agente que se abstém de observar estas regras.

gestão do Estado;⁴⁵ (iv) receber vantagem econômica de qualquer natureza para *tolerar a exploração de jogos de azar* (bingos, caça-níqueis, jogo do bicho, rifas).⁴⁶

No caso específico do art. 9º, inciso VIII, da nova LIA, temos a conduta de aceitar emprego, comissão ou *exercer atividade de consultoria, ou assessoramento, para pessoa física ou jurídica, que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público*, durante a atividade. Imaginemos a situação de servidor federal, ocupante de cargo em grupo de direção de empresa pública (DAS), nível 5 ou 6, e que faz consultoria ou assessoramento para empresa privada no mesmo campo de atuação dessa pública, prestando informações, entre outras, privilegiadas, vedadas pela Lei Federal nº 12.813/2013 (que dispõe sobre conflito de interesses). E mais, diz a lei de conflitos de interesses que: (i) o ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal *deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses* e a resguardar informação privilegiada (art. 4º); (ii) *no caso de dúvida* sobre como prevenir ou impedir situações que configurem conflito de interesses, o agente público deverá consultar a Comissão de Ética Pública (art. 4º, §1º).

Aqui estamos diante de evidente situação em que o agente público (ou assemelhado a ele) tem o dever explícito de cuidado nos seus atos para com os bens e interesses tutelados pelo sistema normativo, não podendo sequer alegar o desconhecimento da lei para deixar de cumpri-la (nos termos do art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657/1942). E quando o faz, há presunção justificada de que evitou conhecer e dar cumprimento à norma que estava obrigado, evidenciando, no mínimo, o *erro grosseiro* de que fala o art. 28 da Lei nº 13.655/2018 (*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*), configurador da cegueira deliberada que estamos defendendo, verdadeira modalidade do dolo eventual. Age assim a pessoa que procede com “culpa crassa, magna, nímia, como se dizia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis. Quem devia conhecer o alcance do seu ato positivo ou negativo incorre em culpa grave”.⁴⁷

Na dicção de Paulo Modesto, se olharmos para o percurso decisório configurador da ação improba, poderemos identificar o *grave incumprimento do dever de diligência exigível*. Nesse caso, o “erro grosseiro confunde-se com a própria omissão grave no cumprimento da diligência exigível pelo administrador público quando da consideração

⁴⁵ No ponto ver as observações de MARTINS JR., Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 254. Lembremos de situações espalhadas por todos os municípios brasileiros envolvendo a utilização de bens e serviços da Administração Pública para o atendimento de interesses absolutamente privados, por vezes de cunho eleitoral, significativamente naturalizados na política nacional, e incorporados em hábitos quotidianos do setor público e privado. Vai nesta direção o disposto no inciso XII, do mesmo art. 9º, quando prevê a conduta de usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

⁴⁶ Qual o conceito de *tolerar*? Se o agente público tem conhecimento, ou evita tomar este conhecimento, diante de situações fáticas consolidadas, por exemplo, de jogos de azar, e recebe dos envolvidos com esta contravenção qualquer tipo de vantagem econômica (prêmio, presente, etc.), fazendo *vista grossa* do ocorrido, sem sombra de dúvidas que estará cometendo ato de improbidade, sem prejuízo de eventual enquadramento criminal.

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1958, v. XXIII, p. 72. Grifos nossos. Realça-se aqui o elemento *conhecimento* que deveria ter o agente público por dever de ofício, como aliás destaca GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA. Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (org.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 889 e seguintes.

do contexto fático e normativo antecedente da ação ou omissão”.⁴⁸ Aliás, o STF já teve oportunidade de se manifestar sobre essa matéria, referindo que:

A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.⁴⁹

Veja-se que igualmente os incisos IX e X do art. 9º da nova LIA trazem condutas que facilmente podem se objetivar pela via da cegueira deliberada, tendo como causa cumulativa solicitações de liberação ou aplicação de verba pública, ou de retardo (omissão) de ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado o agente público, os quais, uma vez atendidos, gerem, *a posteriori*, vantagens econômicas a este. E isso pode se dar em diversos procedimentos administrativos especiais, como contratos, licitações, processos administrativos tributários, disciplinares, etc., nos quais interessados postulam a agentes públicos tratamentos diferenciados – e ilícitos –, primeiramente em nome de vínculos e relações pessoais, e em seguida com a retribuição por presentes e outras vantagens, e tudo isso no cotidiano e ordinariedade da gestão pública.

No art. 10 da nova LIA, igualmente, vamos encontrar possibilidades corriqueiras de condutas que, *por cegueira deliberada, podem configurar improbidade administrativa, dentre os quais: (i) a utilização, por parte de pessoas físicas ou jurídicas privadas, de bens integrantes do acervo público, por parte de agentes do Estado, sem as formalidades legais ou regulamentares próprias (inciso II), como uso de veículos e serviços estatais com desvio de finalidades (transporte de ambulância, de ônibus escolar, previsto no inciso XIII também);*⁵⁰ (ii) conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie (inciso VII), em processos administrativos tributários ou disciplinares – inclusive na modalidade omissiva, gerando situações prescricionais; (iii) dispensar processo licitatório indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva (inciso VIII).

Lembremos que o Superior Tribunal de Justiça, em junho de 2021, afetou os Recursos Especiais nº 1912668 e 1914458, da relatoria do Min. Og Fernandes, sob o rito dos recursos repetitivos, para dirimir controvérsia sobre dano presumido ao erário e

⁴⁸ Edição de 30.07.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza>. Acesso em: 06 set. 2022. Configura, pois, ação em cegueira deliberada porque o agente público (e seu assemelhado), em face do cargo ou função que ocupa, deveria ter o conhecimento/consciência dos riscos e perigos de sua ação ou omissão oficiosa; e se não o teve, operou com grave incumprimento do dever de diligência exigível, devendo ser responsabilizado. Ao falar do dolo eventual, que equiparamos à cegueira deliberada, Hungria refere: “no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação”. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, t. II, p. 116.

⁴⁹ Conforme notícia no site do STF, <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>. Acesso em: 06 set. 2022, em especial na liminar deferida pelo Min. Barroso, nas ADIs conexas – exemplificativamente na ADI 6421.

⁵⁰ Em relação a isso o Senador Randolfe Rodrigues denunciou no Senado brasileiro que: “O grande inimigo da República é o uso privado da coisa pública; é a apropriação da coisa pública como se bem pessoal fosse”. Publicado no site: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/02/01/randolfe-rodrigues-critica-uso-privado-de-bens-publicos>, em 01/02/2013. Acesso em: 06 set. 2022.

atos de improbidade violadores das regras da licitação, cadastrando o Tema nº 1.096, submetendo a seguinte questão a julgamento: *Definir se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (in re ipsa)*. Mas mesmo antes disso temos posições consolidadas desse Tribunal sobre o tema:

No que tange à possibilidade de imposição de ressarcimento ao erário, nos casos em que o dano decorrer da contratação irregular proveniente de fraude a processo licitatório, como ocorreu na hipótese, a jurisprudência desta Corte de Justiça tem evoluído no sentido de considerar que o dano, em tais circunstâncias, é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta. Precedentes: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012. AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016. REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2/9/2014, DJe 9/9/2014.⁵¹

Também no art. 11 da nova LIA, mantiveram-se os atos, agora dolosos, que atentem contra os princípios da administração pública e que violem os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, como improbidade, observadas as condutas em espécie que, por *numerus clausus*, restaram definidas. Importa ressaltar que o §4º desse art. 11 determina que os atos de improbidade, no ponto, exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento, e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. Mas o que isso significa? Qual a métrica da lesividade relevante aqui? Em tempos de danos com menor potencial ofensivo, vamos ter dificuldades de configuração das condições para o sancionamento de atos ímprobos nesse particular, a despeito do esforço dos tribunais superiores em não aceitar a aplicação da bagatela em tais infrações! De qualquer sorte, na forma como se encontra a redação desse artigo, ficará muito difícil, mesmo pela via da cegueira deliberada, configurar ato ímprobo.

Agora, em 18.08.2022, em novo retrocesso jurisprudencial, transitou em julgado os Recursos Especiais que conformavam o Tema Repetitivo nº 1.108 do STJ, cuja questão submetida a julgamento era sobre a possibilidade de a existência de lei municipal que autorizava a contratação de servidor público sem a prévia aprovação em concurso público *afastar o dolo genérico* hábil à configuração do ato de improbidade administrativa, firmando-se a tese de que: “A contratação de servidores públicos temporários sem concurso público, mas baseada em legislação local, por si só, não configura a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública”.⁵²

Mesmo tendo o STF apreciado o Tema nº 1.199, da relatoria do Min. Alexandre de Moraes, enfrentando os aspectos da (ir)retroatividade da nova LIA, em especial

⁵¹ REsp nº 728.341/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 14.03.2017, DJe 20.03.2017.

⁵² Estamos falando dos Recursos Especiais nº 1926832/TO; nº 1930054/SE e nº 1913638/MA, conforme informações do site: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1108&cod_tema_final=1108. Acesso em: 20 set. 2022.

no que diz com a exigência do dolo à configuração da improbidade e a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente, a tese que defendemos aqui não resta abalada, até por conta do conteúdo da decisão referida, a saber:

É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém, sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.⁵³

Reforçamos o argumento: nossa proposta é a de reconhecer a cegueira deliberada como comportamento que configura espécie de dolo (eventual) exigido pela nova LIA para os fins de responsabilidade e sancionamento.

5 Considerações finais

Desde sempre as legislações nacionais e internacionais que versam sobre moralidade, ética e probidade administrativa, teórica e pragmaticamente, foram e têm sido utilizadas para reafirmar valores da sociedade vigente, em face das conquistas civilizatórias constitucionais e infraconstitucionais que conquistamos, daí por que ganha força o argumento de que cada ato ímprobo por parte do gestor público, ou com quem se relaciona com ele, configura quebra de expectativas normativas por falta de fidelidade aos princípios e regras eleitos normativamente, atentando à segurança das relações sociais, às instituições democráticas e à confiança nos poderes instituídos.

Claro que é possível haver situações em que o agente público que comete violação às normas da nova LIA não tenha, desde o início de sua ação, a vontade dirigida à obtenção do resultado violador e ilícito; o que ele quer é algo diverso, mas prevendo, ou devendo prever por conta de seu ofício, que o evento possa ocorrer, inexoravelmente assume o risco de causá-lo, restando aí configurado o comportamento ímprobo.

E isso porque todos os servidores têm a obrigação de conhecer os limites de suas ações sob o manto da legalidade, honestidade, transparência e responsabilidade, não podendo escusar-se de tal sob o argumento de desconhecimento da lei; tampouco podem dar cumprimento parcial ao sistema normativo que devem observar, em nome da tolerância a atos de menor potencial lesivo à moralidade pública e aos seus princípios normativos vinculantes.

⁵³ Conforme informação do site do STF: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>. Acesso em: 23 ago. 2022, julgado em 18.08.2022.

No momento em que a improbidade administrativa ocorre no mundo da vida, coloca em risco a validade de todo o sistema normativo protetivo dos interesses, bens e patrimônios indisponíveis, e, por conseguinte, a confiança que transmite ao cidadão, tonificando-se a função do sancionamento do agir ímprobo como reafirmatória daquilo que fora defraudado. Ou seja, o fim da sanção não é que se faça justiça (conceito demasiadamente abstrato); nem que a sociedade e o Estado sejam vingados ou corrigidos, mas é o restabelecimento da ordem social e institucional abaladas pela violação da norma jurídica, condição de possibilidade para a vida em Comunidade.⁵⁴

A partir dessa perspectiva não se trata tanto a tarefa da LIA dirigir ou regular imediatamente condutas sociais, mas sim estabelecer e estabilizar no tecido social redes de expectativas recíprocas de comportamentos fundamentadas na norma vigente.

Por outro lado, não é suficiente serem as normas consideradas válidas modo geral pelos cidadãos, mas elas devem efetivamente ser respeitadas, razão pela qual precisam estar acompanhadas do que podemos chamar de adequada consolidação cognitiva (expressão que indica a existência de processo cognitivo graças ao qual a norma é reconhecida, por convencimento racional e fundado, como válida pelos membros da comunidade que ela alcança, sendo por isso respeitada na generalidade dos casos); e a premissa de todo o sistema jurídico é que tal percepção social exista.⁵⁵

Diante de tais elementos, condutas de cegueira deliberada, sem sombra de dúvidas, caracterizam inadequada consolidação cognitiva – nomeadamente daqueles que deveriam ter tal consciência –, evidenciada por ações e omissões indevidas, reclamando reproche adequado, sendo que para nós essa ocorrerá sempre que: (i) o sujeito ativo (por conta de sua condição pessoal, profissional, intelectual) se encontre em condições de obter a informação ignorada durante toda a fase de consecução do comportamento ímprobo (ativo ou omissivo); (ii) o sujeito ativo tenha o *dever geral* de indagar pelos riscos associados à realização de condutas potencialmente lesivas a bens jurídicos protegidos normativamente; (iii) o sujeito ativo tenha decidido voluntariamente, ou pelo menos conscientemente, agir ou se omitir no ponto.

Em isso ocorrendo, estaremos diante de conduta que pode perfilhar intensidade diferida de responsabilidade, na modalidade de cegueira deliberada, enquanto situação fática ocorrida no tempo e espaço determinados, capaz de operar reflexos no âmbito da responsabilidade estabelecida pela nova LIA.

Por isso que, nas circunstâncias em que o agente público deveria saber, por conta do cargo/função ocupado, que algum resultado lesivo pode se dar a bem ou interesse público indisponível, decorrente de ação ou omissão que venha a desempenhar, e mesmo assim age ou se omite, resta configurada a indiferença em relação àquele, evidenciando que a sua colocação em perigo não constitui motivo suficiente para demovê-lo da conduta, operando, pois, com cegueira deliberada (porque sequer busca tomar as precauções que seu ofício reclama e que estão à disposição). Nesse momento, passa a assumir/aceitar o resultado que deveria evitar; assume o risco de produzi-lo, já que,

⁵⁴ Som o ponto de vista filosófico ampliamos este debate o livro LEAL, Rogério Gesta. *O Direito Penal e Processual Penal na sociedade de riscos: aspectos teóricos e pragmáticos* (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo blanch, 2020, p. 142.

⁵⁵ JAKOBS, Ghünter. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la Sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

mesmo tendo condições de visualizar a possibilidade da ocorrência do ato ilícito, opta por não enxergar, e, com isso, admite, anui, aceita, concorda com o resultado, devendo ser responsabilizado por tal comportamento.

E quando isso acontece, a mensagem que a sanção envia aos cidadãos é, portanto, dupla: (i) contribui para a pacificação social ao visar àqueles que reivindicam sua proteção, restaurando a validade do valor/norma questionado/violado pela improbidade levada a cabo; mas, por outro lado, (ii) também envia aos potenciais infratores a mensagem de que a renúncia aos meios legais para atingir seus objetivos está fadada ao insucesso, procurando, assim, persuadi-los da conveniência de observarem a lei.

Referências

- ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability: a theory of criminal law*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade administrativa*. Revista de Direito Administrativo, v. 25. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. de 1951.
- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BUSATO, Paulo César. *Dolo e Significado*. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and criminal culpability. *Texas Law Review*, v. 70, n. 6, may 1992.
- COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- DÍAS PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. São Paulo: Atlas, 2014.
- DUBBER, Markus D. *An introduction to the Model Penal Code*. New York: Oxford University Press, 2015.
- EDINGER, Carlos. *A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- EDWARDS, John L. *The criminal degrees of knowledge*. *The Modern Law Review*, v. 17, n. 4, July 1954.
- FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. *Mejor no saber... más: sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à distinção entre dolo e culpa, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004.
- GRECO, Luís. Comentário al artículo de Ramon Raguès. In: DISCUSIONES XIII – Ignorancia Deliberada y Derecho Penal. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013.
- GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (org.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. I, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HUSAK, Douglas. *Ignorance of Law: a philosophical inquiry*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

- JAKOBS, Ghünter. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la Sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- JAKOBS, Ghünter. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.
- JAKOBS, Ghünter. Indiferencia como dolo indirecto. BARJA DE QUIROGA, López; ESPINAR, Zugaldía (coord.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo Tomo I*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LUBAN, David. *Contrived Ignorance*. In: Georgetown University Law Center, 1999.
- LUIZ, Fernando Vieira; LUIZ, Marina de Oliveira de Vasconcelos. Teoria da cegueira deliberada e o elemento subjetivo do tipo no crime de lavagem de dinheiro. In: CURY, Rogério (coord.). *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Almedina, 2020.
- MANRIQUE, María Laura. *Acción, dolo eventual y doble efecto*. Barcelona: Marcial Pons, 2012.
- MARTINS JR., Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MCINTYRE, Lee. *Respecting truth: willful ignorance in the internet age*. New York: Routledge, 2015.
- MODESTO, Paulo. O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza. *Conjur*, edição de 30/07/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza>. Acesso em: 06 set. 2022.
- MOORE, Michael S. Causation and the excuses. *California Law Review*, v. 73, n. 4, July 1985.
- MORIN, Gastón. *La revolte des fait contre le Code*. Paris: FDL, 1990.
- PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v. XXIII. Rio de Janeiro: Borsóí, 1958.
- PUPO, Alberto. Comentario a mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès. In: DISCUSIONES XIII – Ignorancia Deliberada y Derecho Penal. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013.
- QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Dolo de beneficiamento na improbidade administrativa*. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dolo-de-beneficiamento-na-improbidade-administrativa-23052022. Acesso em: 21 set. 2022.
- RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Dalloz, 1984.
- ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 81 (1990).
- SARCH, Alexander F. Willful ignorance, culpability and the criminal law. *St. John's Law Review*, v. 88, n. 4, winter 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. Curitiba: Genesis Editora, 1993.
- SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- VALLÈS, Ramon Ragués I. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2007.
- VALLÈS, Ramon Ragués I. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada em derecho penal*.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Informação bibliográfica desse texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Rogério Gesta. A cegueira deliberada como causa configuradora de ato de improbidade administrativa: indagações preliminares. *In*: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 107-125. ISBN 978-65-5518-581-2.

ESTUDOS DE VIABILIDADE E ECONOMICIDADE PARA A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

FERNANDO BORGES MÂNICA

1 Introdução

Desde a promulgação da Constituição de 1988, ocorreram no Brasil intensas discussões quanto ao papel do setor privado na garantia do direito à saúde. O foco principal dos debates jurídicos centrou-se na própria constitucionalidade da prestação privada dos serviços de assistência à saúde, bem como na delimitação do espaço de sua atuação. Se foi superada a primeira questão, ainda restam questionamentos quanto à segunda.

Isso porque predomina no ordenamento brasileiro a percepção de que todas as modalidades de prestação de serviços públicos de saúde por particulares configuram hipótese de participação privada complementar ao SUS, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal.¹ A consequência de tal percepção consiste na atração da disciplina dada pelo artigo 24 da Lei nº 8.080/90 e sua regulamentação infralegal, segundo a qual a participação complementar ao SUS apenas pode ocorrer “nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinado território”.²

Esse raciocínio tem sido utilizado para restringir a discricionariedade do gestor público na decisão de gerenciar unidades de saúde por meio de contratos de gestão com organizações sociais, disciplinados na esfera federal pela Lei nº 9.637/98. É que alguns órgãos de controle têm entendido que haveria uma preferência, decorrente do modo complementar de participação privada no SUS, a que o Estado forneça serviços de saúde por meio de sua própria estrutura, de seu próprio pessoal e de seu próprio regime

¹ “Art. 199 (...) §1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

² Essa é a redação do artigo 130 da Portaria de Consolidação MS nº 01/17.

jurídico – em detrimento dos contratos de gestão com organizações sociais. Exigem, assim, com amparo em previsão normativa da Lei nº 8.666/93 voltada à contratação de obras e de serviços, que celebração de contratos de gestão, seja precedida de estudos técnicos que demonstrem e comprovem a vantajosidade e economicidade do modelo em detrimento de todas as outras possibilidades de gestão admitidas pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é demonstrar que os contratos de gestão no setor de saúde não configuram hipótese de participação privada subsidiária ou complementar ao SUS e, assim sendo, não se sujeitam a exigências da Lei Orgânica do SUS ou da lei geral de licitações – em especial a comprovação de viabilidade, mediante a impossibilidade de expansão dos serviços próprios e a comprovação de economicidade, mediante levantamento e comparação de todos os custos unitários envolvidos no ajuste.

Para o cumprimento do objetivo proposto, adota-se o método dedutivo, com conclusões fixadas a partir das premissas maiores dadas pelo texto constitucional e pelo entendimento firmado pelos tribunais superiores acerca da participação privada complementar ao SUS.

No desenvolvimento do estudo, discorre-se sequencialmente sobre os princípios da subsidiariedade, da complementaridade e da eficiência na saúde pública. Em seguida é analisada a motivação necessária à decisão pela celebração de contratos de gestão na saúde e, ao final, são sintetizadas algumas conclusões.

2 Subsidiariedade na saúde

Como se sabe, o princípio da subsidiariedade difundiu-se com a Doutrina Social da Igreja e foi tratado inicialmente, ainda que de maneira implícita, pelo Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum* (1891), e mais tarde pelo Papa Pio XI na Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931). Seu fundamento reside na anterioridade natural das pessoas e comunidades sobre o Estado, de forma que este deve, de um lado, respeitar a autonomia dos indivíduos e de outro, auxiliá-los na consecução de seus fins.

Sua finalidade é oferecer critério para a atuação de diversos atores nos casos em que todos eles tenham competência genérica para agir. A ideia geral trazida pelo princípio é a proteção da autonomia local, de modo que uma entidade superior apenas deve interferir em assuntos locais caso a comunidade inferior não tenha condições de tratar do assunto. Além dessa determinação, que se pode denominar de negativa, o princípio da subsidiariedade tem uma determinação positiva. Essa consequência impõe o dever de uma entidade superior atuar na esfera inferior quando esta não tiver condições de resolver de modo autônomo seus problemas.

A subsidiariedade ganhou força em sua conotação internacional. Isso aconteceu em solo europeu com *Tratado de Maastrich* de 1992, que aplicou o princípio da subsidiariedade ao definir a divisão de competências na União Europeia, com prevalência dos Estados soberanos em face da interferência do ente supraestatal.

Já no campo de atuação social, a crise pela qual passou o Estado europeu em fins do século XX fez com que muitos teóricos passassem a defender a diminuição do aparato estatal, com vistas à provisão de serviços sociais pela própria sociedade. Isso porque,

de acordo com esse entendimento, o crescimento demasiado do aparato estatal acabou produzindo em alguns países europeus uma estrutura muito grande, cara e ineficiente.

Emerson Gabardo critica a invocação do princípio da subsidiariedade como limite à atuação direta do Estado na área social, sob o argumento de que este princípio implica a redução e negação do Estado de bem estar-social. Na opinião do autor, o Estado Social “exige uma forma de intervenção que passa a ser considerada inadequada: a atuação direta por intermédio de entes estatais submetidos ao regime jurídico administrativo”.³ Para Gabardo, o princípio da subsidiariedade é utilizado pelo neoliberalismo como justificativa para a “devolução de tarefas à sociedade” as quais lhe foram retiradas pelo Estado.⁴

A crítica do autor procede na medida em que não faz sentido o discurso de “devolver” a responsabilidade pela garantia do direito à saúde ao terceiro setor ou a quem quer que seja. Afinal, tal dever é constitucionalmente atribuído ao poder público. Nesse sentido, o artigo 6º da Constituição Federal prevê o direito à saúde; o artigo 23, inciso II, determina que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública; e o artigo 196 aduz que a saúde é direito de todos e dever do Estado. A atuação estatal é, portanto, decorrência de mandamentos constitucionais expressos, que impõem a responsabilidade do poder público pela provisão de saúde à população brasileira.

Ocorre que a atribuição constitucional ao Estado de um dever de prestação (e não meramente de promoção), não consubstancia dever de que esta prestação seja efetuada, diretamente, pelo próprio Estado. Ao revés: a atribuição de um dever de prestação, em última análise, assume no ordenamento brasileiro os contornos de um *dever de garantia da prestação*, que pode ser realizada diretamente, pelo próprio Estado, ou indiretamente, por instituições com as quais este celebre parcerias.

Daí decorre que, independentemente da possibilidade de atuação espontânea da iniciativa privada no setor de saúde, há também a possibilidade de que o setor privado atue a partir de uma iniciativa do Estado. É dizer: a iniciativa privada atua na saúde tanto por iniciativa própria autônoma (prestando serviços de relevância pública), quanto por iniciativa própria fomentada pelo Estado (também prestando serviços de relevância pública), quanto por iniciativa e responsabilidade estatais (prestando serviços públicos sociais). Nesse contexto, é possível perceber que, além da atuação privada autônoma, a atuação estatal pode ocorrer por meio da:

- a) prestação direta, com a criação de órgãos ou entidades estatais, com infraestrutura e pessoal próprios;
- b) atividade clássica de fomento a uma entidade privada que preste um serviço privado de relevância pública ou a compra de serviços ofertados por entes privados; e

³ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 143. No mesmo sentido: VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006; e, de modo mais radical: MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica do padrão emergente de intervenção social*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

⁴ GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 168.

- c) prestação indireta, com a atribuição de um serviço público social a um agente privado, que passa a exercê-lo fazendo as vezes do Estado, com estrita observância dos princípios do serviço público.

No primeiro caso está-se diante da prestação direta; no segundo, da prestação complementar; e no terceiro, da prestação indireta. Apenas sobre a segunda hipótese é que se aplicam as exigências do artigo 24 da Lei nº 8.080/90 e sua regulamentação, as quais trazem requisitos voltados à garantia de que tal modelo de atuação seja subsidiário à atuação estatal no setor.

3 Complementaridade na saúde

Em trabalho sobre o tema, este autor já defendeu que a noção de complementaridade deve ter como parâmetro todas as ações e serviços de saúde, os quais não podem ser executados integralmente por entidades privadas, por envolverem atividades exclusivas de Estado, como ações de vigilância, regulação e formulação de políticas públicas.⁵ Nesse diapasão, defendeu-se que a complementaridade da participação privada nos serviços públicos de saúde não implica limitação quantitativa à esfera passível de atuação privada contratada ou conveniada na prestação de serviços de assistência à saúde. Isso porque a referência constitucional à complementaridade, no caso dos serviços assistenciais, refere-se apenas à possibilidade de prestação tanto de uma forma (direta) quanto de outra (indireta).⁶

Em outras palavras, parte das ações e serviços públicos de saúde envolvem atividades exclusivas de Estado, as quais não podem ser repassadas aos particulares por meio de parcerias, por envolverem o exercício do poder de império do Estado. Já as atividades assistenciais, por envolverem a mera prestação de serviços, podem ser repassadas a entes privados sem qualquer limitação estabelecida *a priori*, desde que por meio de vínculos jurídicos que garantam o respeito às diretrizes do SUS e aos princípios do serviço público. Tal entendimento restou consagrado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da ADI nº 1.923/DF e foi especificado na decisão do Recurso Extraordinário nº 581.488/RS:

A ação complementar não implica que o privado se torne público ou que o público se torne privado. Cuida-se de um processo político e administrativo em que o Estado agrega novos parceiros com os particulares, ou seja, com a sociedade civil, buscando ampliar, completar, ou intensificar as ações na área da saúde. Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde – por meio de uma rede própria dos entes federativos –, tampouco que o poder público só possa contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina.

⁵ MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 167.

⁶ MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, Brasília, CMB, v. 2, p. 34-54, jan./jul. 2012.

Isso não implica que haja supremacia da Administração sobre o particular, que pode atuar, em parceria com o setor público, obedecendo sempre, como mencionado, os critérios da consensualidade e da aderência às regras públicas. Como se constata pelas exitosas experiências em países como Alemanha, Canadá, Espanha, França, Holanda, Portugal e Reino Unido, dentre outros, na área da saúde, importantes requisitos das parcerias, como contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação, consensualismo, eficiência e colaboração são fundamentais para que os serviços possam ser prestados de forma ao menos satisfatória.

Dessa perspectiva, como já escreveu Mânica:

[P]ode-se concluir que a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve complementar as atividades de competência do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiro. Tal entendimento veio ao encontro do que dispõe o artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços. Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementaridade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização.⁷ Entretanto, essa complementariedade não autoriza que se desconfigure a premissa maior na qual se assenta o serviço de saúde pública fixada pela Carta Maior: o Sistema Único de Saúde orienta-se, sempre, pela equanimidade de acesso e de tratamento; a introdução de medidas diferenciadoras, salvo em casos extremos e justificáveis, é absolutamente inadmissível.⁸

A previsão constitucional de complementariedade no SUS implica, portanto, a possibilidade de prestação privada dos serviços de assistência à saúde, os quais integram (e complementam) o rol mais amplo de ações e serviços de saúde previsto no artigo 200 do texto constitucional, muitas das quais relacionadas ao exercício de atividades exclusivas de Estado.

Nessa dimensão, no que tange ao setor de saúde, o maior ou menor volume de parcerias com a iniciativa privada com e sem fins lucrativos não decorre da aplicação do princípio da complementariedade, o qual meramente prevê a possibilidade de celebração de parcerias para prestação de serviços públicos de saúde e não para outras atividades exercidas pelo SUS.

De todo o modo, na saúde, a Constituição brasileira exige o protagonismo estatal na garantia de tais direitos, ainda que não na execução material das atividades necessárias para tanto. Daí que a Lei nº 8.080/90 e sua regulamentação preveem requisitos específicos voltados à restrição da contratação – por contrato de direito público ou convênio – de serviços privados de saúde pelo SUS.⁹ Isso porque, o fomento estatal à prestação privada de serviços complementares ao SUS deve ser opção subsidiária à prestação estatal de tais serviços.

⁷ MÂNICA, Fernando Borges, *op. cit.*, p. 7.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. *Diário de Justiça da União*, 8 abr. 2016.

⁹ Inserem-se nesta categoria os termos de parceria com OSCIPs – disciplinados pela Lei nº 9.790/99, e os termos de colaboração e termos de fomento com as OSCs – disciplinados pela Lei n. 13.019/14.

Acontece que os contratos de gestão com organizações sociais não implicam participação privada complementar ao SUS, justamente porque instrumentalizam que o particular faça as vezes do Estado, prestando efetivo serviço público, sob o regime de direito público. Em tal hipótese, o Poder Público não recorre aos serviços ofertados pela iniciativa privada, como se refere textualmente o artigo 24 da Lei nº 8.080/90, mas celebra com entidade privada e sem fins lucrativos um modelo de ajuste por meio do qual atribui a elas bens, equipamentos, recursos e, por vezes, pessoal. Todos públicos e voltados à prestação exclusiva de serviços em seu nome e sob o regime de direito público. Não por outro motivo, em tais modelos de ajuste a disponibilização dos serviços deve ser integralmente gratuita aos usuários.

Trata-se de modelo de atuação que encontra fundamento genérico no artigo 175 da Constituição Federal, que admite a delegação de serviços públicos de natureza social, em especial por meio das concessões administrativas previstas pela Lei nº 11.079/04 – as quais também não configuram hipótese de participação privada complementar ao SUS.¹⁰ Mas para além dele, o próprio ordenamento constitucional da saúde faz referência expressa à prestação indireta (“através de terceiros”) dos serviços de saúde em seu artigo 197, que assim prescreve que são de relevância pública “as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Dito isso, a participação privada complementar ao SUS, referida no artigo 199 da Constituição Federal, consiste na contratação de serviços privados – aí incluídos estrutura física, bens e pessoas, que passarão a atender pacientes SUS de modo complementar à ação estatal. Já o modelo de prestação dos serviços pelo Estado pode ocorrer pela própria estrutura estatal, segundo o modelo público integrado, ou mediante a gerência de um agente privado, conforme o modelo público contratualizado.

No primeiro caso tem-se a compra de serviços ou a atividade de fomento; no segundo, a atribuição ou delegação de um serviço público social a uma entidade sem fins lucrativos ou empresa privada (como ocorre no contrato de gestão e na concessão administrativa, respectivamente).

Como consequência de tal percepção, restam afastadas para os contratos de gestão (e para as concessões administrativas) as exigências trazidas pelo artigo 24 da Lei nº 8.080/90. Segundo a regulamentação deste dispositivo, dada pela Portaria de Consolidação nº 01/17, apenas pode haver participação privada complementar ao SUS “nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território”. Afinal, no contrato de gestão está-se diante de “serviços próprios” e não da “contratação de serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada”.

¹⁰ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

4 Eficiência na saúde

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência tem raiz no princípio italiano da *boa administração* e foi incorporado ao *caput* do art. 37 da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19/98. Trata-se, na lição do autor, de desenvolver a atividade administrativa de forma mais oportuna e adequada aos fins a serem alcançados, o que se faz pela escolha dos meios mais idôneos para tanto.¹¹ Nessa vertente, o ditame constitucional da eficiência pode ser traduzido pela utilização mais produtiva de recursos econômicos de modo a produzir melhores resultados e vedar desperdícios.

No que interessa ao presente estudo, deve-se notar que é posto ao gestor público escolher o meio mais adequado para o exercício de sua atividade prestacional (que pode ser direta ou indireta) ou promocional (que pode ocorrer por meio de diversos mecanismos de fomento), a fim de garantir a concretização dos direitos fundamentais, em especial os de caráter social. Trata-se da obrigação de satisfazer as necessidades dos cidadãos da maneira menos dispendiosa para a Administração e mais segura para o cidadão.

O princípio da eficiência tem como objetivo, conforme Ubirajara Costódio Filho, a utilização da forma correta dos recursos (meios de produção disponíveis), tendo em conta que a atividade deve estar voltada à melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos de trabalho), a fim de que recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas, etc.) sejam aplicados de forma mais plena possível. A preocupação é focada nos meios e métodos mais indicados, que precisam ser planejados a fim de assegurar a otimização dos recursos, pois cabem a eles atingir sua finalidade.¹²

Nesse ponto, deve-se ressaltar que o princípio da eficiência não implica a prevalência da racionalidade econômica na interpretação das leis ou na atuação do Estado. Como já afirmado em outra oportunidade, o princípio da eficiência incide na organização e no funcionamento da Administração Pública, de modo que a racionalidade econômica, sintetizada do dístico custo/benefício, é incorporada ao raciocínio jurídico como instrumento para definição da melhor forma de concretização dos direitos fundamentais.¹³

Para concretizar tal intento, o ordenamento jurídico admite três arranjos organizacionais voltados à provisão de serviços públicos de saúde, conforme acima já enunciado: a) prestação direta, com a criação de órgãos ou entidades estatais, com infraestrutura e pessoal próprios; b) prestação indireta, com a atribuição de um serviço público social a uma entidade do terceiro setor ou delegação a uma empresa que passa a exercê-lo fazendo as vezes do Estado; e c) atividade de fomento a uma entidade privada que preste um serviço privado de relevância pública ou a contratação de serviços privados pelo SUS. Para cada uma dessas hipóteses há um regime jurídico próprio, sendo que

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117 e 118.

¹² COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Emenda Constitucional nº 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 102-107.

¹³ MÂNICA, Fernando B. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na constituição de 1988. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, v. 32, p. 131, abr./jun. 2008.

deve ser eleito pela Administração Pública aquele que se mostrar mais adequado para cumprir a prestação almejada.

No plano da execução de atividades voltadas à garantia da saúde, a opção, portanto, de prestação direta ou indireta ocorre, nos termos da lei, conforme a discricionariedade administrativa. Cabe ao Administrador Público responsável pela garantia dos direitos fundamentais realizar sua escolha, que deve ser motivada e ter como fundamento o princípio constitucional da eficiência.

Esse entendimento foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, que em recente decisão afastou a ilegalidade da celebração de parceria no setor de saúde por suposto descumprimento do preceito veiculado no artigo 24 da Lei nº 8.080/90. Ao tratar do tema, assim se pronunciou o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, relator do acórdão:

55. Não desconheço a alegação do Ministério Público segundo a qual a Lei 8.080/94 previu que a iniciativa privada somente participará em complemento ao SUS nos serviços ofertados quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área.

56. Porém, essa análise está sujeita a aspectos que já estão sob o *discrímen* do administrador público, dentro de um ambiente político-democrático para a concepção de ideal intervenção do Estado nos domínios sociais. *In casu*, entendeu o então Prefeito que, para o alcance dos objetivos, a execução mais eficiente se daria por uma entidade parceira, pois, em sua esfera de atuação como Chefe do Executivo local, as disponibilidades não seriam suficientes para, em determinado momento, prestar a política pública em saúde advinda de programas federais.¹⁴

Nota-se, nesse quadrante, que também na interpretação da legislação federal dada pelo órgão máximo do Poder Judiciário competente para tanto, mesmo a opção pela prestação de serviços complementares ao SUS é entendida como uma faculdade a ser exercida por meio de decisão política a fim de obter máxima eficiência no atendimento aos cidadãos. Tal opção pode ser adotada, mesmo para a execução de programas federais de saúde, como aconteceu no caso concreto objeto de análise pelo STJ na decisão em referência.¹⁵

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 567.988/PR (2014/0206339-8). Primeira Turma, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça da União, 13 maio 2016.

¹⁵ É o que consta da própria ementa do julgado, que assim dispõe: “Efetivamente, não se mostrou vedado ao administrador público municipal firmar convênios com OSCIP na área de saúde pública, pelos seguintes motivos: (a) a própria Constituição Federal afirma que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, o que significa um claro *nihil obstat* ao ingresso de entidades do Terceiro Setor no âmbito das ações em saúde pública como área-fim; (b) partiu-se da premissa de que o Estado não é capaz de cumprir sua missão constitucional e precisa convocar os cidadãos ao auxílio na prestação dos serviços sociais; (c) a utilização das formas jurídicas de participação de Organizações Sociais, surgidas em cenário nacional na década de 1990, poderia ser vista como o modelo ideal de colaboração do particular com o Estado, numa perspectiva moderna de eficiência dos serviços públicos; e (d) é admissível a compreensão do Prefeito segundo a qual, para a execução dos programas federais, haveria a necessidade de contratação de agentes específicos e possivelmente temporários, sobretudo considerando a especificidade do profissional em Saúde da Família” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 567.988/PR (2014/0206339-8). Primeira Turma, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça da União, 13 maio 2016.

5 Motivação necessária para a celebração de contratos de gestão na saúde

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê e não admite, portanto, qualquer exigência de motivação da decisão de celebração de contratos de gestão no setor de saúde que vá além do dever ordinário de motivação dos atos administrativos.

Tal dever encontra-se encartado no artigo 2º, parágrafo único, inciso VII, da Lei nº 9.784/99, que trata do Processo Administrativo Federal,¹⁶ e deve ser interpretado em conjunto com o artigo 20 do Decreto-Lei nº 4.657/42, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.¹⁷

Não obstante, um precedente antigo do Tribunal de Contas da União, editado antes do julgamento da ADI nº 1.923, que chancelou a constitucionalidade da Lei nº 9.637/99 em 2015, tem sido utilizado pelos órgãos de controle para reforçar o raciocínio de que a celebração de contratos de gestão é hipótese subsidiária e complementar, devendo ser evitada – a menos que o gestor comprove categoricamente que esta é a opção mais adequada, viável e econômica para o caso concreto. Veja-se trecho da recomendação veiculada no Acórdão nº 3.239/13 da Corte de Contas:

Recomendar às secretarias de saúde que o processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais seja precedido de estudo detalhado que contemple:

- (a) justificativa de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostre-se a melhor opção;
- (b) avaliação precisa dos custos do serviço e ganhos de eficiência esperados da OS;
- (c) inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais e demonstrativo do cálculo das metas estabelecidas;
- (d) participação das esferas colegiadas do SUS.¹⁸

Como se percebe, a orientação dada pelo Tribunal de Contas da União traz parâmetros que vão além da exigência legal e que extravasam a própria lógica das relações de parceria. Sintoma disso é a referência constante da decisão do TCU, repetida em outras subseqüentes, ao disposto no artigo 7º, parágrafo segundo, inciso II, da Lei nº 8.666/93, que exige orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários antes da licitação de obras e de serviços.¹⁹ Ocorre que a contratação de obras e de serviços se refere a modalidade de ajuste absolutamente

¹⁶ “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: (...) VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão.”

¹⁷ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3239/2013. Tribunal Pleno, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27 nov. 2013.

¹⁹ “Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: (...) §2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: (...) II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.”

diversa dos contratos de gestão.²⁰ Não por outro motivo, a nova Lei nº 14.133/21 prevê expressamente que seus ditames não se aplicam aos contratos de gestão, os quais são regulados por lei própria.²¹

Ainda assim, não raro são expedidas recomendações ou determinações de órgãos de controle ainda mais restritivas que aquelas previstas pelo TCU. Tem sido comum a exigência de que o Poder Público apresente estudos de economicidade nos quais conste a comparação do valor unitário e total de todos os itens necessários para a gerência de uma unidade de saúde, de modo que se demonstre numericamente no caso concreto que o custo de uma parceria com organizações sociais é menor do que aquele decorrente da gestão pelo próprio Poder Público.

Esse foi o caso de um Município do Paraná, que realizou Estudo de Viabilidade Econômica contendo planilhas que especificam individualmente todos os custos mensais de uma unidade de saúde. São centenas de itens, como por exemplo, 90 comprimidos de Atenolol, 50 mg, ao custo de R\$0,03 (três centavos) por unidade; ou 400 seringas de 1 ml sem agulha ao custo de R\$0,12 (doze centavos por unidade).

Ainda que este Município tenha tido êxito em seu estudo – ao menos para atender à exigência do controle externo –, tantos outros não seguem seus processos diante da impossibilidade fática de sua realização. Além disso, muitos outros seguem respondendo questionamentos pela não realização dos estudos quando da tomada da decisão. Afinal não é possível – em uma parceria de longo prazo no setor como a saúde – delimitar a quantidade, orçar o preço efetivo de todos e cada um dos itens e depois controlar tal consumo e tal valor mês a mês ao longo dos anos. Muito menos comparar com o custo que o Poder Público teria para fazer a gestão direta da unidade de saúde.

De todo o modo, a jurisprudência dos tribunais pátrios tem sido firme em afastar a exigência desse estudo que comprove a economicidade do modelo por meio de planilhas detalhada contendo os custos unitários. Tem reconhecido os tribunais como válidas outras formas de definição do orçamento, seguido de planejamento racional e motivação jurídica dos processos de celebração de contratos de gestão com organizações sociais. Nesse sentido, recente decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina foi enfática ao afastar exigências que restrinjam a margem discricionária de escolha do administrador público:

Portanto, está reconhecida a constitucionalidade do modelo de gestão em que o Estado fomenta (sic) organizações sociais, mediante contrato de gestão, à execução de serviço público de saúde, sem que tal atividade se dê necessariamente de modo complementar.

Deve-se ter em conta ainda que impor outra forma de administração ao ente federativo, além da escolha efetuada pelo poder executivo entre duas opções reconhecidamente constitucionais (execução direta ou indireta), especialmente no tocante aos critérios de conveniência e oportunidade, importaria violação ao princípio da separação de poderes.²²

²⁰ Sobe o tema, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. Taxonomia da contratualização pública no Brasil: uma proposta de sistematização das parcerias com o terceiro setor. *RDPE – Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 119-137, abr./jun. 2019. ISSN 1678-7102.

²¹ “Art. 3º Não se subordinam ao regime desta Lei: (...) II – contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.”

²² ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0002637-15.2013.8.24.0004/SC. Rel. Des. Luiz Fernando Boller, julg. 07 fev. 2023.

Na mesma direção, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná foi incisivo ao afastar a impugnação de um processo de celebração de contrato de gestão na saúde ante a alegada ausência da comprovação da economicidade do modelo escolhido:

Por fim, a decisão pelo chamamento tem natureza discricionária, em que o administrador visualiza a oportunidade e a conveniência de uma determinada medida diante do cenário que a ele se apresenta.

E, tratando-se do mérito do ato administrativo, cabe ao Poder Judiciário tão somente o exame da legalidade, para que não se imiscua no âmago das escolhas da Administração e incorra em violação à separação dos Poderes.

Isso, porque o administrador, diante da conjuntura em que está inserido e das problemáticas por ele experimentadas, tem maior proximidade com as peculiaridades técnicas de suas atividades, demandas não atendidas e opções que podem porventura atendê-las com eficiência, etc.

Noutras palavras, as ponderações do administrador podem ser mais precisas e técnicas devido ao fato de que ele próprio conhece o seu dia a dia, cuja complexidade, por outro lado, não cabe ser inteiramente compreendida pelo Poder Judiciário.²³

Resta evidenciado, portanto, que o controle externo não pode invadir o espaço de discricionariedade do administrador público. Isso não significa que a opção não deva ser motivada e sua implementação planejada, conforme as exigências que incidem sobre toda e qualquer decisão administrativa.

Fato é que não há justificativa lógica ou jurídica para que seja exigido um esforço maior do gestor para justificar a opção por celebrar um contrato de gestão do que para justificar a opção por qualquer outro modelo de provisão de serviços públicos de saúde. A viabilidade e economicidade de qualquer escolha pública deve ser demonstrada nos limites da lei e da razoabilidade, não sendo lícito qualquer exigência que obstaculize ou impeça o exercício da discricionariedade administrativa.

O caminho desse entendimento foi fixado pelo Supremo Tribunal Federal desde a decisão da ADI nº 1.923, ao decidir que “cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado”.²⁴ Tal trilha tem sido seguida pelo Poder Judiciário, que não pode, como nenhum outro órgão de Estado, desrespeitar a autoridade da decisão do STF.

6 Conclusões

A previsão veiculada no artigo 24 da Lei nº 8.080/90, bem como sua disciplina infralegal, segundo a qual a celebração de ajustes com a iniciativa privada apenas pode ocorrer diante da insuficiência e da impossibilidade de ampliação dos serviços próprios, não se aplica à celebração de contratos de gestão com organizações sociais.

²³ ESTADO DO PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 0005198-92.2017.8.16.0004*. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Mansur Arida, julg. 22 nov. 2022.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923-5/DF*, Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz FUX, *Diário de Justiça da União*, 17 dez. 2015.

Além disso, a exigência trazida pela lei de licitações, segundo a qual a contratação de obras e de serviços depende de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, também não se aplica à celebração de contratos de gestão com organizações sociais.

Os estudos prévios à celebração de um contrato de gestão com organizações sociais para o gerenciamento de uma unidade de saúde deve conter análise da viabilidade e da economicidade do novo modelo, mas sem a necessidade de comprovação da impossibilidade de expansão dos serviços próprios (prestados por servidores públicos) e sem a necessidade de comprovação, mediante planilhas com preços unitários, de que o modelo de gestão por organizações sociais é mais barato que a prestação direta pela Administração Pública ou outros modelos em tese possíveis. Afinal, a viabilidade da celebração de contratos de gestão em unidades de saúde já foi reconhecida pelo STF e a justificativa para a escolha do modelo reside na eficiência, que não se circunscreve à racionalidade econômica e não pode ser medida meramente pela comparação numérica de custos.

Ainda que alguns órgãos de controle adotem a recomendação vertida no Acórdão nº 3.239/13 do Tribunal de Contas da União como precedente para tais exigências, o Poder Judiciário tem-nas afastado, de modo a exigir planejamento e motivação típicos do ordenamento pátrio no processo decisório voltado à celebração de contratos de gestão no setor de saúde. É imprescindível que os órgãos de controle externo amadureçam o tema, de modo a não fazer exigências, muitas vezes intransponíveis na realidade de cada caso, impedindo a legítima tomada de decisão e, potencialmente, a melhoria da eficiência na prestação dos serviços de saúde.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923-5/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz FUX, *Diário de Justiça da União*, 17 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. *Diário de Justiça da União*, 8 abr. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, [s.d.].

BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão nº 3239/2013. Tribunal Pleno, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27 nov. 2013

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Emenda Constitucional nº 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 102 – 107.

ESTADO DE SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça*. Apelação nº 0002637-15.2013.8.24.0004/SC. Rel. Des. Luiz Fernando Boller, julg. 07 fev. 2023.

ESTADO DO PARANÁ. *Tribunal de Justiça*. Apelação Cível nº 0005198-92.2017.8.16.0004. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Mansur Arida, julg. 22 nov. 2022.

FARIAS, Valter Nazareno. A estrutura organizacional da Administração Pública e os princípios formadores da função Administrativa. *Revista dos Tribunais*, RT, 833/75, maio, 2009.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri, SP: Manole, 2003.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MÂNICA, Fernando B. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na constituição de 1988. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, v. 32, p. 131, abr./jun. 2008.

MÂNICA, Fernando B; MENEGAT, Fernando. *Teoria jurídica da privatização: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, v. 2, p. 34-54. jan./jul. 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MÂNICA, Fernando Borges. Estudos de viabilidade e economicidade para a celebração de contratos de gestão com organizações sociais. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 127-139. ISBN 978-65-5518-581-2.

REGIONALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

THIAGO MARRARA

Introdução

A renovação da legislação brasileira de saneamento básico no ano de 2020 apresenta três diretrizes centrais muito evidentes: a *uniformização da regulação* criada por dezenas de agências locais estaduais; o *incentivo à desestatização* na execução do serviço, ou seja, o estímulo à entrada de agentes privados em detrimento de empresas estaduais que atuam por instrumentos de cooperação firmados com os Municípios; e, finalmente, a *regionalização*, como técnica de cooperação e coordenação que ocorre no âmbito ora do planejamento, ora da regulação, ora da prestação dos serviços.

A preocupação da reforma de 2020 com a regionalização da prestação revela-se inicialmente no art. 3º da Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (LDNSB). Somaram-se a esse artigo inúmeras definições adicionais. É verdade que ele já previa a gestão associada dos titulares como união voluntária entre entes federativos por técnicas de consórcio ou convênio de cooperação e a regionalização como unificação do prestador que serve a dois ou mais titulares. Isso mostra que a regionalização não representa novidade! A verdade é que, com a Lei nº 14.026, essa técnica já consagrada no ordenamento brasileiro foi significativamente expandida e detalhada.

Diante dessas modificações legislativas que atingiram a LDNSB, bem como as disposições tanto do Estatuto da Metrópole (Lei nº 13.089/2015) quanto da Lei de Consórcios Estatais (Lei nº 11.017/2005), este artigo objetiva: (i) explicitar o que abrange o serviço de saneamento básico no Brasil; (ii) esclarecer a titularidade do saneamento e suas formas de prestação; (iii) estabelecer a definição de regionalização e suas potenciais vantagens em termos de gestão pública; (iv) apontar a regionalização por cooperação intermunicipal; (v) explicitar a regionalização em unidades regionais, como Regiões Metropolitanas; (vi) tratar da regionalização por meio da nova figura da “unidade regional de saneamento” e (vii) tratar dos chamados “blocos de referência”, criados pela União como técnica subsidiária de regionalização.

1 A abrangência dos serviços públicos de saneamento no Brasil

Não é possível compreender adequadamente o tema da regionalização sem antes esclarecer três perguntas relevantes: o que o direito positivo brasileiro inclui no conceito de serviços públicos de saneamento? Quem titulariza os serviços de saneamento básico no Brasil? Quais são as modalidades ou formas possíveis para sua execução?

Tradicionalmente, os serviços de saneamento básico sempre foram tomados como ações e infraestruturas organizadas e destinadas ao abastecimento de água e ao esgotamento sanitário. No entanto, a LDNSB, editada pelo Congresso Nacional em 2007, expandiu significativamente essa definição, dividindo o saneamento em quatro frentes, de forma que cada uma delas envolve serviços, infraestruturas e instalações operacionais distintas e sujeitas a modelos de gestão diferenciados dentro de um mesmo Município.

A primeira frente é a do *abastecimento de água potável*, que abrange a disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição (art. 3º, I “a”, detalhado no art. 3º-A). Entre todos os serviços, o de água é o que se encontra em melhor situação no Brasil, pois sua rede se estende a uma boa parte da população. A LDNSB, atualizada em 2020, prevê que até o final de dezembro de 2033 a universalização deverá atingir 99% da população.

A segunda é a do *esgotamento sanitário*, que abrange coleta, transporte, tratamento e disposição final adequada dos efluentes (art. 3º, I “b” e art. 3º-B). Essas tarefas requerem infraestruturas desde a ligação predial até a destinação final. Embora o esgotamento esteja bem universalizado em certas regiões do Brasil, como o Sudeste, está muito pouco estruturado em outras, como a Norte. Por isso, a LDNSB definiu a meta de atingir 90% da população até final de dezembro de 2033 – meta de difícil atingimento, ainda mais diante da crise econômica, da dificuldade de atração de investimentos para pequenos Municípios e do tempo necessário para realizar atividades preparatórias, como o planejamento e a definição do regulador.

A terceira frente é a da *limpeza urbana e do manejo de resíduos sólidos*, englobando coleta, varrição manual ou mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada (art. 3º, I “c” e art. 3º-C). Os resíduos tratados pela política pública são, a princípio, os resíduos domiciliares e os de limpeza urbana. Resíduos comerciais e industriais podem ser excepcionalmente incluídos com autorização do titular e desde que não estejam sob responsabilidade do legislador. Diferentemente do quanto previsto para água e esgotamento, a LDNSB não estabelece metas de universalização para resíduos sólidos. Em parte, isso se explica pela existência de uma lei própria de resíduos (Lei nº 12.305/2010), que detalha a política e as obrigações dos diversos atores.

A quarta frente da política de saneamento consiste em serviços públicos de *drenagem e manejo das águas pluviais urbanas*. Isso inclui drenagem das águas, transporte, detenção ou retenção para amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas drenadas, bem como limpeza e fiscalização preventiva das redes (art. 3º, I “d” e art. 3º-D). Aqui, tampouco a LDNSB estabelece qualquer tipo específico de meta de universalização. Apesar do crescente interesse de pesquisadores e gestores públicos pelo tema em razão dos desastres urbanos com enchentes e deslizamentos de terra em

áreas urbanas, ainda se fala muito pouco sobre políticas de drenagem e pouquíssimas são as agências reguladoras de saneamento que ingressam nessa política.

2 A titularidade dos serviços de saneamento e suas formas de prestação

O tema da titularidade do saneamento nunca foi simples no Brasil. A confusão e conflituosidade que marcam a questão se devem a aspectos históricos e à redação da Constituição de 1988.

Ao tratar do tema da titularidade, Raul Freitas de Oliveira explica que a estruturação do saneamento pode ser dividida em quatro fases. Até a década de 1960, prevalecia a prestação direta pelos Municípios por meio de órgão da Administração Direta ou Indireta, como os Departamentos de Águas e Esgoto. Entre 1960 e 1970, surgem então as entidades metropolitanas, que atuavam principalmente em capitais, como São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, e em suas cidades vizinhas.

Na década de 1970, durante o período militar, a União passou a estimular a instituição de companhias estaduais de saneamento (empresas estatais na forma de sociedade anônima). O Banco Nacional de Habitação (BNH) financiava obras de infraestrutura na área; e os Municípios, por meio de lei ou atos precários, delegavam a execução do serviço às companhias estaduais. Já a partir da década de 1990, inicia-se a desestatização, e empresas privadas passam a atuar no setor com base em contratos de concessão.¹ Essas concessões, mais tarde, passariam também a ocorrer por meio de contratos de parceria público-privada em razão da edição da Lei nº 11.079/2004.

Esse histórico revela a constante inter-relação entre os três níveis federativos brasileiros (União, Estados e Municípios) na execução das políticas de saneamento básico. A União e os Estados sempre tiveram um papel fundamental, principalmente na criação de condições financeiras e operacionais para a execução. A isso se soma outro fator: até 1988, o Município não constituía uma esfera federativa. Ele já gozava de autonomia para assunto de predominante interesse local, mas não representava um ente político efetivamente. Desse modo, suas competências somente foram delineadas com mais precisão a partir da Constituição de 1988, que consagrou um federalismo tripartite. Ainda assim, a definição constitucional de competências materiais não restou tão evidente como necessitaria no campo específico do saneamento básico.

Ao tratar do tema, Oliveira revela dois aspectos importantes.² De um lado, o art. 30, que cuida das competências municipais, não mencionou o saneamento básico de maneira expressa. O art. 30, inciso V, afirma tão somente que compete aos Municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo transporte coletivo, que tem caráter essencial” (g.n.). Pela natureza das infraestruturas do saneamento e pela delimitação de seus usuários, torna-se mais simples intuir que o saneamento tem natureza de serviço público de

¹ FREITAS DE OLIVEIRA, Raul Miguel. A titularidade dos serviços de saneamento básico na lei de atualização do Marco Legal do Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.) *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 159.

² FREITAS DE OLIVEIRA, Raul Miguel. A titularidade dos serviços de saneamento básico na lei de atualização do Marco Legal do Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.) *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 157-158.

interesse local. Contudo, o histórico brasileiro já apontado não facilita essa conclusão. De outro lado, a própria Constituição dificulta a interpretação, pois trata do saneamento em dispositivos que se referem a outros entes federativos.³ O art. 21, inciso XX, prevê caber à União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte públicos”. Já o art. 23, inciso IX, prevê a competência material comum dos três níveis federativos para “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. A complicar o cenário, o art. 200, inciso IV, prevê que o Sistema Único de Saúde participa da formulação da política e “da execução das ações de saneamento básico”.

Esse contexto nebuloso, somado a um histórico de atuação conjunta de vários níveis federativos, suscitou conflitos diversos e levaram o Supremo Tribunal Federal (STF) a se manifestar sobre o tema em, ao menos, duas ações diretas de inconstitucionalidade: a ADI nº 1.842-5 e a ADI nº 2.077. Na primeira, o STF assentou que “a função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões [...]”. Conquanto se reconheça o caráter compulsório da integração metropolitana, isso “não esvazia a autonomia municipal”. Nesse contexto, o poder decisório e o poder concedente não podem se concentrar nas mãos de um único ente. A titularidade do serviço é ao mesmo tempo do Estado e dos Municípios envolvidos na unidade regional. Na segunda ação, o STF reconheceu ser inconstitucional o comando previsto na Constituição Baiana, que deslocava para o Estado a titularidade do poder concedente para a prestação de serviço público de saneamento básico, cujo interesse é predominantemente local.

O Supremo plantou, assim, o entendimento que foi consagrado na Lei nº 14.026/2020 e que culminou na diferenciação de dois cenários de titularidade. O primeiro deles diz respeito a “serviços de saneamento básico de *interesse local*” sob titularidade exclusiva de um Município. O segundo se refere aos “serviços de saneamento básico de *interesse comum*”, que se encontram sob a titularidade compartilhada entre Estado e Municípios envolvidos em unidades regionais, ou seja, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual. Referida diferenciação de titularidade consta expressamente do texto do art. 8º da LDNSB, que foi completamente modificado pela Lei nº 14.026/2020, afastando-se a antiga e problemática lacuna normativa da legislação de 2007 a respeito da titularidade.

3 As vantagens potenciais da regionalização

O art. 3º, inciso VI da LDNSB, na versão atualizada pela Lei nº 14.026/2020, trata a regionalização como “modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes” dos serviços de saneamento em “determinada região cujo território abranja mais de um Município”. Destaca-se que a regionalização não necessita envolver o serviço como

³ FREITAS DE OLIVEIRA, Raul Miguel. A titularidade dos serviços de saneamento básico na lei de atualização do Marco Legal do Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.) *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 158.

um todo. O legislador permite que se executem certos componentes de modo conjunto, enquanto os demais operam de forma isolada.

Antes de se apontar os caminhos para se regionalizar a prestação do saneamento, é preciso entender as razões dessa preocupação do legislador com a temática. Por que, afinal, tanta preocupação com a regionalização?

A resposta a essa indagação se encontra na estrutura federativa brasileira, hoje formada por 5.570 Municípios. Do total, somente 49 Municípios têm mais de 500 mil habitantes. Isso significa que, no geral, os Municípios são muito pequenos, desprovidos de recursos financeiros, técnicos e humanos suficientes para lidar com um serviço público tão complexo e tão custoso. Muitos deles não dispõem sequer de planejamento setorial estruturado, nem de entes reguladores. Além disso, essa fragmentação municipal gera assimetrias e elevam as dificuldades de coordenação da política nacional, o que compromete sua eficiência econômica e sua efetividade social.

Sob essas circunstâncias, espera-se que a regionalização, tão fomentada pelo legislador, tenha o efeito de promover os seguintes benefícios:

- a) **Coordenação e articulação interfederativa** – os serviços de saneamento dependem de inúmeros recursos comuns, principalmente os recursos hídricos e algumas infraestruturas. Nesse contexto, levando em conta principalmente o papel das águas, Patrícia Sampaio aduz que a regionalização deve promover maior coordenação entre os diferentes titulares, principalmente dentro da mesma bacia. Isso, por conseguinte, poderá evitar externalidades negativas da atuação isolada, como a poluição e consequente proliferação de vetores de doenças por gestões inadequadas. Outra vantagem da coordenação, a seu ver, reside na mitigação de falhas de mercado relativas à exploração dos bens comuns (ambiente e água), já que poderá reduzir a sobre-exploração e subinvestimento nos bens comuns.⁴
- b) **Investimentos e redução de custos** – a regionalização possibilita os Municípios mais próximos, por meio de mais coordenação, compartilharem infraestruturas essenciais à execução de todas as etapas dos serviços de saneamento. O compartilhamento de infraestruturas tem ao menos duas vantagens econômico-financeiras. De um lado, permite que somem investimentos em infraestruturas únicas, sem a necessidade de multiplicação do aparato técnico do serviço. A soma de investimento é capaz de viabilizar um serviço público mais adequado, sobretudo porque muitas delas não seriam possíveis com recursos isolados de um único Município. De outro lado, o compartilhamento de infraestruturas tem a vantagem de ocasionar a divisão de custos operacionais, necessários para mantê-las em bom estado de operação.
- c) **Economias de escala** – milhares de Município atuam para uma população muito reduzida. A somatória de seus contingentes demográficos, nesse contexto, tende a favorecer economias de escala, ou melhor, ganhos pelo aumento do número

⁴ SAMPAIO, Patrícia Pinheiro. Reforma do Marco Legal e o incentivo à prestação regionalizada, OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.) *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 174.

de usuários atingidos. Muitas dessas economias, como visto, advêm da divisão de custos de manutenção de infraestruturas, mas não é só isso. Os ganhos de escala também resultarão da prestação conjunta de serviços de atendimento, da contratação conjunta de serviços de terceiros etc. A tendência é de que o custo médio de prestação se reduza para prestadores regionalizados.

- d) Atratividade de investimentos** – o aumento do número de usuários atendidos pelo prestador também favorece políticas de desestatização e atração de capitais privados para o setor. Patrícia Sampaio cita dados que mostram a pouca atratividade do saneamento a investimentos privados nos últimos anos e, ao mesmo tempo, a incapacidade fiscal da maioria dos municípios brasileiros para atingir as metas esperadas de universalização. A seu ver, “o marco regulatório anterior à reforma promovida pela Lei nº 14.026/2020 não logrou êxito em atrair investimento privados em larga escala...”.⁵ Dados do IBGE de 2020 revelam que a participação da iniciativa privada no setor se limita a aproximadamente 3%. Com a regionalização, portanto, as áreas de exploração do serviço e o número de usuários se ampliarão, o que tende a facilitar a sustentabilidade econômico-financeira do serviço e a viabilizar margens de lucro de operação minimamente atrativas para investidores privados, que operam com parâmetro em custos de oportunidade.

4 A regionalização por cooperação intermunicipal espontânea

Por oferecer tantas vantagens potenciais, a regionalização como técnica de gestão associada de serviços públicos já vem sendo pensada e destacada pela legislação há bastante tempo. Não se trata, portanto, de uma invenção da Lei nº 14.026/2020, nem de uma medida exclusiva do campo do saneamento básico.

O art. 241 da Constituição de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, já tratava do assunto ao prever que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, “*autorizando a gestão associada dos serviços públicos*”, bem como a “*transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços públicos*”.

A partir do art. 241, editou-se a lei brasileira de consórcios (Lei nº 11.107/2005), que tornou os consórcios pessoas jurídicas interfederativas, com personalidade de direito público ou de direito privado. Isso revela que, antes mesmo da edição da Lei de Saneamento em 2007, existiam alguns caminhos para a regionalização, os quais continuam abertos aos titulares de serviços públicos.

Nesse sentido, o art. 3º, §1º, da LDNSB deixa claro que os Municípios poderão exercer a titularidade do serviço por gestão associada, valendo-se de convênio ou consórcio. Os convênios resultam na cooperação interfederativa contratual e permitem viabilizar que um prestador direto assuma serviços em favor dos usuários de outro titular. Aqui, não

⁵ SAMPAIO, Patrícia Pinheiro. Reforma do Marco Legal e o incentivo à prestação regionalizada, OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.) *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 175-176.

há necessidade de criação de novas pessoas jurídicas, pois um prestador já constituído e em funcionamento em um Município poderá auxiliar outro.

O uso do convênio merece, porém, uma advertência. Discute-se se eles dependem de lei anterior. A princípio, entendo que não. Essa exigência não consta da legislação contratual geral, nem da LDNSB.⁶ Ainda assim, mostra-se essencial que se respeitem, por analogia, os requisitos do art. 11 da lei setorial. Esse artigo estabelece cinco condições de validade de contratos que tenham por objeto a prestação de serviços de saneamento. Note-se que o dispositivo legal não se refere a requisitos para concessões apenas. Seu texto aponta contratos em geral, no que se deve incluir o convênio. Assim, é preciso que o titular, ao se conveniar com outro titular, tenha plano de saneamento básico ou participe de um plano regional, e que tenha uma estrutura regulatória, também comum. Outras condições são a existência de metas e cronograma de universalização, estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira, bem como a realização prévia de audiência e de consulta públicas. Reitere-se: os estudos preparatórios, as normas regulatórias, o plano e a participação popular, não precisam ser repetidos por todos os titulares. Eles podem agir em conjunto. Apenas as metas que deverão ser individualizadas para cada titular participante da cooperação por convênio.

Diferentemente do convênio de cooperação, na regionalização por consorciamento, há que se estruturar uma pessoa jurídica de direito público ou privado. Para tanto, estabelece-se um protocolo de intenções ratificado pelo Poder Legislativo dos entes políticos que desejam se consorciar. Em seguida, institui-se a pessoa, que contará com uma assembleia e com uma diretoria. As relações do consórcio com os entes consorciados ocorrerão por meio de dois instrumentos: (i) os contratos de programa disciplinarão as relações de atendimento do consórcio a cada ente que o forma e (ii) os contratos de rateio tratarão do custeio das atividades do consórcio e como cada ente político contribuirá para tanto. Esses contratos são dispensáveis nas situações em que as taxas geradas com a prestação direta do serviço forem suficientes para o custeio de todas as atividades.

Outra grande vantagem do consorciamento é a possibilidade de que os próprios consórcios, como pessoas da Administração Indireta, realizem licitações e transfiram a execução dos serviços públicos de todos os Municípios consorciados a um prestador privado. A esse respeito, a Lei nº 11.017 é clara: desde que autorizados no estatuto de criação, os consórcios poderão “outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos” (art. 2º, §3º). Note-se, porém, que os consórcios estão proibidos de formalizar contratos de programa com empresas estatais prestadoras de serviços de saneamento ou a subdelegar suas tarefas sem licitação (art. 13, §8º).

Apesar de algumas diferenças entre as figuras, na regionalização do saneamento por meio de convênios ou consórcios, há mais flexibilidades e facilidades em comparação com outras técnicas que foram consagradas na LDNSB. A uma, para regionalizar, não há necessidade de participação da União ou dos Estados. A duas, não é necessária qualquer lei estadual de criação ou ato federal. A três, os Municípios não necessariamente precisam ter contato territorial, ou seja, mesmo que não sejam fronteiros poderão

⁶ RIBEIRO, Wladimir Antonio. Regionalização e autonomia municipal. In: OFICINA MUNICIPAL (org.). *Série Cidadania e Política*. 2. ed. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2021, no prelo.

entrar em cooperação formal – o que pode ser interessante para serviços de tratamento de resíduos, por exemplo.

5 Regionalização em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões

Desde a década de 1970, o Brasil tem sua população concentrada em áreas urbanas e passa a contar com um grupo significativo de regiões metropolitanas, tendo como núcleo as capitais dos Estados federados. Desde então, as cidades médias e grandes passaram a crescer a um ritmo elevado, enquanto cidades pequenas reduziam. Na atualidade, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2019, o país conta com 17 Municípios com população superior a 1 milhão de habitantes, nos quais se acumulam 46 milhões de pessoas, ou seja, aproximadamente 30% da população brasileira.

Ao redor de praticamente todas essas grandes cidades, formaram-se regiões metropolitanas. Dados de 2019 mostram, nesse sentido, que existem 28 regiões desse tipo no Brasil, nas quais se concentram uma população superior a 99 milhões de habitantes. Para além delas, Municípios conturbados se espalham pelo território nacional e, neles, certas funções públicas se tornam interdependentes ou exercem impacto recíproco. Nessas realidades, a despeito de inexistir verdadeira metrópole, muitos entes locais avizinados agrupam-se em unidades regionais de menor complexidade.

Diante desse processo constante e crescente de urbanização e metropolização no Brasil desde o final da década de 1960, o art. 25, §3º, da Constituição da República previu três figuras para viabilizar a regionalização nos planos político, jurídico e administrativo, quais sejam: (i) as microrregiões; (ii) as aglomerações urbanas e (iii) as regiões metropolitanas. Essas três unidades regionais têm algumas características em comum. Em primeiro lugar, envolvem dois ou mais Municípios e ao menos um Estado federado – independentemente de haver, como dito, uma verdadeira metrópole. Em segundo, os Municípios participantes são fronteiriços, ou melhor, devem formar um espaço territorial contínuo, sem que um esteja isolado de todos os demais. Em terceiro, suas funções e ações são reunidas por força de uma lei complementar estadual. Em quarto lugar, os entes envolvidos assumem, por força de sua lei de criação, funções públicas de interesse comum (FPIC), que abrangem, a depender de uma escolha política, serviços públicos de saneamento.

Em 2015, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.089, conhecida como Estatuto da Metrópole. Nela se encontram as definições de cada uma das unidades regionais, bem como os requisitos para sua criação. De maneira geral, o Estatuto tem como foco as aglomerações urbanas e as regiões metropolitanas. Seu foco não são as microrregiões, que ainda dependem de esclarecimento normativo. Apesar dessa omissão, o Estatuto disciplina com clareza como as unidades regionais devem ser criadas, funcionar e operar na política de desenvolvimento urbano. Além da exigência de lei complementar estadual, a criação depende da elaboração de estudos de viabilidade e da realização de

mecanismos de participação popular, sobretudo audiências públicas nos territórios de todas as localidades envolvidas.⁷

As unidades regionais envolvem, como dito, Municípios necessariamente limítrofes e o Estado da federação em que se localizam. Os componentes do saneamento lançados à competência da unidade regional por sua lei complementar de criação caracterizam-se como “funções públicas de interesse comum” ou “serviços de saneamento básico de interesse comum” (art. 3º, XIV, da LDNSB). Quando isso ocorrer, diferentemente da regionalização voluntária realizada por consórcios ou convênios intermunicipais puros, a gestão associada do saneamento em regiões metropolitanas e aglomerações urbanas será compulsória, já que determinada por lei complementar estadual.⁸ A titularidade dos serviços de saneamento lançados para a unidade regional não se transfere ao Estado ou a qualquer outro Município vizinho, mas é partilhada pelo titular com todos os outros entes políticos envolvidos na unidade. Desse modo, nenhum titular pode decidir isoladamente sobre os rumos do serviço público. São obrigados, ao contrário, a debater e deliberar em conjunto dentro de órgãos colegiados que formam a estrutura de governança da unidade regional.

Para executar as funções de saneamento básico no âmbito regional, os entes políticos que formam a unidade têm discricionariedade para adotar inúmeras soluções: (i) abre-se a possibilidade de instituição de autarquias interfederativas para gerir o serviço diretamente ou para privatizá-lo em nome de todos. Aqui, volta-se à figura do consórcio; (ii) pode-se celebrar uma concessão ou parceria público-privada interfederativa para que um delegatário privado, selecionado mediante licitação, preste o serviço por um conjunto de anos a todos; (iii) os envolvidos podem firmar convênio para que um Município ou o Estado assumam o serviço por órgãos ou entes de sua Administração Direta ou Indireta ou (iv) cada titular permanecerá com o seu prestador, porém, sujeitando as tarefas do serviço comum à articulação e à harmonização determinada pelos órgãos da unidade regional.

6 A unidade regional de saneamento

O segundo caminho da regionalização se dá por meio de uma figura nova: a “unidade regional de saneamento”. Em contraste com as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, de acordo com as modificações da Lei nº 14.026, essa nova unidade tem três características peculiares: (i) é instituída por Lei Ordinária do Estado (não por Lei Complementar); (ii) pode envolver Municípios que não façam fronteira e (iii) envolve apenas ações no campo de saneamento.

Dadas suas características, mostra-se duvidosa a constitucionalidade da invenção da Lei nº 14.026. Essa figura nova não se insere nos três modelos de unidade regional do art. 25, §3º, da Constituição e se forma de modo dissonante ao que esse comando maior exige. A unidade de saneamento abre espaço para eventuais limitações estaduais à

⁷ MARRARA, Thiago. Art. 1º. In: MARRARA, Thiago (org.). *Estatuto da Metrópole comentado*. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2021, p. 20 e seguintes.

⁸ RIBEIRO, Wladimir Antonio. Regionalização e autonomia municipal. In: OFICINA MUNICIPAL (org.). *Série Cidadania e Política*. 2. ed. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2021, no prelo.

autonomia municipal sem respaldo constitucional e sem lei complementar. Isso, porque é criada pela Assembleia Legislativa e a presença do Estado é obrigatória. Essa conclusão se extrai do art. 1º, §1º, inciso III do Estatuto da Metrópole, que submete a unidade em questão a requisitos das demais espécies regionais, o que leva a crer que sua criação dependerá de estudos prévios, participação popular e envolverá necessariamente o Estado.

A chave para se contornar essa inconstitucionalidade da unidade de saneamento está em entender que a adesão dos Municípios é voluntária. O art. 8-A da LDNSB vai nesse sentido ao afirmar que “é facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada”. Embora não mencione explicitamente a unidade regional, esse dispositivo a abrange ao lado dos blocos regionais e da gestão associada intermunicipal pura (por convênio ou consórcio, sem participação da União ou dos Estados). Não poderia ser diferente, pois o art. 25, §3º, da Constituição não autoriza que os Municípios tenham sua autonomia limitada por outras técnicas além das três previstas de modo explícito no seu texto.

Além da fragilidade jurídica, é questionável a utilidade dessa nova unidade regional especial, sobretudo diante do modelo de microrregião e de outras formas de regionalização mais simples, como a cooperação intermunicipal pura para gestão associada, quer mediante consorciamento, quer por convênios, que dispensam lei de criação e afastam a participação do Estado. Fora desses modelos, o ordenamento brasileiro ainda prevê a Região Integrada de Desenvolvimento (Ride), regida pelo art. 43 da Constituição. A União está autorizada constitucionalmente a criar esse tipo de região com o objetivo de articular sua ação num mesmo complexo geoeconômico e social. Agora, a LDNSB permite que a Ride adote técnicas de prestação regionalizada desde que os Municípios participantes ofereçam sua anuência (art. 3º, §5º da LDNSB).

7 Os blocos de referência criados pela União

Outra novidade polêmica da Lei nº 14.026 de 2020 consiste nos chamados blocos de referência. Segundo o art. 3º, inciso VI, da LDNSB atualizada, trata-se de “agrupamento de Municípios *não necessariamente limítrofes estabelecido pela União...* e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares”. O bloco não é impositivo, mas meramente reconhecido pela União em ato formal da Administração Pública, contanto que os Municípios titulares desejem participar de gestão associada. Sempre que desejar criar um bloco, portanto, a União terá que consultar e ouvir previamente os Municípios, colhendo sua autorização formal.

Além da adesão voluntária dos titulares, essa figura tem duas características adicionais. Assim como ocorre na unidade regional de saneamento, aqui se dispensa a continuidade territorial dos envolvidos, ou seja, Municípios que não façam fronteira entre si podem operar no mesmo bloco. Ademais, o bloco é uma técnica de uso residual. Nos termos do art. 52, §3º, da LDNSB, “a União estabelecerá, *de forma subsidiária aos Estados*, blocos de referência para a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico”.

Em essência, a figura *sui generis* em debate não parece representar novidade organizacional ou contratual qualquer, mas sim – como é comum no direito administrativo

atual – um novo rótulo indicativo de situação jurídica! Em outras palavras: o legislador não criou nem uma pessoa jurídica, nem um novo tipo contratual. A LDNSB passou a indicar o bloco como uma declaração jurídica para que a União – e não apenas os Estados – possa estimular a regionalização, a atuação conjunta de certos titulares, no intuito de conduzir os Municípios ao compartilhamento de infraestruturas, à geração de economias de escala e à criação de um ambiente mais atrativo a investimentos e projetos de desestatização.

E como se espera que essa técnica dê resultados ao se considerar que a adesão dos titulares é voluntária? É simples. Tal como faz para estimular que agências estaduais e locais absorvam as normas de referência da ANA, a União igualmente se valerá de seus vultosos recursos de financiamento e fomento como isca. O art. 48, XVII, da LDNSB estabelece como diretriz para as ações federais a priorização de planos, programas e projetos que visem à implantação e ampliação de serviços integrados. Já o art. 49, inciso XIV, aponta como objetivos da política federal de saneamento a promoção da regionalização por meio do apoio à formação dos blocos e à sustentabilidade econômico-financeira. O art. 50, nessa linha, afirma que a alocação dos recursos federais ou geridos por órgãos federais ocorrerá em linha com as diretrizes e objetivos mencionados. Portanto, a alocação ficará condicionada à “estruturação de prestação regionalizada” e à “adesão dos titulares... à estrutura de governança... nos casos de unidade regional de saneamento, blocos de referência e gestão associada”. O §1º do mesmo artigo impõe a priorização de investimentos de capital para viabilizar serviços regionalizados por blocos regionais quando a sustentabilidade financeira não for possível com recursos de tarifa ou taxa de serviço.

Em síntese, o bloco de referência tem autonomia conceitual, já que não se confunde figuras organizacionais ou contratuais. Difere, assim, das regiões metropolitanas, das aglomerações urbanas, das microrregiões, da unidade regional de saneamento e da Ride. Tampouco se mistura com os instrumentos de cooperação interfederativa de natureza organizacional, como os consórcios, ou contratual, como os convênios. Trata-se tão somente de um selo, um rótulo, uma designação jurídica formal.

Em outras palavras, o bloco é ato administrativo federal (editado pela União), de natureza declaratória (da condição de partícipe do titular que a ele aderiu voluntariamente), com efeitos concretos, mas coletivos (já que atinge mais de um Município), que condiciona a validade do direcionamento de recursos da União para apoiar ações regionalizadas no campo do saneamento básico. E vale reiterar: trata-se de medida de regionalização subsidiária, cujo emprego somente será lícito quando a União constatar a ausência de outras técnicas de regionalização, sobretudo as que envolvam o Estado federativo em cujo território se localizem os Municípios titulares do serviço.

Conclusão

Responsável por uma ampla e significativa reforma da legislação de saneamento básico no Brasil, a Lei nº 14.026 de 2020 não inventou a regionalização, mas abriu e pavimentou novos caminhos para viabilizá-la. Além de consagrar a regionalização em vários planos da política pública, desde o planejamento, passando pela regulação

até a prestação, a nova lei abriu novos caminhos aos titulares dos serviços em questão, esclarecendo uma temática que ainda se encontrava bastante obscura na legislação setorial.

A partir de 2020, tornou-se evidente que os Municípios, reconhecidamente os titulares dos serviços públicos de saneamento básico, poderão agir de modo cooperativo e coordenado com suporte em instrumentos contratuais, como os convênios, e em instrumentos organizacionais interfederativos, como os consórcios e as empresas públicas, mas não só. As formas de regionalização se fortalecem e se ampliam com a disciplina legal das Regiões Metropolitanas, das Aglomerações Urbanas e das Microrregiões no Estatuto da Metrópole de 2015 e sua menção explícita na LDNSB, e com a criação, em 2020, de duas novas figuras polêmicas: as unidades regionais de saneamento e os blocos de referência.

A despeito das críticas e conflitos que pairam sobre essas técnicas, principalmente sobre as unidades de saneamento e os blocos de referência, fato é que o direito brasileiro assumiu a regionalização como ferramenta central para viabilizar as audaciosas metas de universalização dos serviços de saneamento, tão relevantes à vida, à saúde e à dignidade dos cidadãos. E essa opção pelo fortalecimento da regionalização assenta-se numa premissa evidente, qual seja, sua capacidade de promover articulação e coordenação administrativa e federativa, de compartilhar custos operacionais de infraestruturas, de somar investimentos, de elevar economias de escala com a ampliação da base de usuários, de atrair investimentos privados e, principalmente, de tornar mais sustentável, sob a ótica ambiental e econômico-financeira, a prestação adequada desses serviços complexos e custosos.

Referências

FREITAS DE OLIVEIRA, Raul Miguel. A titularidade dos serviços de saneamento básico na lei de atualização do Marco Legal do Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.) *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

MARRARA, Thiago. Art. 1º. In: MARRARA, Thiago (org.) *Estatuto da Metrópole comentado*. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2021, disponível online.

OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.) *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

SAMPAIO, Patrícia Pinheiro. Reforma do Marco Legal e o incentivo à prestação regionalizada, OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.) *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

RIBEIRO, Wladimir Antonio. Regionalização e autonomia municipal. In: OFICINA MUNICIPAL (org.) *Série Cidadania e Política*. 2. ed. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2021, no prelo.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARRARA, Thiago. Regionalização do saneamento básico no Brasil. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 141-152. ISBN 978-65-5518-581-2.

ASSOCIAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO E OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA EXECUÇÃO DE OBJETIVOS DE INTERESSE COMUM PELOS MUNICÍPIOS

MARIANA MENCIO

1 Introdução

O presente artigo tem o propósito de analisar a efetiva necessidade da criação das associações de representação dos municípios, uma vez que a legislação já previa os consórcios públicos como forma de reforçar a atuação dos municípios no federalismo cooperativo. A partir do estudo da autonomia município e exercício de competências comuns será possível compreender as características do federalismo cooperativo que trazem a necessidade de reforçar instrumentos jurídicos associativos por parte das entidades municipais para o desempenho das competências constitucionais. Deste modo, o artigo apontará as semelhanças e diferenças entre cada um dos institutos como forma de sugerir aos entes municipais, na medida do possível, a adoção das duas estruturas jurídicas associativas, ainda que existam desafios jurídicos a serem enfrentados no aperfeiçoamento da atuação municipal no desempenho dos interesses comuns.

2 Autonomia municipal e o exercício de competências federativas

Nos termos dos artigos 1º e 18 da Constituição Federal, o Município, como parte integrante da Forma de Estado Federalista,¹ exerce sua autonomia política² por meio

¹ Apesar de não concordarmos com esta posição, é importante mencionar que alguns doutrinadores afastam o caráter federativo do município, como é o caso do professor José Afonso da Silva e José Nilo de Castro. Para estes autores os municípios são apenas integrantes da federação. Acompanhe o raciocínio exposto por eles: A Federação, deessarte, não é de Municípios e sim de Estados, cuja caracterização se perfaz com o exercitamento de suas leis fundamentais, a saber, a da autonomia e da participação. Não se vê, então, participação dos Municípios na formação da federação. Os Municípios não têm representação no Senado Federal, como possuem os Estados federados, não podem propor emendas à Constituição Federal (art. 60), como o podem os Estados, nem possuem Poder Judiciário, Tribunais de Contas (salvo São Paulo e Rio) e suas leis ou atos normativos não se sujeitam ao controle concentrado do STF. Ainda, o parecer prévio do Tribunal de Contas ou órgão equivalente só pode ser rejeitado por 2/3 dos Vereadores, Esse quórum qualificado não é exigido, na Constituição da República, para os entes federativos (União e Estados). José Afonso da Silva afirma que existem na Constituição Federal onze ocorrências das expressões unidade federada e unidade da federação, referindo-se apenas aos Estados e Distrito Federal, nunca envolvendo os Municípios. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 620) e CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 25.

² Adotamos o entendimento sobre autonomia política das professoras Fernanda Dias Menezes de Almeida e Ana Cândida da Cunha Ferraz. Nas palavras da professora Fernanda Dias Menezes de Almeida: Desfrutam os

de quatro aspectos essenciais consagrados pela doutrina das professoras Fernanda Dias Menezes³ e Ana Cândida da Cunha Ferraz:⁴ capacidade de auto-organização, de autogoverno, de autolegislação e de autoadministração.

Nesse sentido, adotamos o entendimento defendido pelos professores Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Junior, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Alexandre de Moraes e Pedro Estevam Serrano, que sustentam, com base no art. 1º da Constituição Federal, que o Município é componente essencial do sistema federativo brasileiro. Reconhecem todos eles que o Município não participa da formação da vontade geral por meio do Senado Federal, no entanto, sustentam que este critério não autoriza desqualificá-lo como ente federado. Este é também o nosso entendimento.⁵

Por outro lado, entendem ainda que a Constituição Federal, em seu art. 34, VII, “c”, atribuiu ao Município autonomia plena tal como os demais entes federados, quando eleva a defesa da autonomia municipal à categoria de princípio sensível, de necessária observância pelo constituinte derivado decorrente e cuja inobservância implica decretar a intervenção federal no respectivo Estado- membro.

Dentro desta linha de raciocínio, acrescenta Pedro Estevam Serrano⁶ que aqueles que retiram do município a qualidade de ente federado não defendem suas posições baseados em argumentos jurídicos, mas em modelos da ciência política e teoria geral do Estado. Além disso, estão extremamente apegados ao modelo federativo norte-americano, que não considera o Município como estrutura federativa. Ora, cada Constituição tem o condão de delinear, obedecidos alguns primados básicos, o modelo federativo coerente com sua evolução histórica e política. Embora não existam algumas características, o requisito essencial está garantido ao Município que tem autonomia política em todas as acepções.

A organização dos Municípios é promovida por meio da Lei Orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, a qual deverá respeitar os princípios estabelecidos pela Constituição Federal e Estadual.

No que tange ao exercício de competências administrativas e legislativas, a Constituição Federal indicou o rol de competências legislativas, administrativas nos arts. 30, 23 e 24 e tributárias no artigo 156. Além disso, garantiu a eleição de prefeito e vice-prefeito para o exercício das funções executivas (art. 29, II) e escolha de Vereadores para o exercício das funções legislativas na Câmara Municipal (art. 29, I).

O sentido da expressão objetivos comuns utilizada pelo legislador tanto na Lei dos Consórcios Públicos (Lei Federal nº 11.107/2005) quanto na Lei Federal das Associações Cívicas de Representação dos Municípios (Lei Federal nº 14341/2022) refere-se

Estados-membros, isto sim, de autonomia, ou seja, de capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes Estaduais aos Poderes da União.

³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11.

⁴ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Poder Constituinte do Estado-membro, p. 54 *apud* ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 321.

⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 301.

⁶ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Região Metropolitana e seu regime constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 106.

expressamente ao exercício de competências administrativas e legislativas, representada como um dos aspectos essenciais da autonomia política municipal.

A noção jurídica de competência está vinculada diretamente à realização de finalidade atribuída por uma norma jurídica. Igualmente, refere-se à ideia de função pública, o que lhe confere caráter de exercício obrigatório. Mais uma vez, Carlos Ari Sundfeld⁷ relaciona os conceitos de competência e função com base em Paolo Biscaretti di Ruffia,⁸ que traduzem duas ideias fundamentais: as competências são exercidas em nome de interesse alheio, público, e por isto são obrigatórias.

Do ponto de vista da divisão de competências federativas, a Constituição Federal adotou o modelo cooperativo democrático, pois modernizou a redistribuição de competências constitucionais, garantindo a divisão horizontal, por meio das competências privativas, sem descuidar dos mecanismos de cooperação, desenvolvidos através das competências administrativas comuns (art. 23) e concorrentes (art. 24).

Gilberto Bercovici⁹ afirma que a Constituição de 1988 consagrou a coordenação e a cooperação federativa. A cooperação garante a autonomia de todos os entes federados e promove o equilíbrio de atribuições entre todos os núcleos de poder. Por sua vez, a coordenação pressupõe a colaboração e revela o modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação.

No nosso modelo constitucional, a coordenação é exercida conforme o art. 24, através das competências concorrentes. A União e os demais entes federados concorrem para o exercício de uma competência, mas com âmbito e intensidade distintos.

Por outro lado, na cooperação todos os entes federados devem exercer sua competência conjuntamente, excluindo a possibilidade de atuação isolada de cada um. Na Constituição de 1988, foi prevista no art. 23, nas competências comuns.

Com relação ao Município, a Constituição Federal, no artigo 23, definiu as competências materiais comuns, isto é, exercidas ao lado da União, Estados e Distrito Federal.

Por sua vez, no artigo 30, expressamente, atribui ao Município o exercício de competências privativas materiais administrativas e legislativas. No grupo de atribuições privativas administrativas, podemos destacar, por exemplo, promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (inciso VIII). Já no segundo bloco de competências privativas, compete ao Município legislar sobre interesse local (art. 30, I) e a necessidade de suplementação da legislação federal e estadual.

É importante destacar que o termo interesse local serve como referência tanto para o exercício das competências privativas quanto as de suplementação da legislação federal e estadual. De acordo com os professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 9ª tiragem. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113.

⁸ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito Constitucional*. Instituições de Direito Público. Tradução brasileira de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984 *apud* SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 9. tir. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113. Segundo o autor: "A atividade pública cujo exercício é regulado pelo direito público constitui função. Função, para o Direito, é o poder de agir, cujo exercício traduz verdadeiro dever jurídico, e que só se legitima quando dirigido ao atingimento da específica finalidade que gerou sua atribuição ao agente. O legislador, o administrado e o juiz desempenham função: os poderes que recebem da ordem jurídica são de exercício obrigatório e devem necessariamente alcançar o bem jurídico que a norma tem em mira".

⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 149.

Serrano Nunes Júnior,¹⁰ o termo deve ser interpretado de acordo com a doutrina constitucionalista dominante como sinônimo da expressão “peculiar interesse” tal como a Constituição Federal anterior tratava. De acordo com as lições dos professores “todo o interesse municipal é, reflexamente, estadual e, ao mesmo tempo, federal. Portanto, o interesse do Município deve ser o preponderantemente local”.

Apesar do exercício de competências exclusivas materiais e legislativas do Município, não há que se falar no afastamento do federalismo de cooperação que revela o ambiente jurídico propício para o exercício da cooperação entre os entes municipais por meio dos institutos associativos dos consórcios públicos e associações de representação dos municípios.

3 Objetivos comuns municipais e as leis federais dos consórcios públicos e associações civis de representação dos municípios

Como mencionado no item anterior, a Constituição Federal previu para o federalismo cooperativo o exercício de competências privativas ao lado das comuns, que forneceram aos Municípios instrumentos para o exercício colaborativo de suas atribuições federativas por meio do alcance dos objetivos ou interesses comuns municipais.

Dispõe o artigo 241 da Constituição Federal que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Com base nesse artigo constitucional, foi publicada a Lei Federal nº 11.107/2005, que trata, nos termos do artigo 1º, sobre normas gerais para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum. Por sua vez, foi editado o Decreto Federal nº 6.017/2007, que regulamentou a Lei Federal nº 11.107/2005 ao dispor sobre o detalhamento da implementação dos consórcios públicos, caracterizado nos termos do inciso I do artigo 1º como pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.

Além do referido fundamento constitucional, o professor Sérgio Andréa Ferreira¹¹ entende que os consórcios públicos estão baseados no artigo 22, incisos I e XXVII, da Constituição Federal, que dispõe sobre a competência privativa da União para legislar sobre direito civil e normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados,

¹⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. rev. atual. até a EC 84 de 2 de dezembro de 2014. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 374.

¹¹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Consórcios públicos. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 750.

Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III.

De outro giro, em 18.05.2022, foi publicada a Lei Federal nº 14.341, que dispõe sobre a Associação de Representação dos Municípios. Por força do artigo 2º, inciso I, alínea "a", os municípios poderão organizar-se para fins não econômicos em associação, constituindo-se como pessoa jurídica de direito privado, na forma da lei civil. Levando em conta que a disciplina de associação é típica matéria do direito civil, também é possível enquadrar a base constitucional para edição da referida lei no artigo 22, inciso I. Ademais, como veremos mais adiante, por ser a associação pessoa jurídica de direito privado, tal como uma das possibilidades atribuídas aos consórcios públicos para associação entre diversos entes federados, nos termos do artigo 1º, §1º, a base constitucional para sua edição está nos artigos 22, XXVII, e 241.

É importante destacar que alguns doutrinadores questionam os artigos constitucionais que autorizaram a edição da Lei de Associação de Representação dos Municípios, uma vez que entendem não ser competência privativa da União legislar sobre formas de cooperação, associação entre os municípios.¹² No entanto, discordamos dessa posição, uma vez que não há imposição por parte da União no sentido de obrigar a criação de associações por parte dos Municípios, mas apenas a colocação à disposição dos municípios de regras específicas caso optem por viabilizar esse regime jurídico na consecução de objetivos comuns.

Com relação à organização administrativa dos municípios¹³ por consórcio ou por associação, as leis federais impõem como finalidade o alcance dos objetivos de interesse comum. Dispõe o artigo 1º da Lei Federal nº 11.107/2005 c/c Decreto nº 6017/2007 sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de *objetivos de interesse comum e dá outras providências*. Por sua vez, o artigo 1º da Lei Federal nº 14.341/2022 versa sobre a associação de municípios na forma de Associação de Representação de Municípios, para a realização de objetivos de interesse comum de caráter *político-representativo, técnico, científico, educacional, cultural e social*. Acrescenta ainda no artigo 2º, inciso VII, que os Municípios poderão organizar-se para fins não econômicos em associação, observados critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar a associação a representar os entes da Federação associados perante outras esferas de governo, e a promover, judicial e extrajudicialmente, os interesses dos Municípios associados.

¹² GIMENEZ, Décio Gabriel. Juiz Federal e Professor da Universidade Santa Cecília em Santos. Palestra proferida no dia 10.8.2022 no formato híbrido pela Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (Emag) sobre o tema Inovação da Lei 14.341/2022: a associação de representação de municípios. O evento, voltado a magistrados, servidores e público em geral, ocorreu na modalidade híbrida. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7XVv6Mdpw0Q>. Acesso em: 6 jan. 2023.

¹³ É importante ressaltar que por força do artigo 1º a Lei Federal nº 11.107/2005 prevê a possibilidade de formação de consórcios públicos pela articulação de Municípios, Estados e União, ressaltando que pelo §2º a união somente participará dos consórcios em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os municípios consorciados. No entanto, como estamos discorrendo sobre associação entre municípios, daremos ênfase a esta formação.

4 Natureza jurídica associativa personalizada

De acordo com o Dicionário Caldas Aulete, é possível destacar dentre os sentidos jurídicos do vocábulo Associação:¹⁴ “s.f... 3. A União organizada de pessoas ou entidades com um objetivo comum: A Constituição garante o direito de associação; 4. Grupo organizado de pessoas ou entidades visando a um objetivo comum; SOCIEDADE: associações secretas”.

Por outro lado, conforme o mesmo dicionário, podemos mencionar dois sentidos para o termo consórcio:¹⁵ “2. União, associação de empresas distintas e autônomas para execução de um projeto comum, ger: de grande porte; 4. União, combinação ou associação de qualquer natureza”.

Sendo assim, semanticamente, os dois termos levam à ideia de reunião de esforços para alcance de objetivo comum.

O reforço em relação ao argumento exposto pode ser retirado dos ensinamentos de Sérgio de Andréa Ferreira,¹⁶ que esclarece ser o consórcio uma modalidade de reunião de entes jurídicos, tendo por fim a realização de atividades de interesse comum. Acrescenta ainda que a existência do consórcio tem por base o negócio jurídico, pacto consórtil, que se identifica como contrato plurilateral. Vale a pena destacar as explicações desenvolvidas pelo autor citando Pontes de Miranda¹⁷ acerca dos negócios jurídicos plurilaterais que trazem o embasamento para justificar a natureza dos consórcios públicos: realça Pontes que a finalidade comum está na base dos negócios jurídicos plurilaterais, em que não há prestação e contraprestação, contraposição dos interesses dos figurantes, intercâmbio; o que ocorre é que as prestações convergem, concentram-se, fundem-se, para que se atinjam o fim comum: o que cada figurante vai receber, para si, provem da atuação comum.

Acrescenta ainda o autor¹⁸ que o consórcio admite duas espécies básicas: o consórcio-associação e o consórcio não associação, ou simplesmente vinculativo. Apenas o consórcio associação gera a criação de sociedade ou associação, que atua pelos consorciados, isto é, consórcio personalizado. Enfatiza o autor que as associações cooperam juridicamente, isso significa que atuam em pé de igualdade, por meio de atuação com contratante ao invés de contratante e contratado. Nas palavras do autor:¹⁹ “Neste caso, identifica-se a causa associativa, caracterizada pela *affectio societatis*, pode

¹⁴ AULETE, Caldas. *Novíssimo Aulete dicionário contemporâneo da língua portuguesa/Caldas Aulete*. (organizador Paulo Geiger). Rio de Janeiro: Lexikon, 2011, p. 162.

¹⁵ AULETE, Caldas. *Novíssimo Aulete dicionário contemporâneo da língua portuguesa/Caldas Aulete*. (organizador Paulo Geiger). Rio de Janeiro: Lexikon, 2011, p. 384.

¹⁶ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Consórcios públicos. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 743.

¹⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Consórcios públicos. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. *Apud*: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, p. 7-8

¹⁸ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Consórcios públicos. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 745.

¹⁹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Consórcios públicos. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 745.

levar, ou não, à personalização; em caso afirmativo, com a constituição de associação ou sociedade”.

Nos termos do artigo 6º incisos I e II da Lei Federal nº 11.107/2005, o consórcio público adquirirá personalidade jurídica de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções e de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil. Nos termos do §1º do artigo 6º, o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. Por outro lado, de acordo com o artigo 15, no que não contrariar esta lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos, serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis.

De outro giro, a Lei Federal nº 14.341/2022 previu no artigo 2º, inciso I, que os Municípios poderão organizar-se para fins não econômicos em associação, constituída por pessoa jurídica de direito privado, na forma da lei civil. Neste sentido, com base na referida lei, poderemos indagar se referida estrutura, tal como os consórcios públicos, integrará a Administração Indireta dos municípios? A resposta é negativa, em função das razões de veto expostas pela Presidência da República.

Inicialmente, as associações de representação dos municípios poderiam ser constituídas por pessoa jurídica de direito privado e público. Contudo, a alínea “b” do inciso I e o parágrafo único do artigo 2º foram vetados, sob o argumento de que apenas os consórcios públicos poderão constituir ente público interfederativo, de natureza autárquica, integrante da Administração Pública Indireta de todos os municípios filiados. Sendo assim, as associações de representação dos municípios formarão associações com personalidade de direito privado, que não integram sua Administração Indireta.²⁰

Desse modo, as associações de representação dos municípios são reguladas pelos artigos 53 a 61 do Código Civil, que são aplicados de forma subsidiária aos dispositivos da Lei Federal nº 14.341/2022. Ressaltamos, nos termos do artigo 53 do Código Civil, que as associações são constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, sendo que não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

Diante do exposto, concluímos que as associações de representação dos municípios e os consórcios públicos apresentam como característica comum reunião de entes destinados à realização de objetivos comuns. Sendo que no primeiro caso sua estrutura não integra a Administração Indireta municipal e no segundo caso, as duas formas de

²⁰ Destaque ao trecho das razões de veto: “Entretanto, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade, uma vez que não pode autorizar a criação de associação representativa com personalidade jurídica de direito público distinta da prevista no art. 241 da Constituição e na Lei nº 11.107, de 2005, cujo objeto se restringe à gestão associada de serviços públicos. Nesse sentido, ressalta-se que o formato ‘associação pública representativa’ caracteriza-se como ente público interfederativo, de natureza autárquica, o qual deve integrar a administração pública indireta de todos os Municípios filiados. Esse tipo de cooperação ou de agrupamento interfederativo, materializado a partir da criação de pessoa jurídica distinta dos entes associados, somente seria juridicamente possível mediante autorização expressa do Constituinte, para o fim específico de gestão associada de serviços públicos. Desse modo, se não dotada de autorização excepcional e específica, lei ordinária federal não poderia criar entidade pública autárquica interfederativa que integrasse simultaneamente a administração indireta de todos os entes federativos consorciados, a teor do art. 6º da Lei nº 11.107, de 2005, que só autoriza a constituição de associações públicas com conceito de consórcio público se adstrito ao que foi estatuído no art. 241 da Constituição. Do contrário, seria tolerar a ampliação do escopo delineado pelo próprio art. 241 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998 (cf. Recurso Extraordinário nº 120.932, julgado em 24.03.1992).”

pessoa jurídica integram a Administração Indireta dos municípios participantes dos consórcios públicos.

5 Regime jurídico dos consórcios públicos e das associações de representação dos municípios: semelhanças e diferenças

Ao discorrermos sobre a natureza associativa dos dois institutos jurídicos, identificamos um conjunto de características semelhantes em sua estrutura jurídica. No entanto, ainda assim é possível questionar a necessidade de criação da Lei Federal nº 14.341/2022 com a introdução de nova organização administrativa para o município.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²¹ de forma enfática, entende ser desnecessária a instituição de uma nova pessoa jurídica para viabilizar funções de interesse comum de municípios. Na opinião da autora²² “bastaria dar aos consórcios públicos as atribuições previstas na Lei nº 14.341 ou firmar os convênios previstos no artigo 241 da Constituição”. De forma crítica, a autora entende que a Lei da Associação de Representação de Municípios subtraiu da pessoa jurídica criada o regime jurídico de direito público, causando prejuízos ao interesse público, principalmente pela perda das prerrogativas judiciais de que dispõem os entes federativos e as pessoas jurídicas de direito público. Na realidade, foi criada uma entidade *sui generis*, que se constitui como forma de descentralização de atividades próprias dos Municípios, ainda que possam não ter, todas elas, a natureza de serviços públicos.²³

Contudo, apesar da valiosa crítica legislativa produzida pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entendemos que diante da criação da nova estrutura jurídica municipal é importante compreendermos o conteúdo do novo instituto jurídico que igualmente ampliou as possibilidades de os municípios desempenharem em conjunto suas funções constitucionais.

Sendo assim, analisaremos os motivos que acarretaram a elaboração da Lei Federal nº 14.341/2022, bem como do estudo comparativo entre os dois diplomas legislativos levando em consideração os seguintes requisitos: objeto; finalidade; formas de constituição, atuação, regime jurídico; filiação/desfiliação e controle. A partir da comparação entre estes elementos, poderemos verificar as potencialidades de cada regime jurídico para fortalecer a atuação do município.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed., p. 649. Disponível em: <https://grupogen.vitalsource.com/books/9786559646784>.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed., p. 649. Disponível em: <https://grupogen.vitalsource.com/books/9786559646784>. Nas lições da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro: “A Associação de Representação de Municípios talvez se aproxime mais das entidades paraestatais, no sentido de que se constitui para o desempenho de atividades de interesse comum dos Municípios. Mas delas se afasta pelo fato de não ser criada por lei e não decorrer da iniciativa privada. Ela se coloca entre o público e o privado. Aproxima-se do setor público, porque é constituída por entes federativos (os Municípios), para o desempenho de atividades que eles mesmos poderiam exercer; a sua manutenção depende recursos públicos oriundos de leis orçamentárias dos Municípios que a integram e está sujeita a controle pelos Tribunais de Contas. Afasta-se da natureza pública, porque nem presta serviço público (ainda que desempenhe atividades de interesse comum dos Municípios), não se sujeita a concurso público para seleção de seu pessoal nem a licitação para celebração de seus contratos, não dispõe das prerrogativas judiciais próprias das pessoas jurídicas de direito público. A aplicação prática da Lei nº 14.341 vai esbarrar em muitas dificuldades e controvérsias de ordem jurídica.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed., p. 649. Disponível em: <https://grupogen.vitalsource.com/books/9786559646784>.

Do ponto de vista da exposição de motivos, o Projeto apresentado pelo Senador Anastasia, sob a rubrica nº 486/2017, publicado no *Diário do Senado Federal* nº 188/2017,²⁴ sustenta ser as associações representativas um instrumento para o reforço para o exercício das competências dos municípios, tal como dispõe o artigo 358, inciso X, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Nesse sentido, essas figuras poderão viabilizar a possibilidade de representação dos municípios junto aos órgãos do Judiciário, bem como a possibilidade de pagamento de contribuições para associações, além dos repasses dessas associações para as confederações dos municípios. Com essas inovações, o município poderá fortalecer sua autonomia política.

Do ponto de vista das tipologias federativas que formarão as figuras associativas, notamos que os consórcios públicos são mais amplos, pois poderão constituir associação pública ou pessoa jurídica de direito privado a partir da reunião entre a) União,²⁵ Estados e Municípios, b) Municípios, quando o consórcio for constituído só por Municípios; c) um Estado e Municípios com territórios nele contidos; d) entre apenas os Estados; e) entre Estado e Distrito Federal; f) entre Municípios e Distrito Federal. Por sua vez, nos termos do artigo 2º, inciso I, “a”, e inciso II da Lei Federal nº 14.341/2022, no caso das associações, apenas os Municípios poderão organizar-se para fins não econômicos, por meio da constituição de pessoa jurídica de direito privado, na forma da lei civil, com atuação na defesa de interesses gerais dos Municípios integrantes.

No que toca aos objetivos comuns que cada figura associativa deverá alcançar, prevê o artigo 2º da Lei Federal nº 11.107/2005 que os objetivos dos consórcios públicos

²⁴ Publicado no Diário do Senado Federal nº 188/2017. Acesso em: 9 jan. 2022: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/21200?sequencia=316>. O federalismo brasileiro deixa os Municípios brasileiros em desvantagem representativa. A pulverização dessas unidades federativas que hoje somam a expressiva quantidade de 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) dificulta a defesa de interesses comuns desses entes que abrigam o cotidiano dos cidadãos brasileiros. Em busca de reverter esse quadro de vulnerabilidade política no concerto federativo, vários Municípios já vêm organizando associações que protejam seus interesses comuns e já conseguiram respaldos em algumas legislações locais. Um exemplo disso é o inciso X do art. 358 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que foi acrescentado pela emenda constitucional carioca nº 47, de 2011, e que assim dispõe: “Fica assegurado aos Municípios o direito de liberdade de decisão quanto à associação ou não à Associação Estadual de Municípios do Rio de Janeiro – AEMERJ e à Confederação Nacional, inclusive o pagamento de contribuição”. O arcabouço legislativo para essas importantes organizações associativas ainda é frágil e vem dificultando a sua operacionalização. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, nega a possibilidade dessas associações de Municípios representarem os seus filiados. E o motivo desse entendimento, no final das contas, é a falta de previsão legal. A propósito, podemos citar este julgado do STJ: Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 47.806/PI, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 05.08.2015. Houve, porém, vitórias nos tribunais a despeito do clima de rarefação normativa. O STJ, por exemplo, reconheceu como legais tanto o pagamento, pelos Municípios, de contribuições para as associações quanto o repasse dessas associações para as confederações de Municípios, tudo conforme este julgado: STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 827.975/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 03.02.2017. Como se vê, o sistema federativo brasileiro reclama urgente regulamentação das associações de Municípios por meio de lei federal, de modo a garantir o maior equilíbrio de forças entre os entes da Federação. Conclamamos, portanto, os nobres Pares a emprestarem a sua adesão à célere e exitosa tramitação desta proposição.

²⁵ Nos termos dos §1º e §2º do artigo 1º da Lei Federal nº 11.107/2005 e do artigo 2º, inciso II do Decreto Federal nº 6017/2007. Lei Federal nº 11.107/2005. Artigo 1- 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. 2º A União somente participará de consórcios públicos em e também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados. Decreto Federal nº 6017/2007: Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se: II – área de atuação do consórcio público: área correspondente à soma dos seguintes territórios, independentemente de figurar a União como consorciada: a) dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos; b) dos Estados ou dos Estados e do Distrito Federal, quando o consórcio público for, respectivamente, constituído por mais de um Estado ou por um ou mais Estados e o Distrito Federal; e c) dos Municípios e do Distrito Federal, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal e Municípios.

serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais. Por sua vez, o artigo 3º do Decreto nº 6.017/2007²⁶ traz um rol de objetivos que poderão ser perseguidos pelos entes federados consorciados, quais sejam: I – a gestão associada de serviços públicos; II – a prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados; III – o compartilhamento ou o uso em comum de instrumentos e equipamentos, inclusive de gestão, de manutenção, de informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal; IV – a produção de informações ou de estudos técnicos; V – a instituição e o funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres; VI – a promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção do meio-ambiente; VII – o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que lhe tenham sido delegadas ou autorizadas; VIII – o apoio e o fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados; IX – a gestão e a proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum; X – o planejamento, a gestão e a administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores de qualquer dos entes da Federação que integram o consórcio, vedado que os recursos arrecadados em um ente federativo sejam utilizados no pagamento de benefícios de segurados de outro ente, de forma a atender o disposto no artigo 1º, inciso V, da Lei nº 9717/1998; XI – o fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário; XII – as ações e políticas de desenvolvimento urbano, socioeconômico local e regional; e XIII – o exercício de competências pertencentes aos entes da Federação nos termos de autorização ou delegação. Vale mencionar, nos termos do artigo 3º, §1º, que os consórcios públicos poderão ter um ou mais objetivos e os entes poderão se consorciar em relação a todos ou apenas a parcela deles. Além disso, nos termos do §2º do mesmo artigo, os consórcios públicos, ou entidade a ele vinculada, poderão desenvolver as ações e os serviços de saúde, obedecidos os princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde (SUS).

De outro giro, prevê o artigo 1º da Lei Federal nº 14.341/2022 que a associação de municípios poderá desenvolver atividades com objetivo de interesse comum de caráter político-representativo, técnico-científico, educacional, cultural e social. Sendo assim, poderemos comparar as associações e os consórcios públicos formados por municípios. Ao procedermos à leitura da referida lei federal, percebemos que, pelo artigo 2º, os municípios poderão organizar-se para fins não econômicos em associação e prever em seu Estatuto, nos termos do artigo 5º, inciso VII, os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar a associação a representar os entes da Federação associados perante outras esferas de governo e a promover, judicial e extrajudicialmente, os interesses dos Municípios associados. No entanto, como forma de diferenciar as duas figuras associativas, o artigo 4º da Lei Federal nº 14.341/2022 proíbe que as associações exerçam a gestão associada de serviços públicos de interesse comum, assim como a realização de atividades e serviços públicos próprios dos seus associados (inciso I); pratiquem atos com conotação de atuação político-partidária e religiosa (inciso II) e viabilize o

²⁶ O Decreto nº 6017/2007 sofreu alteração apenas no seu artigo 39 pelo Decreto nº 10.243/2020.

pagamento de qualquer remuneração aos seus dirigentes, salvo o pagamento de verbas de natureza indenizatória estritamente relacionadas ao desempenho das atividades associativas (inciso III).

Desse modo, identificamos atividades exercidas pelos municípios consorciados que poderão coincidir entre as figuras associativas, como, por exemplo, assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano. Contudo, as associações não poderão exercer atividades fins de execução de obras, serviços públicos, pois deverão atuar em atividades-meio para viabilizar obras, além de promover capacitação, informação, assessoria para subsidiar os municípios para o exercício de sua atuação constitucional.

No que toca ao processo de formação dos Consórcios Públicos por força da leitura da Lei Federal nº 11.107/2005 e do Decreto Federal nº 6017/2007 verificamos uma nítida articulação entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nos termos do artigo 3º da Lei Federal, o consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções²⁷ pelos chefes dos poderes executivos municipais envolvidos no consórcio. Por sua vez, nos termos do artigo 5º da Lei Federal e 6º do decreto, o contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções. Isso significa dizer que os poderes legislativos locais (câmara dos vereadores) ratificarão, por meio de lei, o protocolo de intenções que foi confeccionado pelos Chefes dos Poderes Executivos Municipais.

Além do mais, de acordo com o artigo 8º do Decreto nº 6.017/2007, o consórcio público será organizado por estatutos cujas disposições, sob pena de nulidade, deverão atender a todas as cláusulas do seu contrato constitutivo. Os estatutos serão aprovados pela assembleia geral (§2º do artigo 8º).

Por outro ângulo, constatamos que a formação das associações civis dos municípios está baseada na atuação exclusiva do Poder Executivo. Basta acompanhar a leitura do artigo 8º da Lei Federal nº 11.107/2005, ao prever que a filiação ou a desfiliação do Município das associações ocorrerá por ato discricionário do chefe do Poder Executivo, independentemente de autorização em lei específica. Dentro desta perspectiva, outro ponto que merece atenção e visão crítica é o disposto no artigo 2º, inciso III, da Lei Federal nº 14.341/2022, que obriga a associação dos municípios contar obrigatoriamente como representante legal da associação atual prefeito ou ex-prefeito, sem direito a remuneração pelas funções que exercer na entidade. Não podemos negar que causa estranheza atribuir a administração da Associação ao ex-prefeito que não exerce mais mandato.

O incremento da atuação do Chefe do Executivo nas associações é expresso no artigo 13, inciso III, e §5º da Lei Federal nº 14.341/2022, que alterou o artigo 75 do Código de Processo Civil, ao dispor que as associações serão representadas em juízo, ativa e passivamente, por seu prefeito, procurador ou associação de representação de municípios, quando expressamente autorizada pelo chefe do Poder Executivo Municipal, com indicação específica do direito ou da obrigação a ser objeto das medidas judiciais, quando versar sobre questões de interesse comum.

²⁷ Conteúdo do Protocolo de Intenções foi previsto pelo artigo 4º da Lei Federal nº 11.107/2005 e artigo 5º do Decreto nº 6107/2007.

Salientamos uma característica vantajosa prevista pelo artigo 5º, inciso VII, da Lei Federal nº 11.107/2005 em relação às associações que não foi atribuída aos consórcios públicos. Isso significa dizer que em assuntos de interesse comum, a lei permite, mediante autorização, que a associação represente os entes da Federação associados perante outras esferas de governo e promova, judicial e extrajudicialmente, os interesses dos municípios associados. A legislação federal atribuiu aos consórcios públicos, nos termos do artigo 2º, §1º, §2º, §3º e 13 instrumentos para viabilizar a sua atuação, como, por exemplo, a celebração de convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, possibilidade de receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; celebração de contratos de programa, promoção de desapropriação, servidão, expedição de documentos de cobrança, exercício de atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado. Além do que poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.

Já o artigo 3º da Lei Federal nº 14.341/2022 colocou à disposição das associações vários instrumentos para o alcance de sua finalidade, quais sejam: I – estabelecer suas estruturas orgânicas internas; II – promover o intercâmbio de informações sobre temas de interesse local de formação; III – desenvolver projetos relacionados a questões de competência municipal, como os relacionados à educação, ao esporte e à cultura; IV – manifestar-se em processos legislativos em que se discutam temas de interesse dos Municípios filiados; V – postular em juízo, em ações individuais ou coletivas, na defesa de interesse dos Municípios filiados, na qualidade de parte, terceiro interessado ou *amicus curiae*, quando receberem autorização individual expressa e específica do chefe do Poder Executivo; VI – atuar na defesa dos interesses gerais dos municípios filiados perante os Poderes Executivos da União, dos Estados e do Distrito Federal; VII – apoiar a defesa dos interesses comuns dos Municípios filiados em processos administrativos que tramitem perante os Tribunais de Contas e órgãos do Ministério Público; VIII – representar os Municípios filiados perante instâncias privadas; IX – constituir programas de assessoramento e assistência para os Municípios filiados, quando relativos a assuntos de interesse comum; X – organizar e participar de reuniões, congressos, seminários e eventos; XI – divulgar publicações e documentos em matéria de sua competência; XII – conveniar-se com entidades de caráter internacional, nacional, regional ou local que atuem em assuntos de interesse comum; XIII – exercer outras funções que contribuam com a execução de seus fins.

Ao sistematizarmos os dispositivos legais, podemos dividir as ferramentas de atuação das associações em dois grupos: 1) capacitação por meio da realização de congressos, seminários com agentes internacionais e nacionais (incisos I, II, III, IX, XI, XIII) e 2) representação perante os Poderes Executivos de outros entes federados, Poder Legislativo, Judiciário e Tribunais de Contas e entidades privadas para viabilizar atuação conjunta dos associados na defesa e acompanhamento de interesses comuns,

propiciando um ganho de escala de atuação entre os entes, que podem obter respostas às demandas judiciais e extrajudiciais de forma mais célere e articulada entre os entes (incisos IV, V, VI, VII, VIII).

Vale destacar que o artigo 13 da Lei Federal nº 14.341/2022 promoveu a alteração do artigo 75 do Código de Processo Civil para permitir a representação do município em juízo, ativa ou passivamente, pela associação, quando for expressamente autorizada. Esta previsão é uma das grandes distinções entre as associações e consórcios públicos municipais, pois os consórcios públicos não poderão contar com esse conjunto de instrumentos que permitem a representação judicial e extrajudicial da pessoa jurídica em nome dos municípios consorciados.

No que tange ao financiamento dos consórcios públicos, determina o artigo 8º da Lei Federal nº 11.107/2005 os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio. De acordo com o artigo 2º, inciso VII, do Decreto Federal nº 6017/2007, por meio do contrato de rateio, os entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos financeiros para a realização das despesas do consórcio público. De acordo com o §1º do artigo 8º, o contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro, e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual. Por outro lado, nos termos do artigo 7º, o financiamento das associações de representação de municípios será promovido pela contribuição financeira dos próprios associados, observados os créditos orçamentários específicos, além de outros recursos previstos em estatuto. Neste caso, nos termos do §1º do artigo 7º, o pagamento das contribuições e os repasses de valores às associações, a qualquer título, deverão estar previstos na lei orçamentária anual do Município filiado.

No que tange ao regime jurídico das tipologias associativas, é possível notar entre eles pontos de aproximação. De acordo com o §2º do artigo 6º da Lei Federal nº 11.107/2005, o consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Além disso, o artigo 15 da lei referida reforça que naquilo que não contrariar essa lei, a organização e o funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis.

Sob outra perspectiva, dispõe o artigo 6º da Lei Federal nº 14.341/2022 que as Associações de Representação de Municípios realizarão seleção de pessoal e contratação de bens e serviços com base em procedimentos simplificados previstos em regulamento próprio, observados os princípios da legalidade, da igualdade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade e da eficiência. Vale dizer, há a exigência de obediência, apesar de algumas flexibilizações da legislação, aos princípios do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, que regem a Administração Pública. Além disso, as associações deverão tal como os consórcios de direito privado, viabilizar a contratação de pessoal por meio da Consolidação das Leis do Trabalho (inciso II, artigo 6º). Há ainda uma vedação expressa prevista no inciso III do artigo 6º da lei mencionada, referente à proibição de contratação como empregado, fornecedor de bens ou prestador de serviços

mediante contrato, de quem exerça ou tenha exercido nos últimos 6 (seis) meses o cargo de chefe do Poder Executivo, de Secretário Municipal ou de membro do Poder Legislativo, bem como de seus cônjuges ou parentes até o terceiro grau.

Entretanto, é importante notar que o artigo 12 da Lei Federal nº 14.341/2022 expressamente derogou o exercício por parte das associações constituídas como pessoa jurídica de direito privado das prerrogativas (direito material e processual) asseguradas aos municípios. Nesse ponto, cabe mencionar o artigo 188 do Código de Processo Civil, que garante aos municípios o cômputo do prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer.

Levando em consideração a incidência do regime de Direito Público mais efetivo para os consórcios de direito público e a influência de suas normas para os consórcios de direito privado, no que toca aos mecanismos de controle administrativo, destacamos a previsão do artigo 8º, §4º, que exige a obediência aos dispositivos da Lei Complementar nº 101 de 4/5/2000, bem como as normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas na execução das receitas e despesas do consórcio público (artigo 9º da Lei Federal nº 11.107/2005). Acrescentamos ainda o disposto no parágrafo único do artigo 9º da Lei Federal citada, que sujeita os consórcios públicos à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

Por seu turno, ainda que as associações civis de representação dos municípios sejam constituídas sob o regime privado, existem importantes previsões da Lei Federal nº 14.341/2022 que garantem o princípio da publicidade por meio da referência à Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011) e aos artigos 2º, inciso IV e V, e 10 da Lei nº 14.341/2022.

Com o intuito de encerrarmos a análise comparativa entre as associações de municípios e os consórcios públicos municipais, vamos destacar a retirada e exclusão dos membros integrantes da associação, bem com a alteração e extinção das pessoas jurídicas associativas.

Nos dois casos, por serem figuras associativas, há a incidência expressa dos incisos XVII, XIX e XX do artigo 5º da Constituição Federal. Sendo assim, é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar. Além disso, as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado. E as associações são vínculos voluntários, pois ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

Com relação aos consórcios públicos, há menção expressa ao caráter voluntário do vínculo no artigo 24 do Decreto nº 6.017/2007, pois nenhum ente da Federação poderá ser obrigado a se consorciar ou a permanecer consorciado. Nesse sentido, a legislação regulamentará as hipóteses de retirada (saída de ente da federação de consórcio público, por ato formal de sua vontade, de acordo com o artigo 2º, inciso VI, do Decreto nº 6017/2007) e alteração dos consórcios. Ao lado dessas previsões, os municípios consorciados poderão ser excluídos e o próprio consórcio poderá ser extinto.

De acordo com o artigo 25 e parágrafos 1º a 3º, a retirada do ente da Federação do consórcio público dependerá de ato formal de seu representante na assembleia geral, na forma previamente disciplinada por lei. Os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão do contrato de consórcio público ou do instrumento de transferência ou de alienação. A retirada não prejudicará as obrigações já constituídas entre o consorciado que se retira e o consórcio público. Contudo a retirada poderá acarretar a extinção do consórcio caso seja constituído apenas por dois entes.

Hipótese diversa é a exclusão do município consorciado, por exemplo. Por força do artigo 8º, §5º, da Lei Federal nº 14.341/2022, poderá ser excluído do consórcio público, após prévia suspensão, o ente consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio. Acrescenta o artigo 26, parágrafos 1º e 2º, do Decreto nº 6.017/2007 que a exclusão de ente consorciado só é admissível havendo justa causa. Além das que sejam reconhecidas em procedimento específico, é justa causa a não inclusão pelo ente consorciado, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, de dotações suficientes para suportar as despesas que, nos termos do orçamento do consórcio público, prevê-se devam ser assumidas por meio de contrato de rateio. A exclusão prevista no §1º desse artigo somente ocorrerá após prévia suspensão, período em que o ente consorciado poderá se reabilitar. A exclusão de consorciado exige processo administrativo em que lhe seja assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

No que tange à alteração ou extinção do consórcio, a lei as garante, nos termos do artigo 29 do Decreto Federal nº 6017/2007, mediante instrumento aprovado pela assembleia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados.

Em caso de extinção, os bens, direitos, encargos e obrigações decorrentes da gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outra espécie de preço público serão atribuídos aos titulares dos respectivos serviços. Até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantido o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação. Com a extinção, o pessoal cedido ao consórcio público retornará aos seus órgãos de origem, e os empregados públicos terão automaticamente rescindidos os seus contratos de trabalho com o consórcio.

Com relação às hipóteses de retirada ou desfiliação e extinção das associações, notamos algumas semelhanças em relação aos consórcios públicos. O artigo 8º da Lei Federal nº 14.341/2022 prevê um protagonismo do Chefe do Poder Executivo Municipal junto às associações, possibilitando, inclusive, que o ato de filiação ou a desfiliação do Município ocorrerá por ato discricionário do chefe do Poder Executivo, independentemente de autorização em lei específica. A Lei Federal citada garante ao município associado, nos termos do §2º, a sua desfiliação da associação a qualquer momento, mediante comunicação escrita do chefe do Poder Executivo, a qual produzirá efeitos imediatos. Não há necessidade de aprovação por parte da Assembleia dos associados, tal como exige o consórcio público.

Por sua vez, no que toca à exclusão do município associado, nos termos do artigo 9º da Lei Federal nº 14.341/2022, poderá ser excluído da associação, após prévia suspensão

de 1 (um) ano, o Município que estiver inadimplente com as contribuições financeiras. Nos termos do parágrafo único, tal como o consórcio público, a exclusão do associado, em qualquer caso, só poderá ocorrer mediante justa causa reconhecida por meio de processo administrativo.

É importante reforçar que nos termos do artigo 11 da Lei nº 14.341/2022, as associações de Representação de Municípios somente poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado.

E por fim, há uma diferença interessante entre as associações e os consórcios públicos. O artigo 28 do Decreto nº 6017/2007 exige maior fidelidade do ente consorciado em relação ao consórcio que integra. Vale dizer, caso exista previsão no contrato do consórcio público constituído, o ente poderá ser excluído, na hipótese de subscrever protocolo de intenções para constituição de outro consórcio público, sem autorização dos demais membros. Essa hipótese não é aplicável aos municípios associados, que nos termos do artigo 8º, §3º poderão filiar-se a mais de uma associação.

6 Desafios e perspectivas para a realização dos objetivos comuns por parte das associações de representação e pelos consórcios públicos municipais

A partir das distinções e semelhanças entre os Consórcios Públicos Municipais e Associações de Representação, voltamos à indagação feita sobre a necessidade de introduzir no ordenamento jurídico a Lei Federal nº 14.341/2022. Percebemos que as duas tipologias jurídicas associativas entre municípios são relevantes e podem contribuir com o fortalecimento da atuação municipal no sentido de reunir esforços para a concretização de interesses comuns, respeitadas as competências constitucionais. Dessa forma, não poderemos afirmar que apenas a criação dos consórcios públicos poderá reunir as funções atribuídas às associações ou vice-versa. Vale dizer, uma tipologia associativa não poderia substituir a criação de outra. O conteúdo exposto no item anterior demonstra que existem características que o consórcio não poderá apresentar, como, por exemplo, a representação judicial ou extrajudicial na defesa dos interesses comuns municipais. De outro lado, a lei não permite que as associações prestem a gestão associada de serviços públicos de interesse comuns ou serviços públicos próprios dos seus associados.

Sendo assim, é recomendável a criação das duas estruturas associativas em razão das diferenças atribuídas a cada uma delas. Baseado nos pressupostos adotados, apontaremos algumas das características de forma crítica apontadas no item anterior como forma de expor as perspectivas e desafios enfrentados pelos municípios no desempenho dos interesses comuns.

A primeira perspectiva que podemos desenvolver diz respeito ao inegável ganho proporcionado²⁸ pela Lei Federal nº 14.341/2022 por meio da alteração promovida no Código de Processo Civil revertendo a posição da jurisprudência consolidada do STJ,

²⁸ Vale a pena conferir o voto minoritário do Ministro Napoleão Nunes de Maia Filho proferido no Acórdão do Recurso Especial nº 1.503.007/CE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 14.6.2017 como forma de acompanhar a tendência que seria acolhida alguns anos depois pela Lei da Associação, afastando o entendimento que impedia a atuação como substituto processual das Associações.

que defendia o entendimento de que a associação de municípios e prefeitos não possuía legitimidade ativa para tutelar em juízo direitos e interesses das pessoas jurídicas de direito público.²⁹ A partir da lei federal é possível que seja feita a representação do município em juízo, ativa ou passivamente, pela associação, quando for expressamente autorizada. Nesse caso, a associação pode postular em ações individuais ou coletivas, na defesa de interesse dos Municípios filiados sobre questões de interesse comum, na qualidade de parte, terceiro interessado ou *amicus curiae*, mas somente quando obtiver autorização individual expressa e específica do Prefeito respectivo e desde que haja a indicação específica do direito ou da obrigação a ser objeto das medidas judiciais. Os municípios poderão baratear os custos, atuar com celeridade, evitando atuação pulverizada ou isolada na defesa de seus interesses, pois poderão reunir esforços para atuar coletivamente.

A atuação em juízo ou fora dele em forma de associação para defesa de interesses comuns pelos municípios associados, também responde ao disposto nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal, corroborado recentemente (2019) pelo acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 1.156.016, relatado pelo ministro Luiz Fux, que decidiu que os Municípios não têm a obrigação de instituir procuradorias, por ausência de previsão na Constituição Federal.

De acordo com o acórdão, a Advocacia Pública só é obrigatoriamente criada pela União e pelos Estados-Membros. Sendo assim, os 5.570 municípios do Brasil³⁰ nem sempre contam com a estrutura das procuradorias municipais para defesa de seus interesses. É justamente nesse ponto que podemos destacar a importância das associações municipais, reunindo instrumentos jurídicos para propiciar a defesa dos interesses comuns dos municípios.

Contudo, é importante ressaltar que o próprio artigo 12 da Lei Federal nº 14.341/2022 prevê que por serem as associações de representação de municípios pessoas jurídicas de direito privado, não gozarão das prerrogativas asseguradas aos municípios, como, por exemplo, prazos processuais em dobro, prescrição em favor da Fazenda Pública, reexame necessário, execução contra a Fazenda Pública, honorários advocatícios, regime de precatórios, foro privilegiado, impenhorabilidade de seus bens, rescisão unilateral de contratos e preparo nos recursos. Dessa forma, ao compararmos as perspectivas entre as tipologias de consórcios e associações percebemos que houve por parte da Lei das Associações uma derrogação das normas de direito público, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado.

Essa questão é altamente sensível e debatida nos meios doutrinários, sobretudo, com a crítica relacionada ao fato de as associações terem sido criadas na tendência de promover a fuga do direito público das relações desempenhadas pelas associações, traduzindo-se como forma indireta de exercício de função pública, mas com as flexibilizações do direito privado.³¹

²⁹ Recurso Especial nº 1.503.007/CE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 14.6.2017.

³⁰ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados>. Acesso em 18 jan. 2023

³¹ Neste sentido, recomendo o acompanhamento da palestra do professor Rafael Valim (Instituto Reforma das Relações do Estado e Empresa) ministrada em evento híbrido realizado por transmissão on-line pelo IREE – Escola da Magistratura TRF 3 Região em 10.8.2022, coordenado pelo Desembargador Nino Toldo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7XVv6Mdpw0Q>. Acesso em 18 jan. 2023.

É importante ressaltar na Administração Pública, como explica a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro,³² que as pessoas de direito privado nunca se sujeitam inteiramente ao regime de direito privado. Na realidade, o regime é híbrido, pois em muitos aspectos são submetidas ao direito público, levando em conta a necessidade de prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou para alcançar as finalidades públicas.

Este raciocínio é aplicável à Lei dos Consórcios Públicos, que inclusive, prevê expressamente normas que não serão aplicadas pelo regime de direito público, ainda que constituídas pela mesma personalidade. Nesse sentido, podemos citar o artigo 6º, §2º, da Lei Federal nº 11.107/2005, que prevê a contratação de pessoal exclusivamente pelo regime celetista.

Tendo em vista que houve veto na Lei da Associação dos Municípios para qualificá-la como integrante da Administração Indireta, muitos defendem a derrogação das prerrogativas das normas de direito público, ainda que as associações também atuem no sentido de concretizar o interesse público comum dos municípios.

Diante do raciocínio exposto, se houver constituição de consórcio público seja na personalidade privada ou pública, as prerrogativas de direito público permanecerão aplicáveis, em maior ou menor grau, dependendo de sua personalidade jurídica. De outro lado, a Lei das Associações atribuiu uma vantagem importante ao autorizar a associação a representar os entes da Federação associados perante outras esferas de governo, e a promover, judicial e extrajudicialmente, os interesses dos Municípios associados, excluindo o exercício por parte dos associados das prerrogativas processuais das pessoas jurídicas de direito público.

O segundo ponto que deveremos refletir diz respeito ao grande protagonismo conferido pela Lei Federal nº 14.341/2022 ao Chefe do Poder Executivo no processo de formação das Associações, na autorização para viabilizar pelas associações a postulação em juízo, em ações individuais ou coletivas, na defesa de interesse dos municípios filiados, na qualidade de parte, terceiro interessado ou *amicus curiae*, bem como na decisão de desfiliação dos municípios das associações, sem necessidade de participação do Poder Legislativo, por meio de aprovação em lei específica. Não há como negar que estes dispositivos poderão sofrer críticas sobre sua constitucionalidade à luz do princípio da separação dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) e da Legalidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, uma vez que os municípios associados são financiados com recursos públicos e têm como propósito o alcance de interesses públicos comuns. No entanto, justamente pelo fato do veto presidencial ao dispositivo ter excluído as associações da administração indireta municipal, será possível argumentar que não há incidência direta do artigo 37, *caput*, tal como os consórcios públicos exigem, seja a sua personalidade de direito público ou de direito privado.

Ainda tratando do reforço à atuação do Poder Executivo junto às associações municipais, dispõe o artigo 2º, inciso III, da Lei Federal nº 14.341/2022 sobre a obrigatoriedade do representante legal da associação ser ou ter sido chefe do Poder Executivo de qualquer ente da Federação associado, sem direito a remuneração pelas funções que exercer na entidade. Não há como negar a estranheza de se permitir que

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 532.

o Ex-chefe do poder executivo municipal possa ser dirigente da associação justamente por não exercer mandato eletivo. Neste ponto, vale a pena mencionar que algumas associações de municípios já constituídas no Brasil não permitem que ex-prefeito seja representante da associação constituída, como é o caso da Associação dos Municípios do Vale Europeu.³³ Nos termos do artigo 12 do Estatuto da Associação, somente terão direito a voto, para eleição da Diretoria Executiva e do Conselho Fiscal, os prefeitos municipais ou seus representantes credenciados nos termos do artigo 7º. Por sua vez, nos termos do artigo 16, poderão participar da Assembleia Geral, sem direito a voto, os vice-prefeitos e vereadores dos municípios associados, pessoas de organismos públicos ou privados, especialmente convidados pelos representantes dos municípios e pela diretoria da associação. É importante notar que neste último parágrafo houve uma importante articulação com o Poder Legislativo.

7 Conclusão

Os municípios reúnem competências legislativas e administrativas que podem ser exercidas de forma privativa e comum. As figuras associativas dos consórcios públicos e associações de representação dos municípios são importantes estruturas jurídicas que possibilitam o reforço da autonomia municipal no que tange ao federalismo cooperativo. No caso das associações de representação dos municípios, a estrutura jurídica formada a partir da reunião dos municípios não integra a administração indireta. Já no segundo caso, as duas formas de pessoa jurídica integram a administração indireta dos municípios participantes dos consórcios públicos.

A despeito de alguns questionamentos jurídicos existirem sobre a desnecessidade de regulamentar a associação de representação dos municípios, notamos ao longo do artigo, a partir da análise sobre as distinções e semelhanças entre os consórcios públicos municipais e associações de representação, que as duas tipologias jurídicas associativas entre municípios são relevantes e podem contribuir com o fortalecimento da atuação municipal no sentido de reunir esforços conjuntos no alcance das competências comuns constitucionais. Dessa forma, não poderemos afirmar que apenas a criação dos consórcios públicos poderá reunir as funções atribuídas às associações ou vice-versa. Vale dizer, uma tipologia associativa não poderia substituir a criação de outra. O conteúdo exposto demonstra que existem características que o consórcio não poderá apresentar, como, por exemplo, a representação judicial ou extrajudicial na defesa dos interesses comuns municipais. De outro lado, a lei não permite que as associações prestem a gestão associada de serviços públicos de interesse comuns ou serviços públicos próprios dos seus associados.

No entanto, mesmo assim é possível sugerir aos municípios a convivência entre as duas figuras associativas entre si, apesar das diferenças e desafios existentes, pois

³³ A Associação é constituída dos Municípios seguintes: Apiúna, Ascurra, Benedito Novo, Blumenau, Botuverá, Brusque, Doutor Pedrinho, Gaspar, Guabiruba, Indaial, Pomerode, Rio dos Cedros, Rodeio e Timbó e de futuros Municípios que vierem a ser criados por fusão, incorporação, adesão ou desmembramento. O Estatuto foi publicado no site: <https://www.ammvi.org.br/cms/pagina/ver/codMapaItem/65312>. Acesso em 18 jan. 2023.

foram apontadas perspectivas importantes de atuação conjunta que reforçam o ganho da atuação em escala dos municípios como reforço da autonomia municipal constitucional.

Referências

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.
- AULETE, Caldas, *Novíssimo Aulete dicionário contemporâneo da língua portuguesa/Caldas Aulete: (organizador Paulo Geiger)*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Disponível em: <https://grupogen.vitalsource.com/books/9786559646784>.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. Consórcios públicos. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- GIMENEZ, Décio Gabriel. Juiz Federal e Professor da Universidade Santa Cecília em Santos. Palestra proferida no dia 10/8/2022 no formato híbrido pela Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (Emag) sobre o tema Inovação da Lei 14.341/2022: a associação de representação de municípios. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7XVv6Mdpw0Q>. Acesso em: 6 jan. 2023.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Região Metropolitana e seu regime constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 9. tir. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MENCIO, Mariana. Associação de representação e os consórcios públicos: desafios e perspectivas na execução de objetivos de interesse comum pelos municípios. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 153-172. ISBN 978-65-5518-581-2.

JUDICIÁRIO ATIVO REGULADOR: QUAL A SAÍDA?

JOÃO BATISTA GOMES MOREIRA

1 Introdução

Trata-se de tema proposto no XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo para debate na honrosa companhia da Professora Weida Zancaner e do Professor e magistrado Sílvio Luiz Rocha, painel sob a presidência da Professora Caroline Müller Bitencourt. A discussão é aqui retomada, com a narrativa de casos julgados, em três vertentes: a) uma, circunscrita ao papel regulador em sentido estrito, como tal, a atividade de controle judicial das agências reguladoras; b) outra, que poderia ser denominada papel quase-normativo do Poder Judiciário no julgamento de ações civis públicas; c) outra ainda, voltada para mais ampla atividade normativa exercida excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal com a finalidade (contramajoritária) de proteção de minorias, no célebre julgamento do caso “Reserva Indígena *Raposa Serra do Sol*”.

2 Controle judicial dos atos das agências reguladoras

Assim que as agências reguladoras começaram a funcionar, aconteceram algumas iniciativas de empresas de telefonia com a finalidade de substituir a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) pelo Poder Judiciário, em razão de omissão atribuída, possivelmente, a motivo que é bem assinalado por Floriano de Azevedo Marques: “Questão relevante sobre o controle dos poderes de conciliação diz respeito à hipótese de omissão do regulador no cumprimento dessa função. Afinal, a decisão dos conflitos no setor regulado pode, por vezes, ser encarada pelo regulador como um desgaste a ser evitado, levando-o a se esquivar de exercer o seu papel de árbitro ou mediador”.¹

Representativo dessa tendência foi o ajuizamento de ações destinadas a fixar o chamado *preço de interconexão (vu-m)*. O que é o *preço de interconexão*? As empresas de telefonia utilizam na transmissão de suas mensagens trechos de redes umas das outras: quando um cliente da VIVO faz ligação para cliente da TIM ou da CLARO, sua mensagem

¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 122-123.

percorre não só a rede da própria VIVO, mas também parte da rede da outra empresa. A VIVO é remunerada pelo serviço, na conta telefônica, mas em parte, portanto, à custa da utilização de rede alheia. A lei estabelece que a empresa cuja rede foi utilizada em ligação vinda de fora deve ser periodicamente reembolsada. A fixação do valor desse reembolso, não sendo possível acordo entre as partes, compete à ANATEL.

Diz a Lei nº 9.472 (Lei Geral de Telecomunicações):

Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços *isonômicos e justos* (sublinhei), atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão (grifei).

A ANATEL, inicialmente, omitiu ou atrasou o exercício dessa competência, o que, conforme já foi mencionado, estimulou a vinda de empresas de telefonia à Justiça Federal com a finalidade de obter a fixação de tal valor. Em votos nos recursos de decisões proferidas em primeira instância, foi aplicado o seguinte raciocínio:²

A tentativa de substituir o processo administrativo pelo processo judicial ocorre, com alguma frequência, em casos sujeitos a disciplina pelas agências reguladoras.

A função administrativa é constituída, em caráter principal, pelas atividades-meio de todos os poderes ou funções do Estado e de três atividades-fim concentradas essencialmente no Poder Executivo – polícia administrativa, serviço público e intervenção econômica e social – a que, atualmente, deve acrescentar-se a regulação, que envolve, além da tradicional polícia administrativa, atividades quase-legislativas e quase-jurisdicionais. Se a Administração falha no exercício de suas atividades-fim – ex.: prestação de serviços públicos –, o Poder Judiciário, em princípio, é chamado não para suprir a omissão, executando diretamente a atividade, mas para impor à Administração o devido exercício daquela competência. Por isso, invariavelmente, a pessoa jurídica competente deve figurar no polo passivo da ação. O exercício direto da atividade, pelo Poder Judiciário, só é possível acontecer, especialmente para preservar direitos fundamentais, em razão de previsível ineficácia de uma ordem à Administração para que cumpra o dever de executar determinada tarefa (ex.: quando seja notório o desmantelo da Administração naquele setor) e, ainda assim, somente enquanto permanece a omissão administrativa.

A conclusão desse raciocínio é que, em princípio (leia-se: em primeira mão), não cabe ao Poder Judiciário prestar serviço público, exercer atividade de polícia administrativa ou efetuar a regulação de determinado setor. Caso concreto é o da pretensão, frequentemente manifestada pelo Ministério Público (por meio de ação civil pública) de que o juiz interdite, diretamente (mediante ordem a ser cumprida por oficial de justiça), instituição de ensino

² Cf. MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 372-373.

superior, sob a alegação de que fora criada ou está funcionando ilegalmente. Há casos em que nem sequer é requerida a citação da União, pessoa competente, por meio do Ministério da Educação, para o exercício da polícia administrativa nessa hipótese.

A mesma conclusão pode ser extraída em relação à atividade administrativa de regulação. Se a agência reguladora se omite em sua atribuição de regular os interesses de determinado setor, não cabe ao Poder Judiciário, senão excepcionalmente (hipótese já citada), substituir aquela entidade em sua atribuição. A ação suscetível, em regra, de ser intentada nesse caso é para que o Poder Judiciário determine à agência reguladora que exercite sua competência. Nem é conveniente (uma vez que não dispõe imediatamente de condições técnicas), senão naquela hipótese excepcional, que o Poder Judiciário substitua a entidade reguladora em sua competência, inclusive cautelar (Cf. art. 45 da Lei 9.784/99), de conciliar, disciplinar e policiar a convivência das empresas em setores de atividades reguladas.

Em julgamentos na 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região afirmou-se a impropriedade de ação intentada para a fixação do preço de interconexão até que a ANATEL, exercitando sua competência, estabelecesse tal valor. O objeto da ação, ali, restringia-se a suprir omissão da Agência enquanto esta não viesse e exercitasse sua competência legal. Pretendia-se, na verdade, uma espécie de medida cautelar, acessória do processo administrativo de fixação definitiva do mencionado preço. A ação tinha como objeto, assim, a fixação provisória de determinado valor enquanto esse valor não fosse estabelecido pela entidade reguladora, no devido processo administrativo. Não era viável – é de certa forma até absurdo – ação judicial cautelar de processo administrativo regulador.

Também não era viável ação destinada a fixar definitivamente, em primeira mão, o mencionado preço. Não é apropriado ingressar com ação para que o Judiciário, substituindo, exerça competência, em regra, da Administração. Não caberia à GVT ou a qualquer outra empresa de telefonia pedir ao juiz a fixação, seja cautelar ou definitiva, do preço de interconexão. O pedido poderia ser para que o juiz ordenasse à ANATEL o exercício de sua atribuição, em determinado prazo, sob pena de multa para a hipótese de descumprimento.

Outra situação que se verificou foi que, uma vez intentada a ação, a ANATEL, bem ou mal, veio e exerceu sua competência. Depois de intentada a ação e obtida antecipação de tutela, a ANATEL fixou, por meio de arbitragem, o preço de interconexão, em decisão ainda sujeita a recurso administrativo sem efeito suspensivo. Tratou-se de fato superveniente ao pedido inicial. Não poderia o juiz tomar em conta esse fato superveniente para permitir a discussão, nos mesmos autos, agora não mais sobre a fixação, mas sobre a proporcionalidade ou razoabilidade do valor administrativamente fixado. Alguém poderia invocar, na época, o art. 462 do Código de Processo Civil (art. 493 do atual Código), o qual estabelecia: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença” (regra válida, também, segundo a jurisprudência, para a fase recursal). Acontece que a aplicação desse dispositivo, conforme entendimento dos Tribunais, não pode significar mudança da causa de pedir inicial. Se a consideração do fato novo implicava mudança da causa de pedir, outra ação era necessária.

Uma quarta e última situação, que também ocorreu, foi o ingresso em juízo, já de início, para discutir a razoabilidade do preço fixado pela ANATEL. Em ações cujo objeto era essa discussão relacionada ao citado artigo 152 da Lei nº 9.472 entendeu-se, por vezes, que não era possível interpretar tal artigo para concluir que o preço cobrado pela interconexão se destinava a cobrir exclusivamente o custo da operação. Era preferível voltar a um antigo parâmetro dado pela Emenda Constitucional nº 1/69 para a fixação de tarifas, art. 167, inciso II: “tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”. Trata-se de parâmetro não repetido na Constituição de 1988, mas que se recomenda empregar, mesmo depois da atual Constituição, para efeito de exame da razoabilidade de tarifas. Era uma disposição de rara felicidade, estabelecendo critério para a fixação de tarifa ou preço público. No caso em apreço, em vez de levar em conta apenas o custo, ou seja, de considerar justo o preço de custo, é preferível essa orientação da Constituição passada. Preço justo é o que remunera o capital, permite o melhoramento e a expansão dos serviços e assegura o equilíbrio econômico e financeiro da relação entre as empresas.

Depois que as agências reguladoras passaram a funcionar a pleno vapor, as empresas ainda continuaram e continuam buscando o Poder Judiciário, mas agora para o controle dos atos (incluído o controle de atos normativos – ex.: resolução do Conselho Nacional de Política Energética) efetivamente praticados. É comum o ingresso em juízo para fazer com que a agência, em caso específico, observe o devido processo legal administrativo e a duração razoável do processo (art. 5º, LIV, LV e LXXVIII da Constituição). Não é raro também virem a juízo para discutir a validade e proporcionalidade de punições administrativas.

A propósito do controle dessas questões trazidas ao Judiciário, convém atentar para classificação feita por Eduardo Jordão em seu livro, tese de doutorado, *Controle Judicial de Uma Administração Pública Complexa*.³ Diz que a matéria regulada tem, essencialmente, aspectos jurídicos, técnicos e políticos. O controle judicial é mais intenso nos aspectos jurídicos. Servem de exemplo os dois aspectos (jurídicos) citados: devido processo legal e duração razoável do processo. O controle de punições administrativas também é essencialmente jurídico, apesar de que para a perfeita compreensão dos fatos, na maioria das vezes, exigem-se conhecimentos e considerações técnicas.

É importante resumir outras observações feitas pelo mencionado autor:

1 – “O primeiro problema da adoção de medidas regulatórias pelo Poder Judiciário está em que os tribunais não estão *acostumados* a tratar de problemas típicos da regulação econômica. [...] Na maioria das vezes a atuação judicial consiste em aplicar o Direito a fatos pregressos, cuja ocorrência efetiva as partes buscam demonstrar ou negar. Diversamente, com bastante frequência as medidas regulatórias envolvem análises prospectivas e multipolares. [...] as questões regulatórias chegam ao Judiciário de forma segmentada e incompleta. Tomadas conjuntamente, estas duas circunstâncias podem significar a dificuldade para os tribunais

³ São Paulo: Malheiros, 2016. O autor baseia-se em substancial pesquisa realizada nos modelos seguidos pela Itália, França, Estados Unidos e Canadá.

de entenderem as opções efetuadas pelo regulador (ou, mesmo, a *desconsideração* destas opções) e sua interferência na coerência da política regulatória setorial” (p. 131 e 151).

2 – “[...] a especialização inferior dos tribunais em comparação às autoridades regulatórias é uma das principais razões para gerar a incidência de um controle judicial deferente no domínio da regulação econômica. A especialização superior das autoridades administrativas pode decorrer do maior aparelhamento técnico, pessoal e financeiro da instituição, mas também pode derivar da experiência adquirida no tratamento diuturno da matéria objeto da regulação” (p. 141).

3 – “Nos Estados Unidos a expertise institucional superior das agências é frequentemente destacada pelos tribunais para justificar a posição judicial respeitosa das escolhas administrativas. [...] um controle deferente sobre decisões regulatórias tende a desincentivar a propositura de novas contestações judiciais” e “a opção por um controle não deferente atua como um seu catalisador, estimulando e fomentando novos processos” (p. 144 e 150).

4 – “A dinâmica dos mercados exige soluções expeditas, quase imediatas. Pascale Idoux chega a referir ‘anulações platônicas’, aquelas cuja eficácia é totalmente esvaziada de efeito pelo simples decurso do tempo. [...] A dinâmica dos mercados faz com que soluções demoradas sejam frequentemente ineficazes” (p. 149 e 158).

5 – “[...] questões jurídicas devem ser atribuídas aos tribunais *também porque* eles tenderiam a compreendê-las e solucioná-las melhor. Nestes casos de decisões particularmente sensíveis do ponto de vista jurídico, portanto, não há razão para que os tribunais limitem o controle. / A situação é diferente no caso de decisões tecnicamente complexas ou de natureza política” (p. 165).

2 – Atividade quase-normativa no julgamento de ações civis públicas

Com a finalidade de ilustrar este tópico, faz-se a transcrição de ementa de acórdão proferido na Apelação Cível nº 0032113-07.2012.4.01.3400/DF pela 5ª Turma do Tribunal Regional da 1ª Região:

TRANSPORTE DE CARGA EM RODOVIAS FEDERAIS. EXCESSO DE PESO. PENAS ADMINISTRATIVAS LEGISLATIVAMENTE COMINADAS. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DO MPF, COM A FINALIDADE DE COMINAR PENA DE MULTA MAIS ELEVADA E RESPONSABILIZAR DETERMINADA EMPRESA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SUBSTITUIÇÃO DAS FUNÇÕES LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA PELO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. INÉPCIA DA INICIAL QUANTO À ESPECIFICAÇÃO DOS DANOS E IMPRATICABILIDADE DESSA ESPECIFICAÇÃO.

1. O tráfego de veículo com excesso de peso pelas rodovias já conta com penas administrativas legislativamente previstas, as quais se presumem suficientes para inibir a referida conduta ilícita. Se de gravidade insuficiente ou não aplicadas, é caso de provocar o Poder Legislativo, para sua agravação, ou o Poder Executivo, para sua eficiente aplicação, incluída a medida mais eficiente de todas, a apreensão do veículo.

2. Não é necessário, nem possível, ação civil pública destinada a fixar pena substitutiva ou paralela às que são previstas em lei para a referida conduta. Nem tem o Poder Judiciário estrutura adequada para substituir o legislador e o administrador em casos dessa natureza. Teria, no mínimo, que se valer da Administração para a verificação das condutas suscetíveis de aplicação da multa cominada.

3. A atuação do Poder Judiciário é excepcional e subsidiária, nessa hipótese.

4. Se omissa a Administração em sua atividade de polícia, a ação do Ministério Público deve ser contra a entidade administrativa, para que cumpra seu dever.
5. Quanto à indenização, a petição inicial não individualiza, nem oferece elementos para a individualização dos danos. Aliás, é impraticável perícia para determinar a contribuição de empresa(s) específica(s) para os alegados danos.
6. Extinto o processo, sem resolução do mérito, com base no art. 267, I e VI, do Código de Processo Civil. Prejudicada a apelação.

No mesmo sentido: AC nº 0003604-26.2009.4.01.3803/MG, Rel. então Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1 p. 1464 de 03.12.2015; AC nº 0032039-50.2012.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p. 822 de 07.10.2015.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por meio de sua Terceira Turma, manifestou semelhante entendimento:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VEÍCULOS QUE TRANSITAM COM EXCESSO DE PESO. PROIBIÇÃO JUDICIAL PARA TRAFEGAR NAS RODOVIAS FEDERAIS. IMPOSSIBILIDADE. DANOS MATERIAL E MORAL COLETIVO. INEXISTÊNCIA.

1. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com o fito de que a ré, empresa particular, seja condenada a se abster de trafegar em qualquer rodovia federal com excesso de peso, fixando, de modo permanente e automático, multa no percentual de 100% sobre o valor total da carga transportada, bem como condená-la ao pagamento do dano material causado ao patrimônio público federal consubstanciado na rodovia federal, no valor de, no mínimo, R\$ 200.000,00, e ao pagamento do dano moral coletivo causado aos cidadãos-usuários das rodovias públicas federais e ao meio ambiente, no valor de, no mínimo, R\$ 20.000,00.
2. O Código de Trânsito Brasileiro estabelece várias medidas repressoras com o objetivo de se fazer cumprir a regulamentação sobre o transporte de cargas nas rodovias nacionais. A própria Polícia Rodoviária Federal, em razão do poder de polícia que lhe cabe, é competente para fiscalizar e aplicar as medidas administrativas cabíveis no que diz respeito às infrações por excesso de peso.
3. Encargo que não pode ser transferido ao Poder Judiciário, uma vez que não pode atuar supletivamente, cabendo ao órgão responsável pela fiscalização das rodovias estruturar-se adequadamente para a prestação do serviço que lhe cabe. A atuação judicial somente é legítima em situações excepcionais, em que demonstrada a imprescindibilidade de sua intervenção diante das peculiaridades do caso concreto, que não restou justificada na espécie.
4. Ausência de fundamentação concreta no pedido de indenização por danos materiais. Impossibilidade de se aferir o dano, tendo em vista que a Apelada não é a única a utilizar as rodovias federais.
5. Pedido de indenização por dano moral coletivo que não merece acolhimento, pois não houve demonstração de ofensa concreta aos interesses extrapatrimoniais da coletividade, sendo insuficiente, para a caracterização do dano apontado, a simples alegação de inobservância às normas de trânsito. Precedente desta Terceira Turma (AC565424/CE, DJe 02/06/2014). Apelação improvida. (TRF – 5ª Região. Terceira Turma. AC nº 08006523420144058401, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, 11.06.2015.)

O caso fala por si só. Trata-se, como visto, de pretensão manifestada pelo Ministério Público Federal, por meio de ação civil pública, para que a Justiça Federal estabeleça pena pecuniária às transportadoras que trafeguem nas rodovias federais com carga acima do limite normativamente previsto. As multas fixadas pela legislação, nesse caso, têm valores ínfimos, a Polícia Rodoviária Federal não as aplica sistematicamente e a respectiva cobrança judicial se perde no tempo, de modo que não cumprem a finalidade preventiva e intimidatória.

Na 1ª instância e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, predominou o entendimento manifestado nos referidos julgamentos, com o acréscimo de que, tendo a União competência legislativa plena, não há interesse (necessidade) de o Poder Judiciário exercer, paralela e cumulativamente, semelhante competência. Em outros termos, foi afastada a utilidade/necessidade da tutela específica prevista no art. 536 do Código de Processo Civil, em caráter amplo e sem limite de tempo (“até o fim dos tempos”, conforme jocosamente disse determinado juiz). A União já detém competência legislativa plena, por sinal, já exercida.

Deve ser enfatizado que não se trata de situação que exija o exercício, pelo Poder Judiciário, de papel contramajoritário para proteger direitos fundamentais de minorias insuficientemente representadas no Congresso Nacional.

Mesmo assim, o entendimento não vingou no Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica pelo extenso e profundo voto proferido pelo Ministro relator, Francisco Falcão, no AgInt no AREsp nº 1.413.621/MG, Segunda Turma, julgado em 6.5.2020, *DJe* de 11.5.2020, do qual se destaca, especialmente, na ementa: “importa salientar que as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro têm natureza administrativa. O que é diferente de afirmar que os direitos nele previstos condicionam e limitam a sua implementação exclusivamente ao agir do administrador, pois, como se sabe, a nossa legislação consagra o princípio da independência entre as instâncias civil, penal e administrativa”; “não há falar, pois, em *bis in idem* em relação aos múltiplos remédios concomitantes, complementares e convergentes do ordenamento jurídico contra violação de suas normas”; “a existência de penalidade ou outra medida administrativa *in abstracto* (para o futuro) ou *in concreto* (já infligida), como resposta a determinada conduta ilegal, não exclui a possibilidade e a necessidade de providência judicial, nela contida a de índole cautelar ou inibitória, com o intuito de proteger os mesmos direitos e deveres garantidos, em tese, pelo poder de polícia da administração, seja com cumprimento forçado de obrigação de fazer ou de não fazer, seja com determinação de restaurar e indenizar eventuais danos materiais e morais causados ao indivíduo, à coletividade, às gerações futuras e a bens estatais. No Brasil, a regra geral é que o comportamento anterior – real ou hipotético – do administrador não condiciona, nem escraviza, o desempenho da jurisdição, já que a intervenção do juiz legitima-se tanto para impugnar, censurar e invalidar decisão administrativa proferida, como para impor *ex novo* aquela que deveria ter ocorrido, no caso de omissão, e, noutra perspectiva, para substituir a incompleta ou a deficiente, de maneira a inteirá-la ou aperfeiçoá-la”; “independentes entre si, ‘multa civil’ (*astreinte*), frequentemente utilizada como reforço de autoridade ‘da’ e ‘na’ prestação jurisdicional, não se confunde com ‘multa administrativa’. Tampouco caracteriza sanção judicial ‘adicional’ ou ‘sobreposta’ à

aplicável pelo Estado-Administrador com base no seu poder de polícia. Além disso, a multa administrativa, como pena, destina-se a castigar fatos ilícitos pretéritos, enquanto a multa civil imposta pelo magistrado projeta-se, em um de seus matizes, para o futuro, de modo a assegurar a coercitividade e o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, dar e pagar, legal ou judicialmente estabelecidas”; “a sanção administrativa não esgota, nem poderia esgotar, o rol de respostas persuasivas, dissuasórias e punitivas do ordenamento no seu esforço – típico desafio de sobrevivência – de prevenir, reparar e reprimir infrações. Assim, a admissibilidade de ‘cumulação’ de multa administrativa e de multa civil integra o próprio tecido jurídico do Estado Social de Direito brasileiro, inseparável de um dos seus atributos básicos, o ‘imperativo categórico e absoluto de eficácia de direitos e deveres”’.

3 Atividade normativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal, é representativo, no tema, o julgamento do caso intitulado “PETIÇÃO 3.388 RORAIMA”, relacionado à demarcação da Terra Indígena “Raposa Serra do Sol”. Tratou-se, conforme consta do relatório feito pelo Ministro Carlos Ayres Britto (especialmente estimado no IBDA, diga-se de passagem), de ação popular contra a União, ajuizada em maio de 2005, de autoria do senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, assistido pelo também senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti: “...o processo contém 51 (cinquenta e um) volumes, sendo que a inicial impugna o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Daí o pedido de suspensão liminar dos efeitos da Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15.04.2005, este do Presidente da República. No mérito, o que se pede é a declaração de nulidade da mesma portaria”.

A ação tramitou, originariamente, no Supremo Tribunal Federal, em face do possível conflito federativo. No julgamento, indeferido o núcleo do pedido, foram fixadas “salvaguardas institucionais” destinadas ao caso concreto, assim como para servir de orientação a futuros casos semelhantes.

Ressaltou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, autor da proposta: “A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvem terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade de o dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance. (...) Destarte, julgo parcialmente procedente a presente ação popular para que sejam observadas as seguintes condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras”.

Na ementa do acórdão, registrou-se que a ação fora julgada “parcialmente procedente, nos termos dos fundamentos e salvaguardas institucionais constantes do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mas sob complemento de tais salvaguardas institucionais a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e colegiadamente ajustadas em sua redação final”.

Foram, assim, fixadas as seguintes salvaguardas institucionais, “majoritariamente aprovadas: a) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§6º do art. 231 da CF); b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira; e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI); f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI; g) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental; j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; l) admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão; m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação; o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, *caput*, Lei nº 6.001/1973); p) é vedada, nas

terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, §1º, Lei nº 6.001/1973); q) as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, §3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, §4º, CR/88); t) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento”.

O Ministro Joaquim Barbosa votou vencido, por entender, em conclusão, que “a opção pela demarcação contínua ou pela demarcação por ilhas insere-se no âmbito da competência discricionária do ente político ao qual a Constituição atribuiu tal mister, baseada nos elementos sócio-culturais e antropológicos colhidos na área, não cabendo ao Judiciário decidir por esta ou aquela opção”.

O Ministro Marco Aurélio, segundo voto vencido, julgou procedente o pedido inicial da ação popular, “fixando os seguintes parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória, porquanto nula a anterior: a) audição de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada; b) audição de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras devolutas; c) levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo-se como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado; d) em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório; e) audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira”.

Embargos de declaração foram acolhidos, parcialmente, para esclarecer que “os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões”.

Conclusão

A melhor saída para o “Judiciário ativo regulador” parece estar na autocontenção e deferência para preservar a independência e harmonia dos Poderes (art. 2º da Constituição), salvo na hipótese de proteção contramajoritária dos direitos fundamentais, incluindo-se nessa hipótese, especialmente, a proteção de minorias, tal como aconteceu

no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do citado caso *Terra Indígena “Raposa Serra do Sol”*.

Não se desconhece, porém, que a matéria ainda está longe de ser pacificada e muito menos de alcançar unanimidade, conforme se pôde ver pela divergência de entendimentos nas diversas instâncias e entre julgadores da mesma instância. Continua, pois, a pergunta – *qual a saída?* – que somente poderá ser respondida pelo debate contínuo e pela experiência. O caminho se faz caminhando.⁴ Mais uma vez, como no pensamento de Heidegger, “nós somos ainda entre caminhos, *inter vias*, entre diferentes caminhos. Não se decidiu ainda o único caminho aceitável, o que como tal seria talvez o caminho”.⁵

E parafraseando: *como tal seria talvez a saída...*

Referências

HEIDEGGER *apud* BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO, Antônio *apud* MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Le. *A inteligência da complexidade*. Trad. de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOREIRA, João Batista Gomes. Judiciário ativo regulador: qual a saída?. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 173-183. ISBN 978-65-5518-581-2.

⁴ MACHADO, Antônio *apud* MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Le. *A inteligência da complexidade*. Trad. de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 21.

⁵ HEIDEGGER *apud* BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 13.

REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL

LICURGO MOURÃO
MARIANA BUENO RESENDE

1 Introdução

Na atualidade, vivenciamos a transformação de toda a humanidade: a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos, por meio da expressiva e acelerada revolução tecnológica, que pode ser compreendida como a Quarta Revolução Industrial.¹

O lançamento, pela OpenAI, do ChatGPT, um *software* que simula conversas humanas com usuários e responde a perguntas, deixou ainda mais evidentes o avanço dos estudos na área e os impactos iminentes e drásticos que novas tecnologias podem ocasionar, além de demonstrar a imprevisibilidade do potencial de transformação tecnológica em longo prazo.

A inteligência artificial, que pode ser conceituada como a capacidade de raciocínio de máquinas que reproduzem o funcionamento da mente humana, tem ganhado cada vez mais espaço em diversas áreas da atuação humana: desde tarefas corriqueiras, como a influência de algoritmos empregados nas redes sociais, que sugerem com quem fazer amizade e quais conteúdos consumir nas plataformas de *streaming*, até processos automatizados de tomada de decisão, que já interferem em diversos setores.

Em outra vertente, o progresso da inteligência artificial pode trazer consigo riscos para os direitos humanos sob o ponto de vista de suas implicações sociais, éticas e jurídicas, tanto da perspectiva individual quanto da coletiva.² Os sistemas de inteligência artificial não podem se sobrepor aos direitos dos cidadãos, sendo necessário que as novas tecnologias sejam desenvolvidas para atuar de forma ética, transparente, sem reproduzir e reforçar as desigualdades e preconceitos presentes na sociedade.

¹ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

² GORZONI, Paula. *Inteligência artificial: riscos para direitos humanos e possíveis ações*. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Paula-Gorzoni.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2023.

Ao tratar dos desafios da Quarta Revolução Industrial, Klaus Schwab³ enumera os impactos positivos da utilização da inteligência artificial para ações tais como a tomada de decisões racionais orientadas por dados, ganhos no trabalho e em inovação, reorganização de burocracias ultrapassadas e avanços na ciência médica, com a erradicação de doenças. Por outro lado, o autor alerta para problemas relacionados à prestação de contas e responsabilização, perda de trabalho, aumento da desigualdade e novas modalidades de crimes.

Diante das mudanças complexas e velozes acarretadas pelas novas tecnologias, o mencionado autor defende a necessidade de que a Quarta Revolução Industrial seja moldada pela atuação de todos os setores (acadêmico, social, político, nacional e industrial) para garantir que ela seja “empoderadora e centrada no ser humano, ao invés de “divisionista e desumana”.⁴

Em vista disso, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ao reconhecer que a inteligência artificial está transformando sociedades, setores econômicos e o futuro do trabalho e que possui potencial de contribuir para a solução dos principais desafios globais, ressaltou que as transformações acarretadas pelo avanço tecnológico podem afetar desigualmente sociedades e economias, sobretudo no que diz respeito a concorrência, transições no mercado de trabalho, desigualdades e implicações para as democracias e direitos humanos, privacidade e proteção de dados e segurança digital.⁵

Nesse cenário, observa-se a crescente preocupação mundial com a definição dos padrões e limites éticos do emprego da inteligência artificial, buscando regulamentar o uso das novas tecnologias de forma a zelar pelos direitos dos cidadãos.

O grande desafio que se impõe na regulação da inteligência artificial é o de conciliar a integridade na utilização das novas tecnologias, evitando abusos à privacidade e ao exercício de direitos, sem desestimular o avanço das pesquisas e o desenvolvimento de novos sistemas considerados fundamentais, sobretudo no âmbito da Administração Pública, para a contínua melhoria dos serviços prestados à sociedade.

No Brasil, como se verá a seguir, a preocupação com a utilização ética das novas tecnologias ocasionou iniciativas de regulação e projetos de lei, em andamento, que objetivam estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial.

2 Utilização da inteligência artificial na Administração Pública e nos órgãos de controle

O termo *inteligência artificial* se refere a diversas técnicas da ciência da computação que utilizam máquinas ou *softwares* capazes, em suma, de selecionar, recortar e organizar um grande volume de dados disponíveis para indicar, por meio do uso de algoritmos

³ SCHWAB, Klaus. *Op. cit.*

⁴ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

⁵ OCDE. *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. Maio, 2019. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>. Acesso em: 9 mar. 2023.

(um conjunto de instruções ou regras), uma solução ou resposta, de forma rápida e eficiente,⁶ buscando simular algumas capacidades cognitivas humanas.

A inteligência artificial utiliza técnicas como *machine learning* e *deep learning*, que surpreendem pela “capacidade de entregar resultados organizados e variados”⁷ a partir de informações armazenadas em bancos de dados, independentemente da atuação humana.

No âmbito da Administração Pública, as técnicas de inteligência artificial podem proporcionar agilidade e ganho de tempo na identificação de padrões de dados e no cruzamento de dados em áreas/matérias sensíveis, por exemplo. Esses sistemas permitem acelerar o processo decisório, seja classificando processos similares, seja oferecendo substratos para a decisão ou realizando outros tipos de operações que apoiam a tomada de decisão.

A Administração Pública deve buscar nas novas tecnologias substrato para realizar o princípio da eficiência administrativa (art. 37 da CR/88), atuando para produzir resultados legítimos e eficientes aos administrados, “de modo a satisfazer, da melhor maneira possível e com menores sacrifícios, demandas tradicionais e emergentes das sociedades de todas as latitudes”.⁸

Conforme ensina Paulo Modesto, “o exercício regular da função administrativa, numa democracia representativa, repele não apenas o capricho e o arbítrio, mas também a negligência e a ineficiência, pois ambos violam os interesses tutelados na lei”.⁹

Nessa ótica, é necessário que a Administração Pública busque soluções inovadoras, com supedâneo nas técnicas de inteligência artificial para, por exemplo, possibilitar a duração razoável do processo e o controle efetivo da execução orçamentária, bem como para subsidiar a tomada de decisão no âmbito das políticas públicas que serão desenvolvidas.

No cenário de recursos humanos limitados para fazer face às demandas que urgem no dia a dia da Administração Pública, a utilização de tecnologias para substituição de atividade humana em trabalhos repetitivos e previsíveis possibilita o direcionamento da força de trabalho para atividades prioritárias e propicia, com o processamento exponencial de grande volume de dados, que as decisões administrativas sejam mais bem direcionadas.

Embora a aplicação da inteligência artificial constitua “um dos caminhos mais promissores, senão o principal deles, para que a sociedade brasileira receba melhores serviços públicos”,¹⁰ há desafios na sua utilização que não devem ser ignorados,

⁶ SCHIER, Adriana Ricardo da Costa; MAKSYM, Cristina Borges Ribas; MOTA, Vitória Dionísio. The Urgency of Regulating and Promoting Artificial Intelligence in the Light of the Precautionary Principle and Sustainable Development. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 133-152, set./dez. 2021.

⁷ MODESTO, Paulo. Inteligência artificial, ChatGPT e experimentação administrativa. Disponível em: www.conjur.com.br/2023-fev-09/interesse-publico-inteligencia-artificial-chatgpt-experimentacao-administrativa. Acesso em: 8 mar. 2023.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 105.

⁹ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista Interesse Público*. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>. Acesso em: 9 mar. 2023.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022*. Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em: 25/5/2022.

sobretudo a ocorrência de atuação pouco transparente e a possibilidade de reprodução de desigualdades e racismo.¹¹ Nesse sentido é a lição de Schier e Maksym, *in verbis*:

O processamento dos dados pode revelar e manter indevidamente na previsão alguma discriminação persistente na sociedade. O método, portanto, deve ser cauteloso e ético para não reproduzir, legitimar e agravar a discriminação injustificada. O uso da inteligência artificial também pode favorecer instituições e pessoas com recursos tecnológicos que poderiam “manipular” um resultado desejado.¹²

É por essa razão que o maior desafio da Administração Pública é garantir que os algoritmos não reproduzam efeitos adversos, zelando pela transparência, publicidade e, em especial, pela devida motivação das decisões automatizadas. Para esse propósito, relevante que as partes envolvidas, gestores públicos e cidadãos, possam entender como o modelo alcançou determinada decisão e que os sistemas sejam devidamente testados antes de incorporados às rotinas administrativas.

Há, ainda, dificuldades práticas ocasionadas pela própria atuação administrativa que, em muitos casos, não observa as determinações de transparência, consubstanciadas nos princípios previstos do art. 3º da Lei nº 12.527/2011, quais sejam: publicidade, divulgação de informações de interesse público, utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação, fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública e desenvolvimento do controle social da Administração Pública.

A ausência de publicidade e compartilhamento das informações entre as entidades governamentais afeta a capacidade das tecnologias para obter as melhores soluções, diante da insuficiência da base de dados, uma vez que, se os dados utilizados pela inteligência artificial estiverem incompletos, não há segurança no resultado obtido por ela.¹³

Dessa forma, a ausência de novas tecnologias de informação e comunicação no âmbito da Administração Pública “prejudica a agregação de dados, embaraçando um aprendizado potencial e melhorias nas políticas públicas que poderiam decorrer de um *big data* desenhado e utilizado de maneira profissional”.¹⁴

Espera-se que a publicação da Lei nº 14.129/2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital

¹¹ A título exemplificativo, já se observou que a inteligência artificial usada para detectar câncer de pulmão e de pele, triar pacientes e fazer recomendações de tratamento são menos precisas para pessoas de pele mais escura, o que significa que falham com mais frequência em sinalizar cânceres em pacientes, atrasando o acesso a cuidados que salvam vidas. In: WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; RUSSELL, Chris. **Health Care Bias Is Dangerous. But So Are 'Fairness' Algorithms.** Disponível em: www.wired.com/story/bias-statistics-artificial-intelligence-healthcare/?fbclid=PAaAaY7gNEs7UCzaxOmNkQyHzHhoixCuBFb8CNbuT8E3G0w7uMB-KxZAEc6JJs. Acesso em: 9 mar. 2023.

¹² SCHIER, Adriana Ricardo da Costa; MAKSYM, Cristina Borges Ribas; MOTA, Vitória Dionísio. The Urgency of Regulating and Promoting Artificial Intelligence in the Light of the Precautionary Principle and Sustainable Development. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 133-152, set./dez. 2021.

¹³ SCHIER, Adriana Ricardo da Costa; MAKSYM, Cristina Borges Ribas; MOTA, Vitória Dionísio. The Urgency of Regulating and Promoting Artificial Intelligence in the Light of the Precautionary Principle and Sustainable Development. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 133-152, set./dez. 2021.

¹⁴ VALLE, Vanice Lírio do. Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 11-28, jan./abr. 2021.

e da participação do cidadão, possa intensificar “os resultados da circulação de dados e informação pelas vias ofertadas pela tecnologia”,¹⁵ agregando as potencialidades desta às atividades estatais.

Para a análise ora empreendida, ressaltam-se as seguintes previsões da mencionada legislação: promoção do desenvolvimento tecnológico e da inovação no setor público como norteador dos governos digitais (art. 3º, XXVI); implementação de mecanismos de interoperabilidade de dados entre os órgãos públicos (arts. 38 a 41); e incentivo à instituição de laboratórios de inovação, abertos à participação e à colaboração da sociedade para o desenvolvimento e a experimentação de conceitos, de ferramentas e de métodos inovadores para a gestão pública, a prestação de serviços públicos, o tratamento de dados produzidos pelo poder público e a participação do cidadão no controle da Administração Pública (art. 44).

É bem verdade que há um caminho longo entre a positivação das normas e a efetiva realização das mudanças por ela almejadas, mas não se pode olvidar o incentivo que a nova legislação pode acarretar nos modos tradicionais de atuação dos gestores públicos.

Além da relevância do fornecimento dos dados para propiciar o funcionamento assertivo da tecnologia artificial, segundo o relatório “Open Government Data Report”, da OCDE, a disponibilização de dados governamentais oportuniza que agentes inovadores, do serviço público ou não, criem novos mecanismos para enfrentar os desafios da Administração Pública de forma mais eficiente.¹⁶

Atualmente, o Poder Judiciário brasileiro já tem utilizado algumas soluções de inteligência artificial, tanto em atividades eminentemente administrativas quanto nas etapas que antecedem a decisão judicial. Entre essas soluções, citam-se o sistema Victor (utilizado no Supremo Tribunal Federal – STF) e o Athos (utilizado no Superior Tribunal de Justiça – STJ), que objetivam classificar os temas de repercussão geral, recursos repetitivos e as peças jurídicas.

Conforme levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no âmbito do *Programa Justiça 4.0*, ação que tem o objetivo de acelerar a transformação digital do Poder Judiciário, constatou-se que, de 2021 para 2022, o número de iniciativas de projetos de inteligência artificial cresceu 171% (cento e setenta e um por cento).¹⁷

No campo do controle externo, importante mencionar o sistema Alice, utilizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) para otimizar a atuação da entidade na identificação de possíveis irregularidades nas contratações públicas federais, por meio da análise de editais de licitação publicados no *Diário Oficial* e no Portal de Compras do Governo Federal (Comprasnet) e do envio, às unidades técnicas, de relatórios com apontamentos de indícios de fraudes.

¹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). Governo digital e a busca por inovação na administração pública: A Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 43-62.

¹⁶ OCDE. *Open Government Data Report*. 2018. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/open-government-data-report_9789264305847-en#page63. Acesso em: 3 mar. 2023.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça 4.0: inteligência artificial está presente na maioria dos tribunais brasileiros*. Disponível em: www.cnj.jus.br/justica-4-0-inteligencia-artificial-esta-presente-na-maioria-dos-tribunais-brasileiros/. Acesso em: 7 mar. 2023.

Em caso específico informado pelo TCU, o sistema Alice ajudou a evitar o desperdício de R\$8,3 milhões em uma licitação para aquisição de medicamentos, no valor global estimado inicial de R\$28,5 milhões, diante da verificação de falhas no orçamento da licitação, que não considerou a economia de escala nos preços referenciais.¹⁸

O Tribunal de Contas da União utiliza ainda o robô Sofia para apontar erros nos textos produzidos pelos servidores, bem como o robô Mônica, que configura um painel no qual todas as compras públicas podem ser visualizadas.

Menciona-se ainda que o TCU publicou edital de Encomenda Tecnológica (Etec),¹⁹ que consiste na compra direta de serviços de pesquisa e desenvolvimento para a obtenção de determinada solução que envolva risco tecnológico,²⁰ para desenvolvimento de um módulo de instrução assistida por inteligência artificial com os seguintes objetivos: a) detecção de significado nas peças processuais, com a identificação das alegações, exame de admissibilidade e cálculo da probabilidade de concessão de medidas cautelares; b) painel de jurimetria, incluindo priorização de processos e comparação com causas anteriores; e c) redação de peças, abarcando a geração de comunicações aos interessados, assim como instruções contendo sumarização de teses e predição da análise técnica e das propostas de encaminhamento.

Por sua vez, o Poder Executivo ainda não tem utilizado em larga escala as potencialidades da inteligência artificial. Tal conclusão pode ser comprovada por meio do relatório de auditoria do Tribunal de Contas da União, que resultou no Acórdão nº 1.139/2022, do Plenário, e teve como objetivo realizar levantamento das tecnologias de inteligência artificial nas organizações da Administração Pública federal.²¹

O estudo detectou que 100 (cem) das 263 (duzentas e sessenta e três) organizações públicas pesquisadas (ou seja, 38% delas) ainda não têm intenção de utilizar soluções de inteligência artificial em seus processos. Verificou-se que o principal empecilho para o emprego de novas tecnologias é o baixo número de colaboradores com conhecimento na área, o que pode ser superado, caso haja vontade política, com capacitação dos servidores e contratação dos sistemas no mercado.

Diante das constatações, o Ministro Aroldo Cedraz, no voto condutor do Acórdão nº 1.139/2022, ressaltou o papel indutor das cortes de contas na utilização de novas tecnologias para tornar mais eficiente a atuação estatal, motivo pelo qual, “para dar maior segurança ao gestor proativo e, ao mesmo tempo, estimular aqueles mais reticentes a buscar ativamente os potenciais benefícios ao seu alcance”,²² orientou a Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) a elaborar guia, ou instrumento

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Nova atuação com base no Sistema Alice evita desperdício de R\$ 8,3 milhões. Disponível em: [file:///D:/Users/mariana.resende.TCE/Downloads/Uni%C3%A3o%2007-10-2019%20-%20Nova%20atua%C3%A7%C3%A3o%20com%20base%20no%20Sistema%20Alice%20evita%20desperd%C3%ADcio%20de%20R\\$%208,3%20milh%C3%B5es%20\(3\).pdf](file:///D:/Users/mariana.resende.TCE/Downloads/Uni%C3%A3o%2007-10-2019%20-%20Nova%20atua%C3%A7%C3%A3o%20com%20base%20no%20Sistema%20Alice%20evita%20desperd%C3%ADcio%20de%20R$%208,3%20milh%C3%B5es%20(3).pdf). Acesso em: 6 mar. 2023.

¹⁹ Informações disponíveis em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/68/36/8E/7F/6296E71054CD4BD7E18818A8/16%20-%20Edital%20PUBLICADO.pdf>. Acesso em: 7 de mar. 2023.

²⁰ Nos termos do art. 2º, III do Decreto Federal nº 9.283/2018: “risco tecnológico – possibilidade de insucesso no desenvolvimento de solução, decorrente de processo em que o resultado é incerto em função do conhecimento técnico-científico insuficiente à época em que se decide pela realização da ação”.

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.139/2022*. Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em: 25/5/2022.

²² Idem.

congênera, com a definição de diretrizes, parâmetros e eventuais riscos, com o intuito de auxiliar líderes e gestores públicos no processo de implementação ou contratação de serviços que envolvam o uso de inteligência artificial.

Sobre o tema, destacamos a possibilidade de que a Administração Pública se utilize de novas ferramentas trazidas pela legislação para contratação de soluções inovadoras, a exemplo do Marco Legal das *Startups*, Lei Complementar nº 182/2021, que criou modalidade especial de licitação para permitir a participação privada na elaboração da solução ao prever, no art. 13, §1º, que a “delimitação do escopo da licitação poderá restringir-se à indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados pela administração pública, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados”.

Em sentido semelhante, a Nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, positivou em âmbito nacional o Procedimento de Manifestação de Interesse (art. 81), que permite que a iniciativa privada apresente estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, com a possibilidade de que o procedimento seja direcionado exclusivamente às *startups*.²³

Diante do potencial benéfico da utilização de novas tecnologias pela Administração Pública, necessário que os gestores busquem implantar formas inovadoras na ação estatal, atuando, conforme já mencionado, na capacitação de pessoal e na busca de contratação de soluções elaboradas pela iniciativa privada que possam trazer mais eficiência, tanto na atividade administrativa quanto na prestação direta de serviços públicos. Sobre o tema, Klaus Schwab alerta:

As mudanças são tão profundas que, na perspectiva da história humana, nunca houve um momento tão potencialmente promissor e perigoso. A minha preocupação, no entanto, é que os tomadores de decisão costumam estar levados pelo pensamento tradicional linear (e sem ruptura) ou costumam estar muito absorvidos por preocupações imediatas; e, portanto, não conseguem pensar de forma estratégica sobre as forças de ruptura e inovação que moldam nosso futuro.²⁴

Fica claro, portanto, que os administradores públicos devem estar atentos à nova realidade e buscar maximizar a eficiência por meio da compreensão das novas tecnologias e da forma como elas podem aprimorar a prestação de serviços à sociedade.

3 Regulação da inteligência artificial e atuação do Estado

Em que pesem todos os benefícios esperados com a revolução tecnológica, não se pode perder de vista que a utilização expressiva de inteligência artificial, tanto pelo setor privado quanto pela Administração Pública, pode ocasionar ofensa a direitos individuais e coletivos, motivo pelo qual se mostra necessária a intervenção do Estado por meio da sua atividade regulatória.

²³ MELLO, Ione Lewicki Cunha; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Como o Estado poderá contratar startups. In: PÉRCIO, Gabriela Verona; FORTINI, Cristiana (coord.). *Inteligência e inovação em contratação pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 259-272.

²⁴ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

Isso porque o ideal de mercado – cuja “mão invisível”, defendida por Adam Smith, acarretaria a melhoria do bem comum por meio da busca dos interesses individuais – mostrou-se insuficiente, diante da ocorrência de falhas de mercado. Assim, em situações de concorrência imperfeita, cabe “ao Estado regular variáveis centrais da atividade econômica, como padrões de qualidade, níveis adequados de informação, condições de entrada e saída do mercado, até limites de preço”.²⁵

No caso específico das tecnologias disruptivas, mostra-se relevante a falha de mercado da assimetria informacional, tendo em vista que a ausência de conhecimentos específicos sobre ciências da computação afeta a compreensão dos usuários acerca das tecnologias que impactam sua rotina. Diante da ocorrência de falhas na informação, ensinam Fábio Giambiagi e Ana Cláudia Além, in verbis:

[...] a intervenção do Estado justifica-se em razão de o mercado por si só não fornecer dados suficientes para que os consumidores tomem suas decisões racionalmente. A forma de ação do Estado pode ser mediante introdução de uma legislação que induza a uma maior transparência do mercado. [...] a importância da intervenção do Estado não se limita à simples proteção dos consumidores. Tendo em vista que a informação pode ser considerada um bem público – favorecendo todos os agentes do sistema econômico –, o grande objetivo do Estado deve ser contribuir para que o fluxo de informações seja o mais eficiente possível.²⁶

Observa-se que, em muitos casos, os atingidos pela tecnologia sequer têm ciência de que estão submetidos a ela, a exemplo dos algoritmos que direcionam os conteúdos consumidos nas redes sociais.

Ademais, a tecnologia muitas vezes é criada por determinados grupos de pessoas ou empresas com alguns interesses específicos, podendo até mesmo haver sistemas baseados em inteligência artificial que reproduzem comportamentos discriminatórios presentes na sociedade. “Esses riscos podem ser percebidos quando a inteligência artificial é aplicada na seleção de candidatos em entrevista de emprego ou concessão de crédito por bancos”.²⁷

Em geral, modelos computacionais de grande porte e alto custo são desenvolvidos por poucas grandes empresas, localizadas em polos de tecnologia, o que demonstra concentração de poder nas mãos de apenas alguns conglomerados econômicos.

É por isso que o ponto sensível da regulamentação da inteligência artificial diz respeito à necessária transparência e explicabilidade dos sistemas. A transparência deve alcançar o desenvolvimento dos sistemas, os dados utilizados e a decisão tomada com base neles; a explicabilidade corresponde à possibilidade de que o usuário compreenda o modo como a tecnologia chegou ao resultado almejado.

A melhor forma de se permitir segurança na utilização da inteligência artificial é garantir a compreensão de como determinada decisão foi alcançada. Isso porque as exigências de transparência e explicabilidade das tecnologias reduzem a assimetria

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 166.

²⁶ GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Claudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 8.

²⁷ GORZONI, Paula. *Inteligência artificial: riscos para direitos humanos e possíveis ações*. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Paula-Gorzoni.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2023.

informacional e possibilitam a fiscalização do modo como a tecnologia opera e dos dados utilizados na sua atuação. Essa auditoria no funcionamento da tecnologia permite, ainda, a verificação da existência de vieses discriminatórios.

No entanto, as empresas de tecnologia sustentam que as determinações de transparência podem encontrar obstáculos práticos, tendo em vista que, conforme publicado na *MIT Technology Review*, do Instituto de Tecnologia de Massachusetts, o método de redes neurais possui processos tão complexos que nem mesmo seus criadores entendem completamente como chegam às suas conclusões,²⁸ além do fato de que o acesso irrestrito aos códigos-fonte pode esbarrar em regras de segredos comerciais, industriais e de propriedade intelectual.

Diante dos desafios observados pelo uso da inteligência artificial, avultam como principais princípios regulatórios que devem nortear a elaboração de leis sobre o tema: a) interesse geral, garantindo inclusão e equidade, uma vez que o poder público não pode visar à satisfação de interesses particulares em detrimento do interesse público; b) direitos humanos, pois devem ser respeitados os direitos fundamentais, tais como as liberdades individuais, a igualdade e a diversidade, combatendo-se práticas discriminatórias realizadas por sistemas de inteligência artificial; c) transparência, de modo a assegurar a compreensão do seu funcionamento (quanto a algoritmos, dados, provas e validações realizadas, além da lista das áreas que utilizam tais tecnologias).²⁹

No mesmo sentido, interessante mencionar o estudo realizado pelo Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), o qual foi encaminhado ao Ministério da Ciência Tecnologia Inovações e Comunicações (MCTIC) no âmbito da consulta sobre a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial. Nesse estudo, em consonância com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, recomendou-se que a regulação da inteligência artificial observe os seguintes princípios:

- i) os sistemas de IA devem promover o crescimento inclusivo, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar;
- ii) os sistemas de IA devem ser projetados de maneira a respeitar o Estado de Direito, os direitos humanos, os valores democráticos e a diversidade, liberdade, dignidade, autonomia, privacidade e proteção de dados, não discriminação e igualdade, diversidade, equidade, justiça social e direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos. Para isso, devem incluir salvaguardas apropriadas, como possibilitar a intervenção humana sempre que necessário;
- iii) deve haver transparência e explicabilidade sobre os sistemas de IA. Por esse motivo, os atores da IA devem fornecer informações significativas e apropriadas ao contexto, de modo a permitir que os potenciais indivíduos afetados tenham acesso aos critérios que serviram de base para a previsão, recomendação ou decisão algorítmica;
- iv) os sistemas de IA devem ser robustos, seguros e protegidos durante todo o ciclo de vida. Os riscos potenciais devem ser continuamente avaliados e gerenciados. Para esse fim, os atores da IA devem garantir a rastreabilidade, inclusive em relação aos conjuntos de dados,

²⁸ HEIKKILÄ, Melissa. *A Quick Guide to the Most Important AI Law You've Never Heard of*. Disponível em: www.technologyreview.com/2022/05/13/1052223/guide-ai-act-europe/?utm_campaign=site_visitor.unpaid_engagement&utm_medium=tr_social&utm_source=Twitter. Acesso em: 6 mar. 2023.

²⁹ AGENCIA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL CONOCIMIENTO (AGESIC). *Principios Generales sobre Inteligencia Artificial para un Gobierno Digital*. Disponível em: <https://bit.ly/2Siy4tO>. Acesso em: 24 out. 2022.

processos e decisões tomadas durante o ciclo de vida do sistema de IA3, possibilitando a análise dos resultados do sistema e, em caso de solicitação ou investigação, devem oferecer as respostas apropriadas ao contexto e consistentes com o estado da arte; e
v) as organizações e os indivíduos que desenvolvem, implantam ou operam sistemas de IA devem ser responsabilizados pelo seu apropriado funcionamento, de acordo com os princípios acima.³⁰

Imperioso destacar, contudo, que a regulação da inteligência artificial não é tarefa simples, uma vez que, além de buscar garantir a proteção dos direitos do usuário e a segurança na sua utilização, é salutar que se promova e preserve a inovação,³¹ de modo a evitar barreiras à pesquisa e ao desenvolvimento de serviços de inteligência artificial. Soma-se a isso a complexidade advinda do cenário de rápida evolução das tecnologias, o que torna a legislação propensa a se tornar obsoleta.

4 Iniciativas de regulação da inteligência artificial no Brasil

No Brasil, algumas legislações tangenciam temas relacionados à inteligência artificial, tais como a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, e a Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que assegura a explicabilidade de qualquer decisão automatizada que utilize dados pessoais de indivíduos, tendo em vista que as pessoas afetadas por decisões algorítmicas devem poder pleitear uma explicação dos principais critérios e fundamentos utilizados para a decisão automatizada. Contudo, não há legislação federal específica sobre o tema, apenas propostas legislativas em andamento, conforme se verá à frente.

Merece destaque, ainda, a Resolução nº 332/2020, do Conselho Nacional de Justiça,³² que estabeleceu diretrizes sobre ética, transparência e governança de inteligência artificial no Poder Judiciário, considerando, sobretudo, a concepção de que a inteligência artificial pode contribuir com a agilidade e coerência do processo de tomada de decisão e que há inúmeras iniciativas nesse sentido nos tribunais.

A resolução prevê a obrigatoriedade de que o desenvolvimento, a implantação e o uso da inteligência artificial observem os direitos fundamentais e que a utilização de tecnologias deve buscar garantir a segurança jurídica e a igualdade. Para tanto, previu que, antes de ser implementado, o sistema deverá ser homologado, de forma a identificar se preconceitos ou generalizações influenciaram seu desenvolvimento, acarretando tendências discriminatórias no seu funcionamento. Caso não possa ser sanado o viés discriminatório, o modelo não poderá ser utilizado.

Como medida de transparência e controle pelo usuário, os sistemas que auxiliem na elaboração de decisão judicial devem explicar satisfatoriamente a técnica utilizada

³⁰ IVAR, A. et. al. *Regulação de inteligência artificial no Brasil: policy paper*. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30078>. Acesso em: 24 out. 2022.

³¹ KELLER, Clara Iglesias; BAPTISTA, Patrícia. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, ano 11, n. 273, set./dez. 2016. Disponível em: www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/347/3395. Acesso em: 1º mar. 2023.

³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 332*, de 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 6 mar. 2023.

e os processos que conduziram ao resultado, permitindo a supervisão do magistrado competente.

Embora não se trate propriamente de regulação sobre a matéria, foi instituída a Portaria do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações nº 4.617, de 6 de abril de 2021, alterada pela Portaria nº 4.979, de 13 de julho de 2021, do mesmo Ministério, a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (Ebia), que se fundamenta em cinco princípios para uma gestão responsável dos sistemas de inteligência artificial, quais sejam: (i) crescimento inclusivo, desenvolvimento sustentável e bem-estar; (ii) valores centrados no ser humano e na equidade; (iii) transparência e explicabilidade; (iv) robustez, segurança e proteção; e (v) responsabilização ou prestação de contas (*accountability*).

A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial tem como objetivos:

- contribuir para a elaboração de princípios éticos para o desenvolvimento e uso de inteligência artificial responsáveis;
- promover investimentos sustentados em pesquisa e desenvolvimento em inteligência artificial;
- remover barreiras à inovação em inteligência artificial;
- capacitar e formar profissionais para o ecossistema da inteligência artificial;
- estimular a inovação e o desenvolvimento da inteligência artificial brasileira em ambiente internacional; e
- promover ambiente de cooperação entre os entes públicos e privados, a indústria e os centros de pesquisas para o desenvolvimento da inteligência artificial.³³

O referido documento ressalta que, entre as principais discussões envolvendo o uso da inteligência artificial está a busca por estabelecer princípios gerais e padrões éticos que devem buscar o equilíbrio entre:

- (i) a proteção e a salvaguarda de direitos, inclusive aqueles associados à proteção de dados pessoais e à prevenção de discriminação e viés algorítmico;
- (ii) a preservação de estruturas adequadas de incentivo ao desenvolvimento de uma tecnologia cujas potencialidades ainda não foram plenamente compreendidas; e
- (iii) o estabelecimento de parâmetros legais que confirmem segurança jurídica quanto à responsabilidade dos diferentes atores que participam da cadeia de valor de sistemas autônomos.³⁴

No final de 2022, a Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado nº 4, de 2022, apresentou minuta de substitutivo aos Projetos de Lei nºs 5.051/2019, 21/2020 e 872/2021, que têm como objetivo estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil. Nos termos da exposição de motivos,

³³ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (Ebia)*. Disponível em: www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial. Acesso em: 14 mar. 2023.

³⁴ *Idem*.

[...] esse novo marco legal tem um duplo objetivo. De um lado, estabelecer direitos para proteção do elo mais vulnerável em questão, a pessoa natural que já é diariamente impactada por sistemas de inteligência artificial, desde a recomendação de conteúdo e direcionamento de publicidade na Internet até a sua análise de elegibilidade para tomada de crédito e para determinadas políticas públicas. De outro lado, ao dispor de ferramentas de governança e de um arranjo institucional de fiscalização e supervisão, criar condições de previsibilidade acerca da sua interpretação e, em última análise, segurança jurídica para inovação e o desenvolvimento econômico-tecnológico.³⁵

A Comissão de Juristas realizou, além de reuniões internas, audiências públicas envolvendo mais de 50 (cinquenta) palestrantes, objetivando a participação dos diversos setores da sociedade, como setor público, academia, indústria e terceiro setor de diversas regiões do país. Também foram realizados seminários internacionais com mais de 20 (vinte) palestrantes e, ainda, recebidas 102 (cento e duas) contribuições escritas de entidades representantes da sociedade civil, de órgãos governamentais, da academia, do setor privado, além de contribuições individuais. O relatório final apresentado resultou em um documento de 912 (novecentas e doze) laudas, o que demonstra a complexidade das discussões que envolvem a matéria.

A minuta formulada pela Comissão de Juristas, mais robusta que a proposta inicial que havia sido aprovada na Câmara dos Deputados, possui 45 (quarenta e cinco) artigos que objetivam trazer segurança aos usuários das novas tecnologias, prevendo, em suma, diversos direitos às pessoas afetadas pela inteligência artificial; a possibilidade de responsabilização do desenvolvedor ou operador da tecnologia; a exigência de transparência e medidas de governança, que devem ser observadas ao longo de todo o ciclo de vida do sistema de inteligência artificial, desde a concepção inicial até o encerramento de suas atividades e descontinuação.

O substitutivo adotou modelagem baseada nos riscos que o sistema de inteligência artificial pode ocasionar, prevendo que todo sistema passará por análise preliminar de classificação de seu grau de risco e, a partir daí, são preconizadas regras diferenciadas, de acordo com os potenciais riscos da tecnologia.

Determinou, ainda, a designação, pelo Poder Executivo, de autoridade competente para zelar pela fiscalização da aplicação da lei e estabelecer normas e diretrizes para sua implementação, tal qual ocorre com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), no âmbito da LGPD.

Algumas previsões são polêmicas, a exemplo da responsabilidade civil, que, na nova proposta, é objetiva para o operador de sistema de inteligência artificial de alto risco ou de risco excessivo que causar dano patrimonial, moral, individual ou coletivo (art. 27, §1º), em oposição à proposta inicial aprovada na Câmara dos Deputados, que previa responsabilidade subjetiva e foi objeto das discussões travadas pela comissão, diante da dificuldade de se comprovar a conduta culposa do desenvolvedor da tecnologia e

³⁵ BRASIL. Senado Federal. Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito. *Relatório final* da Comissão de Juristas responsável por subsidiar a elaboração de Substitutivo sobre Inteligência Artificial instituída pelo Ato do Presidente do Senado n. 4, de 2022, aprovado em 1º de dezembro de 2022. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9221643&ts=1677521675945&disposition=inline>. Acesso em: 15 mar. 2023.

por ser contrária à prevalência do regime de responsabilidade objetiva consagrado na doutrina, na jurisprudência, no Código Civil e na legislação consumerista.

Nos demais casos, ou seja, quando não envolver alto risco ou risco excessivo, a proposta prevê presunção de culpa do agente causador do dano, aplicando-se a inversão do ônus da prova em favor da vítima (art. 27, §2º).

Por fim, importante mencionar que a minuta proposta pela Comissão de Juristas, com o objetivo de fomentar a inovação, previu a possibilidade de que a entidade fiscalizadora autorize o ambiente regulatório experimental, denominado *Sandbox* Regulatório. Sobre o instituto, observa-se que, *in verbis*:

O objetivo do *Sandbox* Regulatório é criar um ambiente de negócios em que as empresas possam testar produtos e serviços inovadores sem as limitações e restrições impostas pelas regras vigentes, estimulando, dessa forma, o ambiente de inovação tecnológica, sem que se perca o controle sobre os novos negócios que estão surgindo, a fim de mitigar eventuais riscos às empresas, à economia e aos clientes. A regulação dos negócios baseados em soluções inovadoras e disruptivas não acompanha a velocidade de transformação desses negócios, então, essa ferramenta veio para auxiliar na adequação das regras à nova realidade imposta por essas empresas, possibilitando que regras sejam testadas em pequenos grupos antes que tenham alcance geral.³⁶

O Projeto de Lei nº 21/2020 segue em tramitação no Senado Federal, e a expectativa é de que seja amplamente debatido antes de ser votado e de retornar à Câmara dos Deputados, diante da relevância da matéria que, como se viu, envolve diretamente a proteção a direitos e valores fundamentais e o futuro da inovação no Brasil.

5 Conclusão

A permeabilidade das técnicas de inteligência artificial em variados campos da sociedade é uma realidade que não pode ser ignorada. As novas tecnologias têm mostrado sua capacidade de revolucionar o mundo como o conhecemos e, caso bem empregadas, podem constituir ferramentas relevantes para a melhoria da qualidade de vida da população.

No âmbito da Administração Pública, como se viu, a utilização da inteligência artificial tem o potencial de propiciar a prestação de serviços públicos mais eficientes, de reduzir a burocracia e aprimorar o controle da atividade estatal.

No entanto, as tecnologias disruptivas também trazem consigo riscos a direitos e garantias fundamentais, que desafiam os operadores do direito a buscar regular a forma como se darão essas interações, sobretudo em razão da multidisciplinaridade que envolve o tema e da velocidade com que novas técnicas de inteligência artificial surgem.

Diante disso, o Brasil tem buscado, por meio do Projeto de Lei nº 21/2020, em trâmite no Senado Federal, estabelecer um marco normativo que estabeleça princípios, regras,

³⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Sandbox regulatório*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/86/75/3F/4B/669A38102DFE0FF7F18818A8/SandBox%20Regulatorio.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil.

A iniciativa é bem-vinda e está em consonância com as tendências internacionais que visam estabelecer parâmetros para o uso ético das novas tecnologias.

No entanto, as previsões específicas do Projeto de Lei precisam ser largamente debatidas pela sociedade antes de aprovadas, tendo em vista que a regulação da inteligência artificial possui como principal desafio harmonizar a busca de segurança jurídica para os atingidos pelas ferramentas de inteligência artificial, induzindo boas práticas, com o incentivo à inovação, já que a criação de barreiras pode impactar no crescimento tecnológico do país.

Assim, espera-se que o Estado, além de atuar de forma a regular o uso das novas tecnologias, também se ocupe de implementar programas de fomento e incentivo à inovação, para que o Brasil não seja apenas consumidor de tecnologias criadas no exterior, mas também possa produzir novos mecanismos de inteligência artificial capazes de solucionar os principais desafios da sociedade brasileira.

Referências

AGENCIA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL CONOCIMIENTO (AGESIC). *Principios Generales sobre Inteligencia Artificial para un Gobierno Digital*. Disponível em: <https://bit.ly/2Siy4tO>. Acesso em: 24 out. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia; ordenação regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 332*, de 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça 4.0: inteligência artificial está presente na maioria dos tribunais brasileiros*. Disponível em: www.cnj.jus.br/justica-4-0-inteligencia-artificial-esta-presente-na-maioria-dos-tribunais-brasileiros/. Acesso em: 7 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (Ebia)*. Disponível em: www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito. *Relatório final da Comissão de Juristas responsável por subsidiar a elaboração de Substitutivo sobre inteligência artificial instituída pelo Ato do Presidente do Senado n. 4, de 2022, aprovado em 1º de dezembro de 2022*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9221643&ts=1677521675945&disposition=inline>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022*. Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em: 25/5/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Nova atuação com base no Sistema Alice evita desperdício de R\$ 8,3 milhões*. Disponível em: [file:///D:/Users/mariana.resende.TCE/Downloads/Uni%C3%A3o%2007-10-2019%20-%20Nova%20atua%C3%A7%C3%A3o%20com%20base%20no%20Sistema%20Alice%20evita%20desperd%C3%ADcio%20de%20R\\$%208,3%20milh%C3%B5es%20\(3\).pdf](file:///D:/Users/mariana.resende.TCE/Downloads/Uni%C3%A3o%2007-10-2019%20-%20Nova%20atua%C3%A7%C3%A3o%20com%20base%20no%20Sistema%20Alice%20evita%20desperd%C3%ADcio%20de%20R$%208,3%20milh%C3%B5es%20(3).pdf). Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Sandbox regulatório*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/86/75/3F/4B/669A38102DFE0FF7F18818A8/SandBox%20Regulatorio.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Claudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GORZONI, Paula. *Inteligência artificial: riscos para direitos humanos e possíveis ações*. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Paula-Gorzoni.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2023.

HEIKKILÄ, Melissa. *A Quick Guide to the Most Important AI Law You've Never Heard of*. Disponível em: www.technologyreview.com/2022/05/13/1052223/guide-ai-act-europe/?utm_campaign=site_visitor.unpaid_engagement&utm_medium=tr_social&utm_source=Twitter. Acesso em: 6 mar. 2023.

IVAR, A. et. al. *Regulação de inteligência artificial no Brasil: policy paper*. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30078>. Acesso em: 24 out. 2022.

KELLER, Clara Iglesias; BAPTISTA, Patrícia. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, ano 11, n. 273, set./dez. 2016. Disponível em: www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/347/3395. Acesso em: 1º mar. 2023.

MELLO, Ione Lewicki Cunha; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Como o Estado poderá contratar *startups*. In: PÉRCIO, Gabriela Verona; FORTINI, Cristiana (coord.). *Inteligência e inovação em contratação pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 259-272.

MODESTO, Paulo. *Inteligência artificial, ChatGPT e experimentação administrativa*. Disponível em: www.conjur.com.br/2023-fev-09/interesse-publico-inteligencia-artificial-chatgpt-experimentacao-administrativa. Acesso em: 8 mar. 2023.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista Interesse Público*. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>. Acesso em: 9 mar. 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OCDE. *Open Government Data Report*. 2018. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/open-government-data-report_9789264305847-en#page63. Acesso em: 3 mar. 2023.

OCDE. *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. Maio 2019. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>. Acesso em: 9 mar. 2023.

SCHIER, Adriana Ricardo da Costa; MAKSYM, Cristina Borges Ribas; MOTA, Vitória Dionísio. The Urgency of Regulating and Promoting Artificial Intelligence in the Light of the Precautionary Principle and Sustainable Development. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 133-152, set./dez. 2021.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

VALLE, Vanice Lírio do. Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 11-28, jan./abr. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Governo digital e a busca por inovação na administração pública: a lei nº 14.129, de 29 de março de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 43-62.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; RUSSELL, Chris. Health Care Bias Is Dangerous. But So Are 'Fairness' Algorithms. Disponível em: www.wired.com/story/bias-statistics-artificial-intelligence-healthcare/?fbclid=PAaAaY7gNes7UCzaxOmNkQyHzHhoixCuBFb8CNbuT8E3G0w7uMB-KxZAec6JJs. Acesso em: 9 mar. 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOURÃO, Licurgo; RESENDE, Mariana Bueno. Regulação da inteligência artificial no Brasil. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 185-199. ISBN 978-65-5518-581-2.

FOMENTO E SERVIÇO PÚBLICO DE QUALIDADE: UM ENSAIO CRÍTICO SOBRE O PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO

1 Introdução

Honrado pela oportunidade de participar do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), entre os dias 26 e 28 de outubro de 2022, escrevo este ensaio crítico sobre o papel das políticas públicas entre o fomento e a concepção do serviço público de qualidade. O ensaio é congruente com o evento, que teve como tema central “Novas Leis: promessas de um futuro melhor?” e o painel sobre Fomento na prestação dos serviços públicos de qualidade.

2 Planejamento democrático no estado constitucional

A CR/88 determina a obrigação da função de planejamento para o Estado, em seu artigo 174, *caput*, ao estabelecer que 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. O Estado brasileiro, portanto, não pode se limitar a fiscalizar¹ e incentivar os agentes econômicos privados. Deve também planejar.² O modelo de planejamento previsto na Constituição de 1988 visa à instituição de um sistema com grande participação do Poder Legislativo e vinculação do plano ao orçamento e os fins enunciados no texto

¹ “Fiscalizar” significa verificar se algo ocorre, sob a motivação de efetivamente fazer com que ocorra ou não, ou seja, prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica, dando concreção aos princípios que conformam a ordem econômica, conforme: RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 304.

² BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 153.

constitucional. No texto constitucional, estão estipuladas as bases para um planejamento democrático, com aumento da transparência e controle sobre o gasto público, ao exigir coerência entre o gasto anual do governo e o planejamento de médio e longo prazos.³

Apesar de ser um lugar-comum na literatura econômica e jurídica, cabe destacar que regras claras, estáveis e com estruturas de imposição de custos conhecidas e transparentes são premissas para que investimentos sejam realizados pelas instituições. Ao mesmo tempo, a regulação deve buscar a criação dos incentivos corretos para corrigir falhas de mercado e proporcionar a alocação de recursos no aumento de qualidade e inovação tecnológica dos serviços ao consumidor.⁴ Investir em idôneo sistema racional de contratação pública, que migre para parâmetros objetivos de avaliação dos custos diretos e indiretos, na senda da *governança* eticamente responsável, transparente e prospectiva deve ser o caminho.⁵

Para que as escolhas públicas se revelem eficientes e sejam aptas a alcançar os resultados pretendidos, não apenas pela administração, mas por toda a sociedade, é indispensável que a alocação de vontades se dê mediante a participação de seus legítimos interessados, principalmente, sobre as finalidades que cada política se dispõe a atender.⁶ Nas palavras de Juarez Freitas, as escolhas públicas serão legítimas se resultarem: 1. sistematicamente eficazes; 2. sustentáveis; 3. motivadas; 4. proporcionais; 5. transparentes; 6. razoavelmente desviesadas; 7. incentivadoras de participação social, 8. da moralidade pública; e 9. da devida responsabilização por ações e omissões.⁷

3 Fomento e serviço público de qualidade

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o serviço público como a atividade em que o oferecimento de utilidade ou comodidade material diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido no próprio sistema normativo. A partir deste conceito, é possível identificar dois elementos: 1. material, como a prestação de uma atividade de utilidade pública, que visa atender a necessidades coletivas; 2. formal, como atividade submetida a um regime jurídico específico.⁸

Por ter a própria CR/88 previsto a possibilidade de o Estado exercer tais atividades por meio de instrumentos jurídicos que, escalonadamente, atribuam diferentes poderes de controle ao Estado, há determinadas atividades e/ou empreendimentos de serviço de energia elétrica que se caracterizam pela atividade econômica de livre iniciativa do particular, se comparados à rígida prestação de serviço público pelo Estado. Sendo assim,

³ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 204-205.

⁴ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Desafios da regulação de telecomunicações no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 231-249, out./dez. 2012.

⁵ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013.

⁶ SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, p. 66, jul. 2012.

⁷ FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 120, jun. 2015.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 670.

o regime jurídico aplicável ao caso concreto depende, em verdade, não da definição da atividade (se serviço público ou se atividade econômica), mas, sim, da forma de outorga que o legislador definir para cada empreendimento específico.⁹ Por fim, é interessante notar que, em seu §1º do artigo 176, a CR/88 também prevê um regime particular de acordo com a fonte primária que se encontra sujeita ao aproveitamento.¹⁰

A opção do Poder Público na definição da forma de remuneração de um determinado serviço público é uma opção discricionária, conforme seja conveniente e oportuno para encontrar o cenário mais eficiente de prestação de um serviço público. Todavia, a margem de discricionariedade de que goza o Estado na definição da forma de remuneração de um determinado serviço público esgota-se no momento em que uma decisão é tomada, a partir do encontro da forma mais eficiente. A partir do momento em que o Estado define que um determinado serviço público será remunerado exclusivamente com recursos públicos, exclusivamente pelos usuários ou por meio de mecanismos híbridos que contemplem recursos públicos e tarifas pagas pelos usuários, não há mais escolhas discricionárias. Há que ser preservado o modelo escolhido, na forma como escolhido.¹¹

Sobre o fomento, um rápido parêntese: a atividade de fomento representa verdadeira função administrativa do Estado, na medida em que abrange, dentre outros, incentivos econômicos a entidades do terceiro setor, detentoras de títulos jurídicos especiais outorgados pela Administração Pública a estas entidades, como por exemplo os títulos de organização social, de organização da sociedade civil de interesse público e os de utilidade pública.¹² O Estado interfere no domínio econômico por meio do fomento quando apoia a iniciativa privada e estimula determinados comportamentos. Os instrumentos típicos são os incentivos fiscais, a elevação ou redução de tributos e o financiamento público, mediante, por exemplo, linhas de crédito do BNDES. A concessão de crédito é uma boa alternativa a outras formas de fazer política, pois a aplicação do numerário recebido em uma atividade produtiva é emancipatória, vale dizer, um vetor de transformação socioeconômica. O beneficiário torna-se capaz de produzir, gerando riqueza para si e para a família e, em nível macro, gerando desenvolvimento.¹³ Por

⁹ Em sentido contrário, Carlos Ari SUNDFELD defende que a Constituição Federal não teria vinculado o regime jurídico publicista ao instituto do serviço público, cabendo ao legislador definir o regime a ser aplicado, conforme: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Serviços públicos e regulação estatal*. In: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33.

¹⁰ As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. §1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas, conforme: artigo 176 da *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

¹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 156, out./dez. 2013.

¹² RESENDE, Augusto César Leite de; GABARDO, Emerson. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 118, jul./set. 2013.

¹³ CANAN, Ricardo. Políticas públicas de concessão de crédito: distorções e suas correções através do Código de Defesa do Consumidor. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 174, jan./jun. 2014.

fim, o Estado intervém no domínio econômico mediante atuação direta, que inclui: 1. a prestação de serviços públicos; e, 2. a exploração da atividade econômica.¹⁴

Além disso, vale destacar a autorregulação, que surge a partir do interesse dos atores econômicos atuantes num dado subsistema, buscando a preservação das condições de exploração econômica, o fechamento desse sistema a novos entrantes ou a anulação ou absorção das interferências externas, de origem estatal ou não. A autorregulação tem caráter quase exclusivamente de regulação econômica. Seu caráter de regulação social é nulo ou meramente residual. Ela é bastante ineficiente para coibir externalidades ou para implementar políticas públicas.¹⁵

De forma oposta ao raciocínio anterior, em que pese ordem econômica, domínio econômico, atividade econômica terem o mesmo adjetivo, as semânticas diferentes foram fundamentais para o direcionamento da pesquisa em termos de delimitação investigativa. Isso porque o fundamento da tese, assim denominada regulação, tem características diferentes da intervenção, geralmente, ambientada pelas noções de serviço público, concorrência e monopólio. Então, diante da necessidade de promoção do desenvolvimento, verificou-se como a função regulatória (agora de forma análoga ao item anterior) também tem, ainda, suas características essencialmente refletidas por aspectos históricos e que não são suficientes para caracterizar como satisfatório o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Isso acontece por conta da clássica dogmática do Direito Administrativo e do Direito Econômico, que, com base na leitura estancada do artigo 174 da Constituição de 1988, remete essa atuação do Estado às singelas concepções de fiscalização, incentivo e planejamento, que codificam a espécie de atuação estatal, fundamento deste estudo, em regulação econômica e/ou regulação social. E não são suficientes porque o descritivo histórico, justamente diante da necessária remessa ao passado, não consegue resgatar, em tempo hábil, os valores impregnados na dinamicidade contextual, na interdisciplinaridade entre os diversos ramos do conhecimento, bem como na interconexão com seus respectivos objetos, todos necessários à promoção do desenvolvimento.

4 Como proceder diante da conexão jurídica entre as políticas públicas, do fomento e do serviço público de qualidade?

Como bem expõe Dimas Ramalho, é justamente por causa das flexibilizações legais inerentes à emergência, que se faz necessário enfatizar a observância ao princípio da transparência em relação às contratações, sejam de pessoal, de bens e serviços ou renúncias de receitas. A publicidade é especialmente importante para que os órgãos de controle externo e a sociedade, diretamente, tenham condições de acompanhar e fiscalizar o trabalho dos gestores.¹⁶ E, aqui, entra a transparência trabalhada pelas políticas públicas.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Estado e livre-iniciativa na experiência constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 12, abr./jun. 2014.

¹⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011.

¹⁶ RAMALHO, Dimas. **O controle dos gastos públicos em tempos de pandemia**. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-controle-gastos-publicos-tempos-pandemia>. Acesso em: 01 ago. 2020.

Nas palavras de **Edilberto Carlos Pontes Lima**, “se financiar gastos públicos por meio de emissão de moeda fosse simples, os conflitos seriam muito menores, pois, havendo necessidade de gastos, bastaria que o banco central comprasse títulos dos tesouros (federal, mas também estaduais e, por que não, municipais) para que o dinheiro estivesse disponível para melhorar os serviços públicos e a infraestrutura, transferir renda para os mais pobres, enfim, um mundo sem restrições orçamentárias. Tudo isso sem desgastes políticos de cobrar tributos e de ter que decidir onde colocar os escassos recursos. Se é fácil assim, qual a razão de não se fazer?”¹⁷

Marcus Abraham, por sua vez, lembra que “não obstante a emergência das circunstâncias – que a própria legislação do Direito Financeiro reconhece como situação extraordinária de exceção à regra, sobretudo o art. 65 da LRF –, não há dispensa da imprescindível *necessidade de transparência, fiscalização e controle das despesas que são realizadas neste período e que os órgãos de fiscalização já se manifestaram no sentido de que adotar requisitos rígidos e complexos neste período de crise pode prejudicar a população. Todavia, apesar da ‘flexibilização de controles’, não se pode abandonar a verificação de abuso nos preços, fraudes e corrupção*”.¹⁸

A Transparência Internacional lançou um guia para “contratações públicas em emergências”,¹⁹ que lista cinco linhas estratégicas principais que os governos devem adotar: a) máxima abertura de informação (dados abertos) com uma visão integral da contratação pública (do planejamento à entrega do bem ou serviço e sua auditoria); b) ativação de mecanismos pró-competição; c) monitoramento em tempo real; d) identificação completa dos recursos utilizados e sua destinação em um único local de consulta; e) ampla responsabilização pública sobre os recursos utilizados e seu destino.

Ocorre que, com base na leitura do artigo 174 da Constituição de 1988, remete-se a atuação do Estado às singelas concepções de fiscalização, incentivo e planejamento, que codificam uma espécie de atuação estatal,²⁰ fundamento deste ensaio crítico sobre transparência e controle dos gastos públicos. Em outras palavras, até podem ser, mas não mais parecem suficientes – sem o estudo das políticas públicas, isso porque o descritivo histórico, justamente diante da necessária remessa ao passado, não consegue captar, em tempos reais de pandemia, os valores impregnados na dinamicidade contextual e na interdisciplinaridade entre os diversos ramos do conhecimento de forma estaque –, seja política, cultural, histórica ou jurídica, bem como na interconexão com seus respectivos objetos – de planejamento, transparência e controle, todos necessários à promoção do desenvolvimento nacional. Somente com a perpetuação conectada das políticas públicas avaliativas teremos um Estado Democrático de Direito comprometido com a transparência e com o controle dos gastos públicos em tempos de pandemia.

¹⁷ LIMA, Edilberto Carlos Pontes. **Gastos públicos com a pandemia: qual o limite?** Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigo/gastos-publicos-com-a-pandemia-qual-o-limite/>. Acesso em: 01 ago. 2020.

¹⁸ ABRAHAM, Marcus. *Fiscalização dos gastos públicos em tempos de pandemia*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/07/21/fiscalizacao-gastos-publicos-pandemia/>. Acesso em: 01 ago. 2020.

¹⁹ LEAL, Rogério Gesta. Políticas de enfrentamento da covid-19 enquanto calamidade pública e as consectárias responsabilizações jurídicas do agente público. *Revista do Direito, Santa Cruz do Sul*. on-line, v. 15, p. 1-16, 2022.

²⁰ NASCIMENTO NETO, José Osório do; PIRATELLI, João Paulo Machado. Tecnologia e inovação na gestão pública: enfrentamento de crises com transparência e participação popular no âmbito da Lei 13.979/2020. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 20, p. 69-94, 2022.

Referências

- ABRAHAM, Marcus. Fiscalização dos gastos públicos em tempos de pandemia. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/07/21/fiscalizacao-gastos-publicos-pandemia/>. Acesso em: 01 ago. 2020.
- ABRAMOVICH, Víctor. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas del desarrollo. *Revista de la CEPAL*, Santiago de Chile, n. 88, p. 46, abr. 2006.
- ABREU, Cilair Rodrigues de; CAMARA, Leonor Moreira. O orçamento público como instrumento de ação governamental: uma análise de suas redefinições no contexto da formulação de políticas públicas de infraestrutura. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 73-90, jan./fev. 2015.
- ALVINO-BORBA, Andreilcy; MATA-LIMA, Abel; MATA-LIMA, Herlander. Desafios ambientais e estratégias para condução da investigação e programas de intervenção social. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 151-152, jan./abr. 2012.
- ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. Tendências no estudo sobre avaliação. In: RICO, Elizabeth Melo (org.). *Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate*. São Paulo: Cortez; Instituto de Estudos Especiais, 2001, p. 29-39.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, año 34, n. 408, p. 97-101, sep. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Estado e livre-iniciativa na experiência constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 12, abr./jun. 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 204-205.
- BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 153.
- BUSTELO RUESTA, María. ¿Qué tiene de específico la metodología de evaluación? In: BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael (org.). *La evaluación de la acción y de las políticas públicas*. Madrid: Díaz de Santos, 2002, p. 13-32.
- CANAN, Ricardo. Políticas públicas de concessão de crédito: distorções e suas correções através do Código de Defesa do Consumidor. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 174, jan./jun. 2014.
- CARLIN, Fernanda Victor; CARLIN, Diego de Oliveira; HELLMANN, Aline Gazola. Avaliação de políticas públicas e monitoramento de planejamento estratégico. In: HENKIN, Hélio (org.). *Política industrial e internacionalização*. Porto Alegre: UFRGS, CEGOV, 2014, p. 139.
- CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Os custos das políticas públicas: um olhar para o orçamento com foco no gasto. *RDIET – Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 14, jan./jun. 2014.
- CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta Ferreira Santos. Avaliação, informação e responsabilização no setor público. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 997, jul./ago. 2012.
- CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta Ferreira Santos. El papel de la evaluación de políticas públicas como mecanismo de control democrático de la Administración Pública. In: Alvaro Martim Guedes; Francisco Fonseca (org.). *El control social de la Administración Pública: escenarios, avances y dilemas en Brasil*. Madrid: INAP – Instituto Nacional de Administración Pública, 2010, p. 115-139.
- CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DERGINT, Dario Eduardo Amaral. Participação, transparência e avaliação de políticas públicas. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 96, jan./jun. 2014.
- DERLIEN, Hans-Ulrich. Una comparación internacional en la evaluación de las políticas públicas. *RSP – Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 52, n. 1, p. 105-107, jan./mar. 2001.
- FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. *RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 20, n. 59, p. 102, out. 2005.
- FIGUEIREDO, Marcus Faria; FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub. Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. *Análise de Conjuntura*, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, p. 107-127, set./dez. 1986.

- FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 120, jun. 2015.
- FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 121.
- HERNÁNDEZ, Marcos Vera. Evaluación de políticas públicas. In: BAGÜÉS, Manuel; FERNÁNDEZ-VILLAVÉRDE, Jesús; GARICANO, Luis (org.). *La ley de economía sostenible y la reformas estructurales: 25 propuestas*. Madrid: Fundación de Estudios de Economía Aplicada – FEDEA, 2010, p. 14.
- LEAL, Rogério Gesta. Políticas de enfrentamento da covid-19 enquanto calamidade pública e as consectárias responsabilizações jurídicas do agente público. *Revista do Direito*, Santa Cruz do sul. online, v. 15, p. 1-16, 2022.
- LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Gastos públicos com a pandemia: qual o limite? Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigo/gastos-publicos-com-a-pandemia-qual-o-limite/>. Acesso em: 01 ago. 2020.
- LIMA, Luciana Leite; D’ASCENZI, Luciano. Implementação de políticas públicas: perspectivas analíticas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 48, p. 103, dez. 2013.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011.
- MARRARA, Thiago. Direito Administrativo e novas tecnologias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, n. 256, p. 225-251, jan./abr. 2011.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Desafios da regulação de telecomunicações no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 231-249, out./dez. 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- MENEGUIN, Fernando Boarato; FREITAS, Igor Vilas Boas de. Aplicações em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de caso. *Texto para Discussão do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado*, Brasília, v. 123, p. 14, mar. 2013.
- NASCIMENTO NETO, José Osório do. *Políticas públicas e regulação socioambiental*. Governança, estratégias e escolhas públicas: energia e desenvolvimento em pauta. Curitiba: Íthala, 2017.
- NASCIMENTO NETO, José Osório do; PIRATELLI, João Paulo Machado. Tecnologia e inovação na gestão pública: enfrentamento de crises com transparência e participação popular no âmbito da Lei 13.979/2020. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 20, p. 69-94, 2022.
- PERNAS GARCÍA, José. Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública en la Unión Europea y España. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 13-44, jan./jun. 2013.
- RAMALHO, Dimas. O controle dos gastos públicos em tempos de pandemia. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-controle-gastos-publicos-tempos-pandemia>. Acesso em: 01 ago. 2020.
- REIS, Luciano Elias; NASCIMENTO NETO, José Osório do. O princípio da diferença da teoria da justiça de Rawls face às transferências voluntárias e a gestão associada de serviços públicos pela administração pública: análise indispensável para a distribuição justa de recursos públicos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, p. 1-34, 2011.
- RESENDE, Augusto César Leite de; GABARDO, Emerson. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 118, jul./set. 2013.
- SALGADO, Eneida Desiree. Políticas públicas, inclusão social e desenvolvimento democrático. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 2, n. 1, p. 89-99, ene./jun. 2015.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 156, out./dez. 2013.

SILVA, Antonio Waldimir Leopoldino da; SELIG, Paulo Maurício; STEIL, Andrea Valéria. Aprendizagem em organizações como resultado de processos de avaliação ambiental. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 145, abr./jun. 2013.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, p. 66, jul. 2012.

SIMONSEN, Mário Henrique. Análise econômica e escolha envolvendo risco. *RBE – Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2-3, p. 135.

SJAASTAD, Larry. Pesquisa e desenvolvimento: uma análise econômica. *RBE – Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 70, jan./mar. 1973.

TREVISAN, Andrei Pittol; VAN BELLEN, Hans Michael. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 536, maio/jun. 2008.

VICENTE, Victor Manuel Barbosa. A análise de políticas públicas na perspectiva do modelo de coalizões de defesa. *Revista de Políticas Públicas – RPP*, São Luís, v. 19, n. 1, p. 83, jan./jun. 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Fomento e serviço público de qualidade: um ensaio crítico sobre o papel das políticas públicas no Estado constitucional. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 201-208. ISBN 978-65-5518-581-2.

A PARTICIPAÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS*

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

A decisão constitucional em favor da democracia influi na construção do sistema de direito administrativo, de um lado, através da obrigação de legitimação (A), e, de outro, antes de tudo, através das exigências de publicidade e a busca do consenso em torno das decisões estatais (B). (Schmidt-Assman)¹

1 Introdução

Ninguém duvida de que o Estado de Direito é um arquétipo em contínua e perene construção. A variação constatada em suas bases fundantes repercute no Direito Administrativo, em particular na organização e funcionamento da Administração Pública.

Nos tempos correntes, principalmente a partir da segunda metade da centúria que se findou, assiste-se a uma busca, pelas constituições, de reforço à democracia, como base dos governos e como uma forma que potencialize a aceitação pelos cidadãos das decisões a serem tomadas.²

* Inédito, o presente texto, cuja temática se encaixa no conteúdo do Projeto de Pesquisa “Há um novo direito administrativo?”, resultou de exposição do seu autor no painel “Participação popular em licitações e contratações públicas”, o qual teve lugar no dia 26 de outubro de 2022, perante o XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, patrocinado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

¹ “La decisión constitucional en favor de la democracia influye en la construcción del sistema de derecho administrativo, de un lado, a través de la obligación de legitimación (A), y, de otro, ante todo, a través de las exigencias de publicidad y la búsqueda del consenso en torno a las decisiones estatales (B)” (*La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 99. Versão para o espanhol por Mariano Bacigalupo et al.).

² Num ligeiro compulsar dos documentos constitucionais promulgados a contar do término da Segunda Guerra Mundial, constata-se que vários deles exaltaram o componente democrático ao enunciarem os seus princípios fundamentais. Nesse sentido, a Constituição italiana de 1947: “Artigo 1 A Itália é uma República democrática, fundada sobre o trabalho. A soberania pertence ao povo, o qual a exercita nas formas e nos limites da Constituição”. Tradução da versão em italiano disponível em: www.senato.it. Igualmente, a Lei Fundamental de Bonn: “Artigo 20 [Princípios constitucionais – Direito de resistência] (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. (2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário”. Disponível em: www.btg-bestell.service.de. Já a Constituição francesa de 1958 dispõe: “ARTIGO 1º A França é uma República indivisível, laica, democrática e social” (...). Texto em português disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr. Na Constituição da República Portuguesa se vê: “Artigo 2º (Estado de direito democrático) A República Portuguesa é um Estado

Daí não ser possível ignorar a relevância do princípio democrático para a função administrativa, tanto que Pedro Gonçalves,³ ao destacar os valores essenciais do Direito Administrativo, alude à subordinação da Administração ao povo como a outra face da exigência de legitimação democrática, qual seja a democracia administrativa. Assim, segundo o autor, o “Direito Administrativo concretiza, para a Administração Pública, o valor da democracia, que surge aqui na dimensão de democracia administrativa”.⁴

Para a realização desse valor, é preciso – diz – mais do que a forma da legitimação dos titulares do poder administrativo, sendo indispensável a instituição de formas de participação e de envolvimento dos cidadãos na elaboração das soluções e decisões administrativas.

Enfocando, também sob o pálio do sistema lusitano,⁵ o princípio da participação dos interessados na gestão da Administração Pública, Freitas do Amaral⁶ delinea o seu conteúdo, no sentido de que, mesmo não sendo uma forma de democracia direta, vai além da eleição dos seus representantes, para implicar a possibilidade de intervenção no próprio funcionamento cotidiano da vida administrativa.

Essa tendência favorável à participação cidadã no que concerne à Administração Pública ganhou, igualmente, um forte impulso com a questão relacionada à eficiência, à equidade e à justiça dos serviços públicos prestados pelo Estado social, o que reclamou, em contraposição ao centralismo administrativo então dominante, um modelo regulador (regulação garante) e descentralizado, capaz de fomentar uma maior presença dos administrados na gestão de tais prestações estatais.⁷

Por sua vez, a ambiência peculiar da participação reside no procedimento administrativo, ao permitir, pressupondo a colaboração de vários agentes, um relacionamento

de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”. Disponível em: www.parlamento.it. Da Constituição espanhola vigente consta: “Artigo 1.1. Espanha se constitui num Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político” (. Tradução da versão em espanhol disponível em: www.boe.es. Influenciada principalmente pelos dois últimos diplomas, a Constituição de 1988 (CRFB) proclama solenemente: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...). Disponível em: www.planalto.gov.br.

³ *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2019. Vol. 1, p. 103.

⁴ *Ibid.*, p. 103.

⁵ Importa realçar o modelo português, o qual, tal como fizemos em trabalho que escrevemos anteriormente (Função administrativa e participação popular. *Revista dos Tribunais*, v. 796, p. 106-107, fevereiro de 2002), apresentava em sua Constituição da República Portuguesa, à época da VI Revisão, dezesseis referências específicas à participação perante o desenvolvimento das funções estatais. A despeito disso, é de notar que o mencionado texto constitucional, no seu artigo 267º, nº 1, no que respeita à organização administrativa, consagra o princípio participativo, nos seguintes termos: “Artigo 267º Estrutura da Administração 1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática”. Disponível em: www.parlamento.pt.

⁶ *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Almedina: Coimbra, 1998. v. I, p. 726-727.

⁷ Ver, a respeito, Rafael Enrique Aguilera Portales (El derecho a la democracia y la participación ciudadana en la Administración Pública. In: RUIZ, Jorge Fernández (coord.). *Derecho administrativo global*. México: Porrúa, 2013, p. 35-40.).

da Administração com a sociedade em todas as suas fases e, assim, assegurar que os cidadãos possam intervir no modo de definição das decisões administrativas.⁸

O sistema jurídico pátrio – quer ao nível constitucional⁹ ou legislativo¹⁰ – consagra vários dispositivos no sentido de se assegurar uma participação dos cidadãos perante a Administração Pública, seja com vistas ao exercício do controle social ou para auxiliar numa melhor gestão dos serviços públicos.

Propõe-se nestas linhas a abordagem da participação popular, como uma vertente da democracia administrativa, mas de uma forma direcionada à província da licitação e dos contratos administrativos. Será devotada especial atenção à sistemática perfilhada pela Lei nº 14.133/2021 (LLCA), sem, contudo, olvidar-se da comparação com a regulação da matéria na antecedente Lei nº 8.666/93, e, porventura, no Decreto-Lei nº 2.300/86.

2 Instrumentos de participação na LLCA

Antes de se enumerar os mecanismos mediante os quais a LLCA busca assegurar um regime participativo, é preciso observar a distinção formulada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹¹ de acordo com a qual é possível bipartir as modalidades participativas naquelas voltadas à gestão da ação administrativa e ao controle desta.

No caso da LLCA, é possível se perceber a preponderância da finalidade fiscalizadora, muito embora seja suscetível de visualização de uma natureza coadjuvante das escolhas realizadas pelo administrador em sede de audiências e consultas públicas.

Será observado, no desenvolvimento deste tópico que o legislador se preocupou, ao cuidar do assunto, tanto com aqueles cuja situação poderá vir a ser afetada diretamente, bem assim daqueles que possuem não direitos, mas sim interesses suscetíveis de proteção, quanto à participação como contribuição cidadã para a configuração da sociedade.¹²

Feitos esses esclarecimentos prévios, têm-se, num confronto entre a LLCA e o diploma anterior, que aquela optou por um padrão menos pulverizado de disposições sobre o tema, não obstante de conteúdo geral e abrangente. Da mesma forma, revela-se na inovação legislativa uma reforçada preocupação com a transparência.

O primeiro instrumento a ser destacado na LLCA é o constante do seu art. 21, *caput*, ao prever o instituto da audiência pública. Diferentemente da disciplina antecedente,

⁸ Expondo o liame entre procedimento administrativo e participação, ver Pedro Dias de Oliveira Netto (Procedimentos democráticos de participação social na tomada de decisões da Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 19, n. 72, p. 193-194, jan./mar. 2021).

⁹ Dignos de leitura sobre o acolhimento em nossa ordem constitucional da participação na esfera administrativa, os textos de Dinorá Grotti (A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 649-652.) e Daniel Wunder Hachem e Saulo Lindorfer Pivetta (Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito. *Fórum Administrativo*, ano 11, n. 130, p. 38-39 e 42-44, dez. 2011).

¹⁰ Sem prejuízo de outros segmentos administrativos, é de notar, no plano da legislação infraconstitucional, a cautela em estruturar a disciplina da participação no que concerne ao procedimento decisório das agências reguladoras federais (Lei nº 13.848/2019, arts. 6º e 9º a 11) e da prestação de serviços públicos (Lei nº 13.460/2017, art. 6º, I, e arts. 9º a 22).

¹¹ Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, p. 32, jan./mar. 1993.

¹² Interessante, quanto a esse ponto, a leitura de Schmidt-Assman (*La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 19-122. Versão para o espanhol por Mariano Bacigalupo et al.), oportunidade na qual aborda os tipos de implicação que a participação traz para os administrados.

em cujo art. 39, *caput*, da Lei nº 8.666/93 se determinava a sua realização quando o valor estimado para uma licitação ou conjunto de licitações superasse cem vezes o limite para concorrência em caso de obras e serviços de engenharia, aqui se estatuiu como uma competência discricionária da autoridade.

Desse modo, caberá ao administrador aferir, diante da complexidade da licitação ou da contratação, ou ainda em face da relevância da questão, tal como preconizado pelo art. 32, *caput*, da Lei nº 9.784/99, em favor da deliberação para realizar a audiência pública.

Em assim ocorrendo, passa a Administração a se vincular à observância de determinadas formalidades, sob pena da invalidade da sua realização. Está-se no campo das assim denominadas garantias procedimentais. Assim, é de ser respeitada a observância mínima de oito dias úteis e, o que mais se afigura relevante, é que se faz obrigatória a disponibilização prévia das informações pertinentes, inclusive do estudo técnico preliminar e dos elementos do edital de licitação.

A Administração há que assegurar, no curso da audiência pública, a manifestação dos interessados, expressão que vai além daqueles que se achem com a expectativa de participar do certame como licitantes. Envolve também aqueles que participam para legar um contributo em geral para a sociedade, tal como, à guisa de exemplo, o cidadão que desperta preocupação com os impactos ambientais decorrentes da construção de uma grande obra pública. Em tal qualificação cabem as pessoas físicas ou jurídicas que desejem colaborar com a atividade administrativa, direcionando-a ao atingimento do interesse público.¹³

Prevalece, então, o entendimento de Irene Nohara e Thiago Marrara,¹⁴ exposto para o fim de aplicar o art. 31, §2º, da Lei nº 9.784/99, relativo à consulta pública, à audiência pública, disciplinada pelo seu art. 32, no sentido de que a condição de interessado ali referida não se enquadra no art. 9º, de idêntico diploma legal, que trata da defesa de direito subjetivo ou interesse legítimo.¹⁵

Ainda segundo os autores,¹⁶ uma vez incidindo o regime geral da Lei nº 9.784/99 na matéria, à míngua de um tratamento específico pela LLCA, segue-se que são assegurados aos participantes da audiência pública direitos em contraposição a deveres que são atribuídos à Administração.

Quanto aos direitos dos administrados, pessoas físicas ou jurídicas, na audiência pública, tem-se: a) o direito ao exame dos autos; b) direito à manifestação oral; c) direito à consideração da manifestação; d) direito à resposta fundamentada quanto à sua manifestação.

¹³ De registrar o entendimento de Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 374), para quem deve-se interpretar a expressão “interessados” como sinônima de “cidadão”, em virtude de uma correspondência com a legitimação ativa para a ação popular.

¹⁴ *Processo administrativo*: Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 242.

¹⁵ É de se destacar a explicação dos autores: “A figura do interessado, regida pelo art. 9º da LPA, diz respeito a um regime jurídico próprio e muito claro. As pessoas qualificadas como interessados nos termos do dispositivo mencionado estão autorizadas a solicitar a abertura do processo administrativo, a produzir provas ou solicitar sua produção pela Administração, a apresentar recursos, inclusive de revisão etc. Já os participantes da audiência e da consulta exercem somente alguns poucos direitos, como se verá em seguida” (*ibid.*, p. 242).

¹⁶ *Ibid.*, p. 243-244.

Já quanto aos deveres que incumbem à Administração, têm-se, essencialmente, os seguintes: a) o de divulgar amplamente a abertura da audiência e conceder acesso dos autos do procedimento; b) o de considerar as manifestações orais apresentadas no debate; c) o de responder os questionamentos sobre o objeto discutido; d) o de registrar os debates ocorridos durante o desenvolvimento da audiência.

Percebe-se, assim, que, ao modelar o conteúdo do futuro procedimento licitatório, não se encontra a Administração vinculada para seguir as manifestações que vierem a ser lançadas pelos participantes, as quais não lhe são vinculativas. O importante é que aquela, motivadamente, exponha o porquê não as acata, permitindo, de conseguinte, o controle jurisdicional pela ausência dos motivos invocados.

Examinando o tema ao aqui versado sob a ótica do art. 39 da Lei nº 8.666/93, Lúcia Valle Figueiredo,¹⁷ após ressaltar o caráter não obrigatório das conclusões que se podem extrair da audiência pública, sustenta que, se questionada objetivamente a necessidade de realização da obra ou do serviço, ou quanto à maneira de realizá-los, há que se inferir que a legitimidade da ação administrativa se tornou questionável, ou mesmo recusada.

Portanto, a primeira consequência disso recairá na inversão, em termos de controle, do ônus da prova, de sorte a haver a “necessidade de a Administração provar que sua decisão, não obstante desacolhida ou questionada pela comunidade interessada, ou acolhida em outros termos, foi bem tomada”.¹⁸

Em seguida, o parágrafo único do art. 21 da LLCA cogita a possibilidade de o administrador submeter a licitação à consulta pública, devendo, para tanto, disponibilizar os seus elementos a todos os interessados, os quais poderão formular sugestões no prazo fixado.

Igualmente um instrumento mediante o qual se visa à democratização da atividade administrativa, a consulta difere, basicamente, da audiência pública por dois traços, quais sejam: a) quanto à forma, porquanto, diferentemente da oralidade que norteia a audiência pública, a consulta se desenvolve por manifestações escritas; b) quanto à duração, uma vez a audiência pública ser concentrada nalgumas horas, enquanto que a consulta pressupõe manifestações que se prolongam por vários dias, o que mostra, à primeira vista, a sua menor adequação à dinamicidade que requer o procedimento licitatório.

Também aqui se cuida de competência sujeita à discricção da autoridade. Porém, em se decidindo pela sua realização, assume a Administração o ônus de assegurar o exame dos documentos indispensáveis a que os interessados possam se manifestar e também o de considerar as manifestações, apresentando-lhes resposta motivada.

A circunstância de o art. 17 da LLCA explicitar que o procedimento licitatório compreenderá, em sequência, as fases que enumera nos seus incisos I a VII não autoriza concluir-se que a audiência ou consulta pública situam-se fora de tal arcabouço procedimental.

¹⁷ Instrumentos da Administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁸ *Ibid.*, p. 386.

Se à época da Lei nº 8.666/93, havia quem pensasse que,¹⁹ se houvesse a precedência de audiência pública, esta é de ser reputada como o iter instaurador do procedimento, inteligência que, com maior razão, é de prevalecer quanto à sistemática da LLCA, a qual, porventura para eliminar dúvidas, insere a audiência e a consulta pública no contexto da fase preparatória, precisamente quanto à instrução do processo.

Como se pode ver, é indiscutível que tanto a audiência como a consulta pública são suscetíveis de atrair vantagens para a salvaguarda do interesse público, visualizado de forma concreta, e não simplesmente abstrata.²⁰

Outra modalidade participativa voltada ao controle da ação administrativa consiste na previsão do art. 71, III, da LLCA, a assegurar terceiros a postular perante a autoridade competente a invalidação do procedimento licitatório. Não constitui inovação, estando contemplada pelo art. 49, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Tal possibilidade também é permitida em caso de dispensa e inexigibilidade.

O terceiro, não necessariamente cidadão, é de ser compreendido como sendo qualquer pessoa física ou jurídica, licitante ou não. Se fosse a hipótese de se restringir o universo para tal provocação, o legislador teria utilizado a expressão licitante ou cidadão.

Duas alterações são dignas de nota na atual disciplina legal. A primeira, para obstar a postulação temerária na via administrativa, é a de que não se afigura bastante a somente invocação de invalidade. Preciso se faz que esta seja insanável.

Isso se justifica pela singularidade da LLCA, contrariamente ao regramento anterior, haver moldado um microssistema de invalidades com forte pendor à conservação dos contratos administrativos e procedimentos de licitação, prevendo a convalidação e a estabilização das respectivas situações jurídicas (arts. 147 e 148). Por isso, não é suficiente a alegação de mera ilegalidade no procedimento de licitação.

Em segundo lugar, a postulação dos terceiros é admitida não somente nas hipóteses de licitação, sua dispensa ou inexigibilidade, mas também quando a hipótese versar sobre os procedimentos auxiliares enumerados no art. 78, I a V, da LLCA (credenciamento, pré-qualificação, manifestação de interesse, registro de preços e registro cadastral).

De salientar ainda o art. 164 da LLCA a prever que qualquer pessoa, física ou jurídica, tem legitimidade para impugnar edital de licitação por irregularidade, ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até três dias úteis antes da data da abertura do certame. Por sua vez, a Administração deverá divulgar a resposta à impugnação ou prestar os esclarecimentos em sítio eletrônico oficial no prazo de até três dias úteis, limitado ao último dia anterior à data da abertura do certame.

É possível notar algumas diferenças frente ao dispositivo similar da Lei nº 8.666/93 (art. 41, §§1º a 4º). Primeiramente, porque esta reclamava a condição de cidadão para o impugnante, exigindo-lhe o gozo dos direitos políticos. Noutro passo, assinava um prazo menor para a impugnação, a qual deveria ser protocolada até cinco dias úteis

¹⁹ Era a opinião de Lúcia Valle Figueiredo (*ibid.*, p. 388).

²⁰ À guisa de ilustração, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Audiências públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 210, p. 19, out./dez. 1997) acentua que a aplicação criteriosa e oportuna das audiências públicas apresenta inúmeras vantagens sobre as práticas tradicionais, dentre as quais as de: a) evidenciar sua intenção de produzir a melhor decisão; b) galvanizar o consenso em reforço da decisão que vier a ser tomada; c) manifestar o cuidado com a transparência dos processos administrativos; d) renovar permanentemente o diálogo entre agentes eleitos e seus eleitores.

antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação. À derradeira, previu o legislador uma decadência do direito de fazê-lo perante a Administração por parte do licitante, que terá até o segundo dia útil à abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão para indicar as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso; o que não restou reproduzido na LLCA.²¹

Vale salientar, tal como expõe Marçal Justen Filho,²² que tanto a impugnação quanto o pedido de esclarecimento se podem dirigir em face não somente do conteúdo do edital, atingindo também toda informação relativa à licitação não contida no ato convocatório. Quanto ao pedido de esclarecimento, diz que poderá voltar-se também quanto a outros atos de natureza regulamentar ou aqueles pertinentes aos procedimentos auxiliares listados no art. 78 da LLCA.

Não olvidar que a manifestação da Administração Pública, ao responder aos questionamentos, é de natureza vinculante para esta e, de conseguinte, para os demais interessados, se estes delas puderam ter conhecimento.

Interessante notar que o art. 164 da LLCA configura norma geral sobre licitações, editada pela União, nos termos da competência que lhe confere o art. 22, XXVII, da CRFB, e, portanto, é de aplicação ao âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Isso fica evidente pelo fato não somente do preceito legal voltar-se à regulamentação do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CRFB), a ser manejado para a defesa de direitos, ou para fins de insurgência contra ilegalidade ou abuso de poder, mas – e principalmente – por desenvolver o conteúdo do direito à informação pública.

É de se destacar ainda o art. 170, §4º, da LLCA, ao assegurar a qualquer licitante, ou contratado, mas ainda a qualquer pessoa física, a possibilidade de representar ao controle interno ou ao Tribunal de Contas competente, narrando a prática de possível irregularidade na aplicação do referido diploma legal.

Na realidade, no que diz respeito ao Tribunal de Contas, tal faculdade já se achava contemplada pelo §2º do art. 74 da CRFB. Uma possível utilidade da previsão legislativa foi a de ampliar o elenco dos possíveis representantes, não mais restrito ao cidadão ou a alguns espécimes de pessoas jurídicas. A outra, foi a de reportar-se à comunicação ao controle interno, o que, de qualquer maneira, não se encontrava obstado diante do §1º de idêntica regra constitucional.

Ultimando este tópico, é interessante mencionar mais uma modalidade de participação em sede de licitações e contratos administrativos, ainda que não prevista na LLCA, mas resultante desta.

Isso porque a leitura do mencionado diploma em sua inteireza revela, salvo equívoco de contagem, aproximadamente cinquenta passagens onde há uma remissão,

²¹ O §1º do art. 33 do Decreto-lei nº 2300/86 previu a hipótese, nos seguintes termos: “§1º Decairá do direito de impugnar, perante a Administração, os termos do edital de licitação aquele que, tendo-o aceito sem objeção, venha a apontar, depois do julgamento, falhas ou irregularidades, que o viciariam, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso” (redação advinda com o Decreto-lei nº 2.348/87). Pelo direcionamento à caducidade da faculdade de impugnação, é de se perceber que a regra se voltava aos interessados em assumir a condição de licitantes.

²² *Op. cit.*, p. 1.670.

por parte do legislador, à competência regulamentar. Nalgumas – e talvez seja a maioria, é possível ver que se cuida de regulamentos cuja eficácia se exaure no âmbito interno da Administração (regulamentos administrativos),²³ outras há nas quais é indiscutível a produção de efeitos capazes de atingir terceiros, estranhos aos quadros administrativos (regulamentos jurídicos).²⁴

Relativamente à segunda modalidade de regulamentos, é possível – e, até mesmo, recomendável – ao administrador, autoridade integrante de qualquer órgão ou Poder, valer-se do disposto no art. 29, *caput*, da LINDB, fazendo com que o procedimento de elaboração de tais normas seja precedido de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.²⁵ Havendo essa opção, a convocação deverá conter a minuta do ato normativo, com a fixação do prazo e das demais condições.

3 A transparência administrativa

Intimamente ligada à participação dos administrados na função administrativa, representando inclusive um pressuposto indispensável à concretização desta, é a transparência no exercício dos governos.

É possível, para os fins aqui perseguidos, conceituar-se transparência, tal qual faz José René Olivos Campos,²⁶ como sendo um princípio jurídico geral que visa garantir um direito fundamental, qual seja, o direito à informação pública, cuja titularidade pertence a todos, indistintamente.

Com pouca antecedência, alude o autor²⁷ que a transparência há que ser vista sob três ângulos, a saber: a) a abertura da informação das organizações governamentais ou políticas, para que os interessados possam examiná-las ou revisá-las; b) um meio para que a fiscalização e o controle do poder façam parte dos atributos dos cidadãos frente àquele; c) o compromisso que deve ser assumido pelos governos para dar a conhecer ao público que solicite a informação que possui sobre um assunto público ou geral.

Conforme expusemos em trabalho sobre o assunto,²⁸ a consagração da transparência percorreu um longo caminho, tendo em vista a concepção tradicional privilegiar o segredo, principiando a reação pela jurisprudência italiana e francesa, espraiando-se pelas declarações internacionais de direito, na parte relativa à liberdade de expressão, para, em seguida, constar das constituições, das leis de procedimento administrativo,

²³ É o que parece ser as hipóteses do art. 8º, §3º, e 12, VII, da LLCA.

²⁴ Amstras são encontradas no art. 26, II, §2º, e 67, §12, da LLCA.

²⁵ Tomàs Font y Llovet (Desarrollo reciente de los instrumentos de la Administración consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003) destaca a relevância da participação prévia na elaboração de regulamentos levaram a alguns ordenamentos, ao incrementar o valor preventivo da prática participativa, evitando, assim, futuras impugnações judiciais. Aponta como exemplo a inovação à *Administrative Procedure Act* (APA) norte-americana pela *Negotiated Rulemaking Act* de 1990.

²⁶ La transparencia como principio fundamental en la globalización del derecho. In: RUIZ, Jorge Fernández (coord.). *Derecho administrativo global*. México: Porrúa, 2013.

²⁷ *Ibid.*, p. 632-633.

²⁸ A transparência administrativa e a Lei 12.527/2011. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 70, p. 252-253, jan./jun. 2017.

e até, mais recentemente, propiciar a elaboração de leis direcionadas a assegurar o acesso à informação.

O direito brasileiro atualmente possui, seja no plano constitucional, e, igualmente, no legislativo,²⁹ uma miríade de disposições que, além do princípio da publicidade (art. 37, *caput*, CRFB), visam a assegurar uma Administração Pública diáfana, transparente, de sorte a garantir a percepção pelos cidadãos dos seus movimentos.

No entanto, mais do que a existência de normas sobre o dever de transparência, assoma importante a formação de uma cultura informada pela transparência, o que é uma das diretrizes básicas elencadas pela Lei nº 12.527/2011 (art. 3º, IV). Somente assim é que poderá ser alcançado um ambiente propício para a participação.³⁰

Atualmente, segundo Alice Rocha da Silva e Ruth Maria Pereira dos Santos,³¹ o princípio da transparência atua no âmbito do direito administrativo global como instrumento para a boa governança, requerendo a participação do cidadão. Especialmente no que concerne ao procedimento de contratação pública, sustentam a necessidade da sua dosimetria em um grau máximo, seja para a preservação da legalidade, ou – o que é de nosso interesse próximo – para ampliar a participação e, sobretudo, para evitar fraudes e corrupção.

Nesse diapasão, a LLCA delineou uma ferramenta ambiciosa, consistente no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), cuja gestão compete ao Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, integrado por três representantes da União, indicados pelo Presidente da República, um dos quais será o seu presidente, dois representantes dos Estados e do Distrito Federal, indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração, além de dois representantes dos Municípios, a serem indicados pela Confederação Nacional de Municípios. O regramento da matéria se acha nos arts. 174 a 176 da LLCA, sendo complementado por outros dispositivos, tais como o art. 54 do mesmo diploma legal.

Demais da imposição de que a publicidade dos editais de licitação seja realizada mediante divulgação e manutenção do seu inteiro teor, inclusive anexos, no PNCP, com a disponibilização, após a homologação do procedimento licitatório, dos documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos, no PNCP ainda constarão as informações seguintes: a) planos de contratação anuais; b) catálogos eletrônicos de padronização; c) editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos; d) atas de registro de preços; e) contratos e termos aditivos; notas fiscais eletrônicas, quando for o caso; f) sistema de registro cadastral unificado; g) painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas;

²⁹ Na esfera constitucional, além da consagração de um direito fundamental à informação pública no art. 5º, XXXIII, têm-se ainda os arts. 5º, XXXIV, “b”, 31, §3º, 37, §3º, 150, §5º, 165, §6º e 216, §1º, todos da CRFB. Já em sede legal é possível se referir à Lei nº 8.159/91, Lei nº 9.051/95, Lei nº 9.507/97, Lei Complementar nº 101/2002 (art. 48, parágrafo único, II), Lei nº 12.527/2011 e Lei nº 12.741/2012. É de se mencionar também a já revogada Lei nº 11.111/2005, a qual foi a primeira lei disciplinadora do acesso à informação assegurado pelo art. 5º, XXXIII, da CRFB.

³⁰ A demonstração do liame entre a transparência e a participação é de ser vista na diretriz constante do art. 3º, V, da Lei nº 12.527/2011, consistente no desenvolvimento do controle social da Administração Pública.

³¹ A influência do Direito Administrativo Global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência, *Políticas Públicas (On-line)*, v. 6, n. 2, p. 70, 2016.

h) sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no §4º do art. 88 da LLCA; i) sistema eletrônico para a realização de sessões públicas; j) acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep); l) sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato.

Por sua vez, o mecanismo de compartilhamento de informações com a sociedade, acima referido, há que possibilitar: a) envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado; b) acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras a que se refere o inciso III do *caput* do art. 19 da LLCA; c) comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes, na forma de regulamento; d) divulgação, na forma de regulamento, de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração. Além disso, o PNCP adotará o sistema de dados abertos, observando as regras da Lei nº 12.527/2011.³²

Independentemente do PNCP, os entes federativos poderão, de forma complementar, divulgar as informações relativas a tais contratações em sítios eletrônicos. De notar que os Municípios com até vinte mil habitantes terão o prazo de até seis anos para a sua integração no PNCP, devendo, enquanto não adotado este, adotar o seguinte: a) publicar, em diário oficial, as informações que a LLCA exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato; b) disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

Aspecto que poderá ensejar polêmica é quanto à aplicação do PNCP justamente no que concerne aos demais entes federativos além da União. Há na doutrina quem pense não se tratarem os arts. 174 a 176 da LLCA de preceitos impositivos para os Estados, Distrito Federal e Municípios, como é o entendimento de Marçal Justen Filho.³³ Ao sentir deste, não se afigura cabível para a lei federal, a pretexto de invocar a sua competência para a elaboração de normas gerais, dispor sobre os órgãos de publicação de atos administrativos provenientes de outras esferas políticas.

Sustenta que a preservação da constitucionalidade do art. 174 depende de interpretação conforme, que, embora permita a participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios no PNCP, não imponha a obrigatoriedade de sua adesão. Ainda segundo o autor, não se mostra suficiente para a superação da inconstitucionalidade a previsão da gestão do portal por um comitê seja da alçada de representantes de todos os entes federativos. Especialmente quanto ao parágrafo único do art. 176 da LLCA, previsão destinada aos Municípios com até vinte mil habitantes, enquanto não aderirem ao PNCP, é apontada ofensa à autonomia municipal.

³² A LLCA atuou em compasso com o art. 3º, XIV, da Lei nº 14.129/2021, ao enumerar como diretriz do Governo Digital a promoção de dados abertos.

³³ *Op. cit.*, p. 1716 e 1720.

Penso, diversamente, no sentido de ser possível a defesa da presunção de constitucionalidade dos arts. 174 e 176 da LLCA, no que concerne à extensão de sua incidência aos Estados, Distrito Federal e Municípios, fazendo com base em ensinamento de Alice González Borges³⁴ quando, na tentativa de descortinar, logo após a promulgação da Lei nº 8.666/93, o que se deveria compreender por normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos, aludiu ao que denominou de normas gerais de conteúdo.

Tais comandos, consoante a autora, são justamente os que enunciam diretamente, ou desenvolvem, os princípios constitucionais que digam respeito às licitações e contratos administrativos.

De fato, além do seu inegável lastro na CRFB, a transparência é um dos princípios que, de acordo com a própria LLCA (art. 5º), norteia a aplicação de suas regras.

4 Síntese conclusiva

Ao cabo do exposto, impõe sejam sumariados os remates que seguem:

- a) À busca de acompanhar a tendência de favorecimento à democracia, o regime jurídico-administrativo passou a prestigiar a participação do administrado no desempenho da função administrativa, instituindo mecanismos para que tal pudesse se realizar a contento;
- b) Dentre os instrumentos que a LLCA destina à viabilização de um ambiente participativo, nos quais predomina a finalidade de controle da Administração, têm-se a audiência e a consulta pública, nas quais, embora viceje a discricionariedade na sua realização, bem como no acatamento das observações dos administrados, não exonera a Administração do cumprimento de garantias procedimentais, indispensáveis ao alcance de uma participação efetiva, real, e do ônus de responder objetivamente aos questionamentos dos interessados (motivação);
- c) Constituindo emanção do direito fundamental de petição e de acesso à informação, a LLCA contemplou a possibilidade de qualquer pessoa impugnar edital de licitação, ou solicitar esclarecimentos sobre os seus termos (art. 164), bem como comunicar aos Tribunais de Contas (art. 170, §4º) e aos órgãos de controle interno a ocorrência de irregularidades na aplicação dos seus diplomas;
- d) Indispensável para que a participação se desenvolva eficazmente é o fomento à transparência administrativa, sendo de relevo, a esse propósito, a instituição do Plano Nacional de Contratações Públicas (PNCP), cujas disposições, por propiciarem o desenvolvimento de princípios sobranceiros de incidência às licitações e contratos administrativos (normas gerais de conteúdo), qualificam-se, em princípio, como normas gerais, impositivas aos demais entes federativos.

³⁴ Aplicabilidade de normas gerais de lei federal dos Estados. *Revista de Direito Administrativo*, v. 194, p. 104, out./dez. 1993.

Referências

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Almedina: Coimbra, 1998. v. I.
- BORGES, Alice González. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal dos Estados. *Revista de Direito Administrativo*, v. 194, out./dez. 1993.
- CAMPOS, José René Olivos. La transparencia como principio fundamental en la globalización del derecho. In: RUIZ, Jorge Fernández (coord.). *Derecho administrativo global*. México: Porrúa, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, jan./mar. 1993.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 386.
- GONÇALVES, Pedro. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2019. v. 1.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- HACHEM, Daniel Wunder; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito. *Fórum Administrativo*, ano 11, n. 130, dez. 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 210, out./dez. 1997.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Função administrativa e participação popular. *Revista dos Tribunais*, v. 796, fev. 2002.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A transparência administrativa e a Lei 12.527/2011. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 70, jan./jun. 2017.
- NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.
- LLOVET, Tomàs Font y. Desarrollo reciente de los instrumentos de la Administración consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OLIVEIRA NETO, Pedro Dias. Procedimentos democráticos de participação social na tomada de decisões da Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 19, n. 72, jan./mar. 2021.
- PORTALES, Rafael Enrique Aguillera. El derecho a la democracia y la participación ciudadana en la Administración Pública. In: RUIZ, Jorge Fernández (coord.). *Derecho administrativo global*. México: Editorial Porrúa, 2013.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri: Marcial Pons, 2003. Versão para o espanhol por Mariano Bacigalupo et al.
- SILVA, Alice Rocha; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. A influência do Direito Administrativo Global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Políticas Públicas (On-line)*, v. 6, n. 2, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A participação nas licitações e contratos administrativos. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 209-220. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

MODALIDADES DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE PASSAGEIROS NO COMPLEXO LAGUNAR DE JACAREPAGUÁ

MANOEL MESSIAS PEIXINHO

1 Introdução

A utilização do transporte aquaviário¹ de passageiros nas grandes cidades é tema recorrente como alternativa viável e eficiente para desafogamento do trânsito e da sobrecarga de usuários nos outros modais já existentes. Mesmo com estímulo à utilização de transporte público, a malha viária urbana mostra-se, principalmente nas metrópoles, altamente saturada e incapaz de atender às necessidades de mobilidade. Esse cenário é vivenciado na cidade do Rio de Janeiro com intensidade, ao menos duas vezes ao dia, nos denominados horários de pico, nos quais a lentidão no trânsito é parte do cotidiano nas vias públicas e nos demais modais de transporte, com prejuízo significativo para o direito de ir e vir dos cidadãos.

Especificamente no que concerne ao transporte aquaviário de passageiros existente no Complexo Lagunar da Barra da Tijuca, do Recreio dos Bandeirantes, de Jacarepaguá e das Vargens,² que antes servia apenas para o deslocamento dos moradores da região, este passou a figurar como alternativa de um número cada vez maior de usuários, os quais, na tentativa de economizar tempo nos itinerários usuais, buscam trajetos para evitar engarrafamentos e poder deslocar-se com maior celeridade.

No contexto específico desse plano de trabalho, constata-se que os moradores utilizam os serviços de travessia entre as ilhas que integram o complexo lagunar e o continente por meio da utilização de pequenas embarcações conhecidas como chalanas. Essas embarcações são adaptadas às condições da Lagoa da Tijuca. Contudo, não há regulamentação até o momento por parte do ente público municipal desse serviço de transporte, que acaba sendo desempenhado pela associação de moradores, que assumiu para si, entre outras demandas, o encargo de regulamentar os horários e tarifas do transporte.

¹ Neste trabalho, utilizam-se os termos “aquaviário”, “hidroviário” e “marítimo” de forma indistinta.

² Neste trabalho, a locução “complexo lagunar” refere-se exclusivamente ao da Barra da Tijuca, do Recreio dos Bandeirantes, de Jacarepaguá e das Vargens, que está localizado no município do Rio de Janeiro e é composto pelas lagoas: Tijuca, e seus canais, Camorim, Jacarepaguá, Marapendi, e seus canais, e Lagoinha.

No intuito de melhor prestar o serviço de transporte aquaviário de passageiros no Complexo Lagunar, foi instituído pela Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, por meio do Decreto nº 45.929/2019, um grupo de trabalho cujos objetivos consistem na realização de estudos e no estabelecimento de procedimentos necessários à regularização dos píeres e decks públicos, bem como a regulamentação do transporte no Complexo Lagunar.

2 Marco legal das delegações de serviço público no direito brasileiro

A Lei nº 8.666/1993 regulava as licitações e contratação administrativa e era aplicável aos contratos de concessão de serviço público quando ainda não havia lei específica sobre a matéria. O art. 124 do referido estatuto, no entanto, já demonstrava que teria caráter subsidiário no que concerne à delegação de serviços públicos por ocasião da superveniência de norma específica sobre o assunto, cuja edição já era prevista pelo art. 175 da CRFB.

Em 13.02.1995, foi publicada a Lei nº 8.987/1995, que passou a ser o marco regulatório especificamente aplicado às concessões e permissões de serviços públicos. No mesmo ano de 1995, foi publicada a Lei nº 9.074/1995, que tem a função de estabelecer normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos já disciplinados na referida Lei nº 8.987/1995. Mais adiante, quase uma década depois, por sua vez, ingressou no ordenamento jurídico pátrio a Lei nº 11.079/2004 com aplicação específica às parcerias público-privadas, espécies de concessão de serviço público.

A Lei Complementar nº 37/1998 regula, no âmbito do município do Rio de Janeiro, as concessões e permissões de serviços públicos e prevê no art. 1º que

a delegação dos serviços públicos mediante concessão e permissão reger-se-á pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, pelos arts. 140, §3º, 148, 149, 150 e 151 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, por esta Lei Complementar, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos termos ou contratos que celebrou ou vier a celebrar.

A Lei Complementar municipal nº 105/2009, por sua vez, é o estatuto jurídico fluminense que dispõe sobre as parcerias público-privadas, e no artigo 1º

institui o Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas– PROPAR-RIO, destinado a disciplinar e promover a realização de Parcerias Público-Privadas no âmbito da Administração Pública do Município, observadas as normas gerais previstas na Lei Federal nº 11.079/2004, e demais normas aplicáveis à espécie.

3 Modalidades de delegação de serviço público aplicáveis ao Complexo Lagunar

A partir do que fora relatado nos capítulos anteriores, percebe-se que é prioritária a modelagem jurídica para implementação de alternativas de transporte aquaviário de passageiros, objeto desse estudo, de modo que seja assegurado o direito de deslocamento das populações residentes no entorno do Complexo Lagunar. Esse é o contexto no qual emerge a necessidade de prestação pela Administração municipal do serviço de

transporte mais adequado e que atenda à população que necessita cotidianamente do transporte hidroviário para os deslocamentos diários.

Com o objetivo de concretizar os princípios do interesse público e da eficiência da atividade administrativa e no atendimento à qualidade do trânsito (direito de ir e vir) dos cidadãos moradores do Complexo Lagunar, o município do Rio de Janeiro pode optar por prestar o serviço público aquaviário diretamente ou indiretamente ao delegá-lo à iniciativa privada por meio do rol de instrumentos de delegação³ de serviços públicos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.⁴

Existe um rol tradicional de três institutos jurídicos que se destinam à delegação de serviço público, a saber: (1) a concessão, (2) a permissão e a (3) autorização. As Leis nºs 8.987/1995 e 9.074/1995 regulamentam as concessões e as permissões de serviço público no direito brasileiro.

Com o posterior advento da Lei nº 11.079/04, houve o acréscimo de um quarto instituto no rol de instrumentos de delegação de serviço público: (4) as parcerias público-privadas (PPPs). No âmbito de competência do município do Rio de Janeiro, como já foi referenciado, as concessões e permissões de serviços públicos são regidas pela Lei Complementar nº 37/1998, e as parcerias público-privadas, são, por sua vez, regidas pela Lei Complementar municipal nº 105/2009.

A Constituição de 1988 foi pródiga na utilização das modalidades de contratos de concessão, ao lado da permissão e da autorização. Principalmente em seu artigo 21, incisos XI, XII e XXIII, “c”, há previsão e classificação dos serviços públicos passíveis de delegação.⁵

3.1 Autorização de serviço público

A primeira modalidade abordada é a autorização de serviço público.⁶ A despeito de não fazer parte do elenco das delegações de serviço público previsto no artigo 175 da Constituição, o instituto encontra positividade constitucional no artigo 21, XI e XII.

³ A delegação ocorre quando o Estado transfere, por contrato ou ato unilateral, unicamente a execução do serviço, para que o ente delegado o preste ao público em seu próprio nome e por sua conta e risco, sob fiscalização do poder público. Normalmente é efetivada por prazo determinado. Há delegação, por exemplo, nos contratos de concessão ou nos atos de permissão em que o Estado transfere aos concessionários e aos permissionários apenas a execução temporária de determinado serviço. A delegação não implica a transferência da titularidade do serviço à pessoa delegada, mas apenas a concessão, a permissão ou a autorização temporária para a execução do serviço. É a descentralização contratual. (DEVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998, p. 607).

⁴ Consoante permissivo constante do art. 175 da CRFB, “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

⁵ “Art. 21. Compete à União: [...] XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; [...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [...] c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos para pesquisa e uso médicos;”

⁶ Segundo Alexandre Santos de Aragão, a autorização tem múltiplas acepções: (1) ato discricionário de polícia administrativa; (2) autorização de uso de bem público; (3) autorização de serviço público. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 437-439)

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8.987/1995, que regulamentou “o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal”, prevê, no art. 41, a utilização da autorização de serviço público para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Numa interpretação *a contrario sensu* do artigo 41 supracitado, em outras hipóteses é possível a aplicação das autorizações de serviço público com as ressalvas ínsitas ao instituto, que são a precariedade ou transitoriedade, ou, ainda, quando inexistir a possibilidade de competição entre licitantes.

A Lei nº 9.074/1995 (art. 6º), que “estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões”, prevê que “as usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objeto de concessão mediante licitação ou autorização”. Apesar de o legislador da Lei nº 9.074/1995 não ter autorizado o uso indiscriminado das autorizações, também é verdade que não houve vedação ao emprego do instituto em outras áreas não abrangidas pelas termelétricas e hidrelétricas.

O Decreto nº 2.003/1996, que “regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor”, prevê a outorga de autorização e faz uma clara distinção entre a autorização e concessão. Esta depende de prévia licitação; aquela é outorgada a título precário e pode ser revogada pelo poder público.

À vista das disposições legislativas expostas, a autorização de serviço público é reconhecida pela doutrina⁷ como espécie de ato administrativo discricionário, precário e outorgado de forma unilateral pela Administração Pública ao particular nas hipóteses em que houver a prestação de serviço público ou a exploração de bem público transitoriamente. As características da autorização são precariedade e transitoriedade e se difere dos contratos de concessão porque estes têm a qualidade da segurança contratual.

A modalidade de delegação em referência deve ser utilizada quando o serviço público delegado não necessite de elevado grau de especialização técnica nem demande a ocorrência de aportes de capitais de grande vulto para que seja adequadamente prestado. Em resumo, as autorizações consistem em serviços simples e “sem custos” significativos.

Diferentemente da permissão e da concessão, justamente em virtude de sua “simplicidade” de objeto, a autorização é uma exceção outorgada sem a exigência de prévia licitação, consistindo na única modalidade de delegação de serviços público que pode ser conferida a particular sem obrigatoriedade de licitação anterior.

Todavia, uma ressalva merece ser feita. Não obstante sua simplicidade e o fato de ser dispensada de procedimento licitatório anterior, ainda há a necessidade de serem impostas condições para a outorga da autorização. Em outras palavras, a Administração somente poderá delegar um serviço público mediante autorização em casos excepcionais e transitórios. A excepcionalidade e transitoriedade se mostram como requisitos fundamentais dos atos de autorização de serviços públicos. Caso não o fosse dessa maneira restritiva, haveria violação à expressa obrigatoriedade de licitação para a delegação de serviço público, conforme está disposto no artigo 175 da Constituição.

⁷ A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende ser possível a delegação de serviço público mediante autorização, porque a Constituição assim o autoriza, conforme se verifica no artigo 21, XI e XII, hipóteses em que prevê a transferência de serviços públicos de titularidade da União a pessoas privadas desde que esteja presente o interesse público, o que se distingue da autorização que é outorgada pelo poder público no interesse exclusivo do autoritário. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2020, p. 269-270)

De maneira geral, nas hipóteses de celebração de autorização de determinado serviço público, o particular autorizado é a figura que será seu próprio beneficiário exclusivo ou principal. O interesse privado do particular tem muito mais destaque nessa modalidade de delegação se comparado com as demais modalidades.

No âmbito do município do Rio de Janeiro, a Lei Complementar nº 37/1998 é silente quanto à figura da autorização de serviço público por parte do ente fluminense. Entretanto, o instrumento da autorização pode ser utilizado pela Administração Pública municipal, e o é, sendo corrente o uso do ato administrativo, visto que a Lei nº 8.987/1995 é dotada de aplicabilidade nacional, e não apenas federal.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento recente, ampliou as hipóteses de delegação de serviço público mediante autorização, ao considerar constitucional a Lei nº 14.298/2022, que prevê a utilização de autorização de serviço público, sem licitação, para a delegação de serviço de transporte terrestre interestadual e internacional de passageiros.⁸ Esta decisão deve alterar, substancialmente, o uso de autorizações para a delegação de serviços públicos que antes somente era consentida mediante concessão e permissão.

3.2 Permissão de serviço público

Em prosseguindo à discriminação dos institutos de delegação à disposição da Administração Pública municipal para a prestação do serviço de transporte aquaviário com foco no Complexo Lagunar, passa-se à análise da permissão de serviço público.

A permissão de serviço público tem previsão na Lei nº 8.987/1995 e na Lei nº 9.074/1995, cujos fundamentos constitucionais são os artigos 175, 21, XI e XII, 25, §2º, 30, V, da Constituição federal de 1988. Essa modalidade de delegação é definida no inciso II do 2º da Lei nº 8.987/95: “A delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

A Lei Complementar nº 37/98 do município do Rio de Janeiro define permissão de serviço público no inciso IV do art. 2º nestes termos:

Art. 2º Para efeito desta Lei Complementar, considera-se:

[...]

IV – permissão de serviço público: é a delegação da execução dos serviços públicos, por ato unilateral e a título precário, mediante licitação, na modalidade de concorrência, da prestação de serviços públicos ou de utilidade pública, pelo Poder Permitente à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Para fins de contextualização histórica, tradicionalmente, a permissão se diferenciava da figura da concessão em razão de a primeira delegação ser vista como “ato unilateral,

⁸ As ADIs nºs 5.549 e 6.270 foram ajuizadas pela PGR e pela Anatrip (Associação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros), respectivamente, para questionar dispositivos da Lei nº 12.996/14. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/383582/stf-maioria-valida-contratacao-de-transporte-rodoviario-sem-licitacao>. Acesso em: mar. 2023.

precário e revogável a qualquer tempo, praticado no desempenho de competência discricionária”.⁹ A visão tradicional entendia ser a permissão ato unilateral precário o que a diferenciava da concessão. Esta, por sua vez, sempre consistiu em contrato bilateral cuja característica basilar é a reciprocidade de direitos e obrigações entre os contratantes público e privado.

Todavia, o instituto da permissão de serviço público gradativamente foi objeto de processo de mutação e, com o transcorrer do tempo e em razão da interpretação do artigo 175 da Constituição da República – que determina que haja obrigatoriamente licitação para a sua prévia delegação –, o instituto passou a ter natureza contratual.

A mudança de visão doutrinária fez com que a permissão passasse a ser classificada em duas modalidades: a permissão simples (ato administrativo) e permissão qualificada (contrato administrativo). Seguindo a linha de raciocínio mais contemporânea, a natureza contratual da permissão também foi prevista no artigo 40 da Lei nº 8.987/95, que caracterizou a permissão como *contrato de adesão* (posicionamento este adotado pelo art. 5º da Lei Complementar nº 37/1998 do município do Rio de Janeiro).

Dessa forma, ao abdicar-se do posicionamento tradicional, pode-se afirmar, com certa segurança, que a permissão de serviço público consiste em um ato negocial, com ou sem condições, gratuito ou oneroso, por tempo certo ou determinado, unilateral, discricionário e precário, por meio do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado serviço ou bem público.

Vale frisar que, apesar das mudanças supervenientes, a permissão é sempre modificável e revogável de forma unilateral pela Administração, salvo se tiver natureza contratual. Nesta hipótese, há uma autolimitação da Administração Pública. Neste sentido, José dos Santos Carvalho assim ensina:

No atual sistema constitucional (art. 175) e na disciplina fixada na mencionada lei a permissão de serviços públicos há de ser precedida de licitação, o que, logicamente, reduz em muito o âmbito de precariedade do ato. É que, se a escolha do permissionário resulta de procedimento licitatório formal, não pode o permitente, a seu exclusivo juízo, dar fim ao ato, salvo se houver interesse público devidamente justificado.¹⁰

É importante registrar que, diante da necessidade de ser precedida de licitação, não há modalidade específica de competição prevista para a celebração de contratos de permissão. Diferentemente do que ocorre com a concessão, para a qual são previstas as modalidades de concorrência e diálogo competitivo, o procedimento licitatório prévio para a celebração de permissão pode variar entre outras modalidades distintas das impostas à concessão: eis o cotejo dos dispositivos legais previstos na Lei nº 8.987/95.

Observe-se que a *mens legislatoris* da Lei nº 14.133/2021, nova Lei Geral de Licitação e Contratos Administrativos, não impôs modalidade de licitação obrigatória para a

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 109.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 156. Aduz, ainda, o conceituado administrativista, que “o próprio STF, em discussão sobre o tema, decidiu, por apertada maioria, que não mais existe diferença conceitual entre a concessão e a permissão de serviços públicos (ADIN nº 141-DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO)”.

permissão de serviço público, como o fez no que diz respeito à concessão de serviço público, ao exigir a licitação na modalidade de concorrência ou diálogo competitivo.

Entretanto, especificamente no cenário do município do Rio de Janeiro, a Lei Complementar nº 37/98 exige, no art. 2º, IV, a utilização de licitação na modalidade concorrência para celebração de permissão de serviço público ou de utilidade pública. É forçosa a reiteração do dispositivo legal municipal:

Permissão de serviço público: é a delegação da execução dos serviços públicos, por ato unilateral e a título precário, mediante licitação, na modalidade de concorrência, da prestação de serviços públicos ou de utilidade pública, pelo Poder Permitente à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. (Grifou-se).

Por conseguinte, em virtude da especificidade do dispositivo da Lei Complementar nº 37/1998, deve a Administração Pública municipal adotar a modalidade concorrência para a delegação de serviço público no caso específico do serviço de transporte marítimo de passageiros no Complexo Lagunar em estudo.

3.3 Concessão de serviço público

A Lei nº 8.987/95 teve sua edição predeterminada pelo mencionado art. 175 da CRFB, bem como pelo seu art. 22, XXVII, norma que atribui à União a competência para editar normas gerais referentes às licitações e contratos, haja vista as delegações de serviços públicos serem formalizadas por meio de contratos administrativos e precedidas de licitação. A referida lei prevê o arcabouço de normas gerais que regem as concessões e permissões da União, dos estados, do DF e dos municípios, daí seu caráter nacional, e não apenas federal.

No entanto, a Lei nº 14.133/2021,¹¹ Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, pode ser aplicada, subsidiariamente, aos contratos de concessão ou permissão nos casos em que inexistir disposição específica na Lei nº 8.987/1995 e na legislação específica dos respectivos entes federativos (aqui entendido o município do Rio de Janeiro).

A concessão de serviço público é o instituto por meio do qual o poder público delega à pessoa privada a prestação de um serviço público mediante as condições previstas nas normas legais e nas cláusulas contratuais. O concessionário prestará o serviço delegado em nome próprio e por sua conta e risco nas condições estabelecidas e alteráveis pelo poder público, sob a garantia contratual de um equilíbrio-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço.¹²

A concessão é, por conseguinte, um modelo de gestão de serviço público por meio do qual uma pessoa pública, o poder concedente, atribui os encargos de um serviço a um ente privado, o concessionário. A definição deste ente privado se dará ao fim do procedimento licitatório. Dessa forma, caberá ao agente privado vencedor do certame

¹¹ Os entes públicos podem optar por aplicar a Lei nº 14.133/21 ou a Lei nº 8.666/93 até 30 de dezembro de 2023, a partir de quando esta será revogada por aquela lei, conforme dispõe a Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 725-726.

assumir a execução do serviço durante determinado tempo e com a consecutória assunção dos encargos. Em contrapartida, o concessionário será remunerado por meio de tarifa a ser cobrada diretamente dos usuários do serviço público.

O conceito legal de concessão de serviço público está previsto no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/95:

Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Similar é o conceito de concessão de serviço público previsto no inciso II do art. 2º da Lei Complementar nº 37/98 do município do Rio de Janeiro: “Concessão de serviço público: é a delegação por prazo determinado, mediante licitação, na modalidade de concorrência, envolvendo ou não obrigação associada de investimento, feita pelo Poder Concedente à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho”.

A diferença entre as legislações federal e municipal é que a primeira, por força da alteração que adveio da redação da Lei nº 14.133/2021, acrescentou à modalidade concorrência já existente o diálogo competitivo. Como modalidade de licitação é cláusula geral de licitação, *o município do Rio de Janeiro, quando e se decidir pela concessão de serviço público para a delegação do serviço municipal de transporte marítimo de passageiros no Complexo Lagunar em exame, poderá optar entre concorrência ou diálogo competitivo.*

No que diz respeito ao transporte aquaviário de passageiros no Complexo Lagunar em exame, o poder público municipal poderá adotar a modalidade de concessão de serviço público, o que exigirá maiores investimentos do concessionário. Porém, a definição dessa modelagem jurídica aplicada ao caso específico dependerá dos resultados econômico-financeiros, das áreas de engenharia, ambiental, entre outras.

3.4 Parceria público-privada

Há que se ressaltar, inicialmente, acerca da existência de similitudes e diferenças entre o contrato de PPP e o contrato de concessão comum regido pela Lei nº 8.987/1995. Esses pontos de proximidade e distanciamento entre os institutos podem ser, didaticamente, listados da seguinte maneira:

- 1) *1. Pontos em comum:* (1) Ambas as modalidades são espécies do gênero contrato de concessão. (2) Tanto na PPP quanto na concessão regida pela Lei nº 8.989/1995, o objeto da contratação consiste na prestação de serviço público ou na concessão de obra pública.
- 2) *2. Pontos divergentes:* (1) Na PPP, a principal característica é a contraprestação pecuniária adicional à tarifa paga pelo parceiro público ao parceiro privado. É traço essencial da parceria público-privada o repasse de valores por parte do

parceiro público. (2) Na concessão, o concessionário¹³ é remunerado apenas com a tarifa paga pelo usuário sem um adicional pago pela Administração Pública. (3) Na PPP, a Administração Pública pode ser usuária única (direta) do serviço, enquanto, na concessão, o usuário do serviço público é o cidadão que usufrui o serviço concedido mediante o pagamento de tarifa.

Entre as opções disponíveis à Administração para a delegação do serviço público de transporte aquaviário no Complexo Lagunar em exame, há a modalidade de concessão denominada parceria público-privada (conhecida por PPP), que é regida pela Lei nº 11.079/04 e, subsidiariamente, pela Lei nº 8.987/1995. Na hipótese de se optar por PPP para a delegação do serviço público em comento, será aplicada também a Lei Complementar municipal nº 105/2009, que regula a PPP no âmbito do município do Rio de Janeiro.

Há inúmeros serviços públicos, serviços de utilidade pública e obras públicas que podem ser objeto de contrato de PPP, a título de exemplo podem ser citados os serviços de telefonia, gás, saneamento básico, saúde pública, educação, gestão de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, desenvolvimento econômico, tecnológico e digital, sistema penitenciário, estacionamentos subterrâneos, resíduos sólidos urbanos, infraestrutura viária, aeroportuária, de mobilidade urbana e de logística, programas habitacionais, captação e tratamento de água e esgoto, sistema de segurança de grandes eventos e o serviço marítimo de transporte de passageiros, que é objeto desse estudo.

De maneira singular, a PPP consiste numa modalidade específica de concessão de serviço público que visa à contratação de empreendimentos que envolvem a realização de investimentos de grande vulto, de maior duração e caracterizados pela complexidade de seus projetos.

A PPP é uma modalidade de delegação dotada de duas justificativas principais: a escassez de recursos públicos nos cofres estatais para serem destinados a investimentos de grande vulto e a eficiência da gestão do setor privado. Acresça-se que a PPP foi projetada como instrumento de delegação à iniciativa privada de grandes projetos de infraestrutura.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que o contrato de PPP é

o acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado com vistas a implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens mediante o financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do poder público e compartilhamento de riscos e dos ganhos entre os pactuantes.¹⁴

Esta definição é interessante, porque abrange, num único conceito, as duas modalidades de PPP, a patrocinada e a administrativa, que serão abaixo analisadas.

Nos termos do artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 (com paralelo no art. 3º da Lei Complementar nº 105/09 do município do Rio de Janeiro), a parceria público-privada é um contrato administrativo de concessão de serviço público que se divide em duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa.

¹³ Não se exclui completamente que, em algumas hipóteses, a Administração Pública transfira ao concessionário algumas receitas orçamentárias.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 447.

Destarte, o legislador, por meio do art. 2º, §3º, da Lei nº 11.079/2004 (com paralelo no art. 3º, §3º, da Lei Complementar nº 105/09 do município do Rio de Janeiro),¹⁵ enfatiza a impossibilidade da celebração de um contrato de PPP sem que haja a contraprestação pecuniária do parceiro público (Estado). A ênfase legislativa ocorre porque no direito brasileiro já existe o contrato de concessão regido pela Lei nº 8.789/1995 e busca-se reafirmar a diferença essencial entre os instrumentos de delegação. Na concessão comum, não é possível a ocorrência de contraprestação de recursos públicos pelo poder concedente à concessionária, devendo o serviço ser remunerado e custeado pelos valores advindos das tarifas pagas pelos usuários, ao contrário das PPPs, das quais este é o traço característico.

4 Conclusão

De todo o exposto, pode-se concluir que a modelagem jurídica para a estruturação, implantação, operação e manutenção de sistema de transporte aquaviário de passageiros no Complexo Lagunar depende, em fase definitiva, das conclusões referentes à viabilidade técnica, operacional, ambiental, econômico-financeira entre outras. Contudo, em análise preliminar, é possível desenhar a seguir a modelagem jurídica das modalidades de delegação de serviço público de transporte em testilha que podem ser utilizadas pela Prefeitura do Rio de Janeiro.

Em primeiro lugar, cite-se a *autorização de serviço público*. Pode ser delegada aos barqueiros que atualmente prestam o serviço, desde que cumpram os requisitos e as condições previstos no termo de autorização. Nesta hipótese, não haveria licitação, e os autorizatários poderiam cobrar dos passageiros a tarifa correspondente pelo trabalho prestado.

É preciso ressaltar, ainda, que o STF considerou constitucional a delegação, por meio de autorização e sem licitação, do transporte interestadual e internacional de transporte terrestre de passageiro. Assim, essa alternativa de outorga deve ser levada em consideração pelo Poder Público municipal no estudo em tela, desde que sejam análogas com as condições previstas no caso federal.

Em segundo lugar, pode ser utilizada a *permissão de serviço público* precedida de licitação caso haja a possibilidade de competição entre interessados que se apresentem a um possível certame com a cobrança de tarifa por parte do permissionário, à semelhança da autorização de serviço público supracitada.

Em terceiro lugar, há que se declinar a opção da *concessão comum de serviço público*, precedida de licitação, se houver maior complexidade na delegação do serviço que envolva estudos mais detalhados de viabilidade econômica, técnica, operacional etc. Também, nesta hipótese, a tarifa será cobrada do usuário pelo concessionário barqueiro.

Em quarto e último lugar, pode ser feita uma *parceria público-privada na modalidade patrocinada*. Nesta última hipótese de delegação, o município pode alocar recursos

¹⁵ §3º da Lei Complementar nº 105/2009: “Não constitui Parceria Público-Privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei Federal nº 8.987/1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

financeiros oriundos do orçamento público para subsidiar obras e serviços de infraestrutura necessários à melhoria do Complexo Lagunar e dos transportes.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: mar. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 2.003, 10 de setembro de 1996*. Regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2003.htm. Acesso em: mar. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: mar. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: mar. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 9.074, de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm. Acesso em: mar. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: mar. 2023.
- BRASIL. *Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023*. Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, [...]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm. Acesso em: 02 abril de 2023.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- DEVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2020.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MIGALHAS. *STF: Maioria valida contratação de transporte rodoviário sem licitação*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/383582/stf-maioria-valida-contratacao-de-transporte-rodoviario-sem-licitacao>. Acesso em: mar. 2023.
- MOLES, Abraham A. *A criação científica*. Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEIXINHO, Manoel Messias; VELASCO, Carolina Altoé. Métodos de pesquisa aplicados à pesquisa jurídica. In: ABREU, Célia Barbosa; PEIXINHO, Manoel Messias; RANGE, Tauã Lima Verdán. *Estudos de metodologia da pesquisa jurídica*. 2016, v. 01, p. 28. Disponível em: <https://pdfcoffee.com/estudos-de-metodologia-da-pesquisa-juridica-volume-01pdf-pdf-free.html>.
- RIO DE JANEIRO (município). *Lei Complementar nº 37, de 14 de julho de 1998*. Disponível em: <https://cm-rio-de-janeiro.jusbrasil.com.br/legislacao/287126/lei-complementar-37-98>. Acesso em: mar. 2023.
- RIO DE JANEIRO (município). *Lei Complementar nº 105, 22 de dezembro de 2009*. Institui o Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas – PROPAR-RIO, e dá outras providências. Disponível em: <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/bff0b82192929c2303256bc30052cb1c/cea7da7eb7bff227032577220075c7de?OpenDocument>. Acesso em: mar. 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEIXINHO, Manoel Messias. Modalidades de delegação de serviço público de transporte marítimo de passageiros no Complexo Lagunar de Jacarepaguá. *In*: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 221-232. ISBN 978-65-5518-581-2.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DIREITO ADMINISTRATIVO E LÓGICA DEMOCRÁTICA – SUPERAÇÃO DO GERENCIALISMO NEOLIBERAL

ROBERTÔNIO SANTOS PESSOA

1 O Estado-Administrativo e seus poderes constitutivos

A realidade pós-democrática em que vivemos é marcada pelo acentuado e progressivo comprometimento de dois pilares dos regimes democráticos: a igualdade e a participação dos cidadãos nos processos decisórios de maior relevância. Ela atinge o Estado em todas as suas dimensões, e de um modo particular a Administração Pública e suas atuações. Urge, pois, reforçar o princípio democrático no âmbito administrativo. Somente uma democratização da Administração Pública poderá dar uma adequada expressão aos anseios cada vez maiores por uma ação administrativa governamental não somente eficiente, mas, principalmente, mais justa e participativa. Essa mudança política e cultural, que deve ser encampada pela doutrina do Direito Administrativo, passa por um efetivo reconhecimento da efetiva realidade da Administração Pública atual. Passa por um reconhecimento das dinâmicas, dos conflitos e dos processos que caracterizam o complexo *Estado-Administrativo* (*Verwaltungsstaat*) de nossos dias. É a concreta realidade desse *Estado-Administrativo* que deve ser assumida no âmbito do Direito Administrativo, uma vez que este se revela o seu principal objeto.

Esse *Estado-Administrativo*, centro nevrálgico cotidiano da vida social, do qual todos de alguma maneira dependem, direta ou indiretamente, é portador de múltiplas tarefas e dotado de amplos poderes de ação. Ele funciona de forma regular, sem interrupções, de maneira mais ou menos profissionalizada, sendo impulsionado por agentes políticos, por seus auxiliares situados em postos de comando e por uma alta burocracia. Neles atuam diversas carreiras de agentes públicos de forma direta ou em parcerias com agentes privados. Embora dirigido nos seus principais postos de comando por agentes políticos, ou auxiliares a eles ligados, o *Estado-Administrativo* mantém um relativo distanciamento em relação às turbulências da vida política, à semelhança do tipo ideal da administração legal-racional formulado por Max Weber. Assim, ele se comporta como corpo administrativo relativamente estável em meio à dinâmica dos três poderes.

Esse Estado-Administrativo apoia sua autoridade sobre aquilo que Pierre Rosanvallon¹ denomina “legitimidade de identificação à generalidade”, ou seja, por sua capacidade de tratar boa parte dos problemas públicos concretos como questões objetivas que devem ser resolvidas, e para as quais os meios já se encontram em parte disponíveis. Assim, dispõe dos meios necessários para resolução da maior parte de problemas concretos, pelo menos daqueles que não dependam de decisões políticas qualificadas. É aqui que a Administração Pública desempenha uma tarefa em grande parte política e constitutiva. Ou seja, desempenha uma ação administrativa de grande relevância direcionada ao equacionamento de problemas concretos.

É preciso afastar de vez o mito, ainda embutido em certas vulgatas do Direito Administrativo, de que a Administração Pública desempenha uma tarefa meramente executiva, de pura observância da lei, segundo faz crer uma leitura ingênua do princípio da legalidade administrativa. Nessa visão anacrônica, a “função administrativa” seria, fundamentalmente, uma tarefa de “execução da lei”, fixada por um Legislativo democrático no contexto de uma democracia liberal representativa. Assim, a consequência lógica dessa visão equivocada seria que, uma vez afirmado o princípio democrático no plano político, isso dispensaria a adoção de processos deliberativos democráticos no âmbito da Administração Pública, uma vez que nessa esfera se procederia a uma mera tarefa de execução legal. Esse entendimento falseado da realidade tem levado a uma concepção, ainda muito disseminada, de que o âmbito da Administração Pública seria um espaço “não político”, um espaço hierarquizado sem maior autonomia, que serviria de mera correia de transmissão de decisões políticas tomadas no âmbito do Poder Legislativo. A ilação que daí se tira é que o princípio da democracia representativa bastaria, por si só, para uma legitimação da ação administrativa.

O que se constata em toda parte é que o âmbito da Administração Pública há muito deixou de ser um *locus* de mera “execução da lei”. Pelo contrário, o multifacetado Estado-Administrativo atual, em razão da grande complexidade das questões sociais e econômicas em que deve intervir, goza de amplos “espaços de conformação”, exercendo seus poderes com relativa autonomia, embora sempre com respeito aos marcos legais. Como vimos, a vinculação preponderante da Administração Pública à lei no Estado contemporâneo é de caráter negativo (*vinculação negativa*), embora subsistam espaços de *vinculação positiva*. Assim, remanescem amplos espaços de deliberação para a ação pública administrativa pública. Mesmo nos campos onde predomina uma vinculação positiva, a lei costuma apresentar uma compleição e textura cada vez mais aberta, abrindo possibilidades para múltiplas formas de concretização. Mesmo naquelas decisões administrativas de caráter mais técnico-científico, como, por exemplo, as das agências reguladoras, percebe-se a incontornável existência de razoáveis espaços de conformação administrativa, com frequentes pressões dos “regulados”, principalmente os de maior poder econômico e influência política. Não por acaso, e sempre ciente risco da “captação”, o direito americano, ainda em 1946, tratou de editar sua Lei de Processo Administrativo (*Procedure Administrative Act*), que haveria de influenciar o Direito Administrativo “latino” a partir dos anos 90 do século XX.

¹ ROSANVALLON, Pierre. Reinventer la démocratie. *Cahiers du Monde*, n. 19987, p. 59, 2009.

Fora do âmbito da atividade regulatória, as decisões costumam ser tomadas com base numa ponderação mais discricionária dos interesses envolvidos, interesses esses, com relativa frequência, antagônicos. Assim, mais que um norte normativo que compete à Administração Pública “executar” de forma mecânica, a lei tornou-se, na maior parte dos casos, uma mera baliza da sua atividade. O *princípio da juridicidade administrativa*, mais abrangente que o da mera “legalidade administrativa”, tem como objetivo coibir atuações administrações à margem do direito, desvinculadas do direito, ou, o que seria mais grave, atuações contra o direito. Assim, se impõe cada vez mais o reconhecimento da efetiva existência de uma “administração política”, de “caráter constitutivo” (e não meramente “executiva”), alvo constante de pressões dos mais diversos grupos e corporações, organizados e fortemente articulados, e sempre dispostos a fazer preponderar seus interesses em meio aos conflitos distributivos, sempre acirrados em épocas de crise.

Devem, também, ser considerados, em prol de uma teoria jurídico-administrativa mais realista, não somente a “atuação formal” da Administração Pública, mas também a sua variada e multiforme “atuação informal”. A “atuação formal” é a que costuma ocorrer por meio de formas jurídicas típicas, como o ato e o contrato administrativos, ou por meio de regulamentos. Já a “atuação informal” é aquela que se dá fora dessas formas típicas. Essa atuação informal é vasta e de grande relevância jurídica e política. É o que Otto Mayer² chamava de “massa transbordante da atividade administrativa”, e cuja apreensão dogmática pela doutrina tem sido insatisfatória, para não dizer inexpressiva.³ Podem servir de exemplo dessa atuação informal as advertências e avisos de perigo relativos a produtos, serviços e alterações climáticas, as promessas da administração, as diversas intervenções materiais (cortes de árvores, remoção de obstáculos em vias públicas, campanhas e procedimentos ligados à saúde etc.), os pré-acordos envolvendo futuros contratos e as negociações prévias entabuladas nos casos de graves conflitos, como as greves no setor público, ou a questões de frete no caso do movimento dos caminhoneiros.

A teoria dominante do Direito Administrativo tem concebido a “esfera pública” administrativa de uma maneira bastante estilizada, composta por “particulares” livres e iguais que tentam fazer valer suas posições e interesses em igualdade de condições. Nela se desconhece, ou não se leva suficientemente em conta, a realidade sombria das democracias capitalistas dos nossos dias e os avanços da racionalidade neoliberal sobre os espaços públicos. Isso faz com que essa dogmática labore com um retrato surpreendentemente distorcido da realidade social “realmente existente”, apontando para um Direito Administrativo funcionalizado para sociedades não marcadas por profundas desigualdades socioeconômicas, onde as capacidades de intervenção dos diversos sujeitos sociais nos processos deliberativos, formais e informais, são díspares e assimétricas. No limite, essas assimetrias se apresentam como barreiras sociais aos avanços democráticos, e, portanto, à própria concretização dos “interesses públicos”, objeto primeiro da retórica jus-administrativista.

² MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. v. 1 e 2. 1. ed., 1895 e 1896; 3. ed. 1924, p. 92.

³ GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 41-41, Zaragoza, 2013, p. 143.

2 Entraves à democratização do Direito Administrativo

O Direito Administrativo deve ser um direito democrático e da democracia. Não pode servir de “hospedeiro” para lógicas normativas contrárias aos valores democráticos. É urgente reforçar a sua dimensão político-democrática. Estruturas administrativas e processos decisórios mais democráticos são uma garantia de maior legitimidade das escolhas feitas, permitindo uma real efetivação dos “interesses públicos” a partir de um diálogo e confronto de todos os interesses envolvidos. Isso se revela tanto mais vital quando se considera as profundas assimetrias de poder e informação que marcam as sociedades capitalistas modernas diversos, de ordem epistemológica e política, talvez possam explicar a baixa densidade democrática do Direito Administrativo brasileiro.

No passado, sob influência de uma ambiência autoritária, o Direito Administrativo, centrado numa preocupação “gerencial” com a eficácia da ação administrativa, conferiu uma ênfase exacerbada aos “poderes” e “prerrogativas” especiais da Administração Pública. Isso propiciou a emergência de um Direito Administrativo desprovido de maior sensibilidade democrática. Hoje, sob influência da racionalidade gerencial exacerbada pelos imperativos do neoliberalismo, o Direito Administrativo tem se portado muitas vezes como uma superestrutura jurídica palatável aos interesses do mercado capitalista, sempre atento às possibilidades de avanço sobre setores antes ocupados pela Administração Pública, e disposto a estabelecer rentáveis “parcerias” com o Estado. Aqui também temos um Direito Administrativo cúmplice de práticas antidemocráticas, travestidas em práticas gerenciais e em retóricas de modernização.

Na prática, o Direito Administrativo, e a sua teoria, têm se tornado um campo de fortes disputas discursivas e políticas, no contexto dos conflitos das democracias capitalistas. Assim, com a invocação de uma gestão mais flexível e eficiente, com as críticas à burocracia e aos regimes de direito público e com os elogios a excelência da gestão privada, o que tem ocorrido em muitos casos é uma penetração cada vez maior dos imperativos e interesses das empresas privadas e do grande capital nas *agendas* dos Estados e nas reformas implantadas. Isso tem ocorrido muito frequentemente com o beneplácito da doutrina administrativista.

O Direito Administrativo apresenta uma legítima dimensão gerencial, voltada à busca de soluções para o crônico problema da “eficiência” da Administração Pública. Contudo, uma supervalorização da “questão gerencial”, não sem a influência de fortes interesses político-econômicos, tem ocasionado o surgimento de uma espécie de *hipergerencialismo*. Os princípios, métodos, arranjos e novos *designs* da administração gerencial se tornam, paulatinamente, a nova panaceia para todos os problemas da “gestão pública” do Estado brasileiro. Esse *gerencialismo puro* tem servido de suporte para uma agenda administrativa que muitas vezes privilegia os interesses de fortes grupos econômicos, do grande capital e seus representantes políticos. Parcela significativa dos meios doutrinários tem privilegiado a abordagem de temas sintonizados com os interesses econômicos, tais como, privatizações, regimes diferenciados de contratação, licitações e concessões, passando os debates e interesses a girar em torno dos “negócios” com o setor público. Um incremento indiscriminado, e, por longo prazo, de parcerias público-privadas, tanto na forma de “parcerias econômicas” como de “parcerias sociais”, tem revelado, em não poucos casos, a face atroz dos processos de acumulação

capitalista. Nesse contexto, o Direito Administrativo tem se portado como uma “caixa de ferramentas”, onde são disponibilizados os novos meios, instrumentos e métodos gerenciais, o que envolve “contratos de gestão”, “matrizes de riscos”, “programas de integridade” e “indicadores de desempenho” que permitam aferir a consecução dos objetivos pactuados. Cunhou-se a expressão “Direito Administrativo dos negócios”, cujo ambiente mais propício seria “os momentos de crise econômica e política aguda”, portador de “algumas das soluções para os impasses governamentais recentes e para fazer do nosso ramo o direito administrativo do desenvolvimento”.⁴

Essa transposição indiscriminada do *management* para o setor público, acompanhado de uma disseminação indiscriminada de categorias e institutos do direito privado para os espaços tradicionalmente regulados pelo regime jurídico-administrativo, tem subvertido radicalmente os fundamentos de um Direito Administrativo com aptidão a servir de suporte para uma ação pública democrática. No Brasil, como noutros países, o reformismo gerencial não conduziu a uma efetiva democratização da Administração Pública, com a disseminação de práticas participativas na gestão pública. A participação ficou restrita, na maior parte dos casos, aos “parceiros” de sempre, o Estado e os meios empresariais. As ilusões geradas em torno de uma “administração participativa” se dissiparam. No conjunto, mantiveram-se intactas a arquitetura básica de um padrão administrativo não democrático.

3 Avanços democráticos no Direito Administrativo

Tendo presente a realidade e importância do Estado-Administrativo, e da sua relativa autonomia decisória, parte da doutrina administrativista tem voltado a se ocupar com a questão da democratização da atuação administrativa. Daí a importância cada vez maior que o tema do processo administrativo vem assumindo em vários países. Isso tem levado administrativistas a considerarem o “processo”, e não mais o “ato administrativo”, o novo “centro de gravidade” do Direito Administrativo (NIGRO, p. 967). Esse crescente interesse pela categoria do “processo”, ou do “procedimento”, como preferem alguns, expressa uma mudança de foco da dogmática administrativa do controle da decisão (controle de legalidade do ato administrativo) para o processo que antecede e prepara da decisão. Essa virada teórica tem aberto novas perspectivas para um incremento da dimensão político-democrática do Direito Administrativo.

Para Eduardo Jordão (2019, p. 34), a mais recente tendência do Direito Administrativo francês das duas últimas décadas tem sido no sentido de reforçar a legitimidade política da ação administrativa. Essa tendência é percebida no progressivo reforço procedimental da atuação administrativa, inicialmente sob influência da tradição anglo-saxônica. Esse movimento de democratização da ação administrativa pretende alcançar dois objetivos básicos: um alargamento da transparência da Administração Pública, obrigada cada vez mais a tornar público seus processos decisórios, e uma maior abertura à participação popular nesses processos. Esse movimento, que teve como foco num primeiro momento

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. *Fórum Administrativo – Direito Público*, a. 9, n. 100, p. 31-33, jun. 2009.

a atuação das agências reguladoras, tende agora a se expandir para o conjunto da Administração Pública, observadas as peculiaridades de cada setor.

Devem ser reconhecidos, também, alguns avanços democráticos no Direito Administrativo brasileiro. Em alguns setores, *a participação foi elevada a requisito de validade da decisão administrativa e até de validade da lei administrativa*. Assim, por exemplo, os planos diretores urbanos no Brasil, que são leis, podem ser declarados inconstitucionais se não forem precedidos de audiências públicas no seu processo de elaboração. Da mesma forma, atos normativos de agências reguladoras, em diversos casos, são considerados inválidos se afrontam a obrigação de prévia audiência ou consulta pública no processo de edição da norma regulatória.⁵

Novos instrumentos democráticos foram recentemente incorporados na nova Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019). Essa lei estabelece que serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada das agências, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados (art. 9º). A lei concebe a consulta pública como o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, pelo envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora (art. 9º, §1º). E dispõe, também, que o posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria (art. 9º, §5º). Destaquem-se, ainda, os avanços obtidos com a edição da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999) e com a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011).

O que tem buscado com todas essas iniciativas é uma melhoria da posição jurídico-política dos cidadãos nas suas relações cotidianas com o aparelho administrativo, principalmente nesses tempos de centralismo político e burocrático promovido por reformas neoliberais. Assim, a despeito dessas importantes iniciativas, prevendo a participação dos cidadãos em processos deliberativos administrativos, ou possibilitando suas intervenções por meio de um maior acesso às informações de interesse público, falta ainda em nosso Direito Administrativo uma reflexão mais abrangente e dogmática sobre os mecanismos e procedimentos inerentes a um Direito Administrativo com sensibilidade democrática. Percebe-se, ainda, a carência de um labor dogmático na elaboração de conceitos e sistematizações mais abrangentes, que possam funcionalizar a concretização, na esfera administrativa, do ideário de democracia e direitos fundamentais cristalizado na Constituição.

⁵ MODESTO, Paulo. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/paulo-modesto/o-direito-administrativo-para-alem-do-imediato>. 2019, p. 3.

4 Democratização da Administração Pública

Associando várias formas de participação dos cidadãos e dos grupos sociais no Estado e na Administração Pública, o aprofundamento da democracia participativa deve criar condições para uma aproximação cada vez maior entre a esfera pública e a esfera da sociedade. No Brasil, a participação dos cidadãos na Administração Pública integra o conceito de democracia participativa, elemento constitutivo fundamental do Estado democrático de direito (CF, art. 1º). Contudo, a Constituição Federal foi muito além da mera enunciação dos princípios da democracia e do Estado de Direito, estabelecendo uma série ampla de regras voltadas à adoção de institutos participativos na Administração Pública.

Já no seu artigo 10 a Lei Fundamental estabelece que “É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”.⁶ O artigo 29, XII, ao tratar das normas básicas de organização dos Municípios, prevê expressamente a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”. O art. 37, §3º, estabelece que “a lei disciplinará formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”.⁷ O art. 187 estabelece que a atividade administrativa de planejamento da política agrícola será executada na forma da lei, com a *participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como os setores de comercialização, de armazenamento e de transportes*. O art. 198, III, determina que as políticas, ações e serviços públicos de saúde devem ser organizados tendo como diretriz a *participação da comunidade*. O art. 204, II, estabelece que as ações governamentais na área da assistência social serão organizadas e executadas mediante a *participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas públicas e no controle das ações em todos os níveis*. O art. 205 determina que a educação é atividade que será promovida e incentivada *com a colaboração da sociedade*, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. O art. 216, VI, estabelece que o ensino público terá uma gestão democrática, na forma da lei. O art. 206, §1º, determina que a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro devem ser organizados mediante a colaboração do Poder Público com a comunidade. O art. 225 impõe a conjugação de esforços do Poder Público e da coletividade na defesa do meio ambiente. O art. 227, §1º, estabelece que o Estado admitirá a participação de entidades não governamentais na execução de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente. Assim, princípios

⁶ Esta regra é completada pelo art. 194, VII, que ao dispor sobre a organização do sistema estatal de previdência social, assegura o caráter democrático e descentralizado de sua gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados. Destaque-se que a participação, nos casos das atividades de seguridade social desenvolvidas pela Administração, é elemento da própria definição dessa função administrativa, conforme se percebe pela redação do art. 194, que a define como *um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade*.

⁷ Veja-se a dicção completa do §3º do art. 37º da Constituição. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

e regras constitucionais asseguram uma participação dos cidadãos quer no âmbito da *estrutura da administração (democracia orgânica)*, quer no âmbito de *processos deliberativos* que costumam ocorrer nas diversas *áreas setoriais da Administração Pública (democracia procedimental)*, como saúde, educação e meio ambiente, por exemplo.

A *democracia orgânica* ou *institucional* diz respeito a uma espécie de participação interna, traduzindo a incorporação ou integração dos cidadãos na própria Administração Pública em órgãos colegiais consultivos ou deliberativos. Aqui, estranhos à estrutura administrativa nela tomam parte na condição de titulares ou membros de órgãos administrativos. Desse modo, por via da integração na composição de um órgão administrativo com competência decisória, ficam aqueles sujeitos numa posição que lhes permite intervir no exercício do poder público. Essas formas de participação orgânica coletiva dos cidadãos na gestão administrativa foram expressamente previstas para estruturas administrativas que tratam dos seguintes temas: interesses profissionais e previdenciários dos trabalhadores (art. 10), planejamento municipal (29, XII), políticas, ações e serviços públicos de saúde (art. 198, III), ações governamentais na área da assistência social (art. 204, II), ensino público (art. 216, VI). Essas formas de participação interna, em órgãos decisórios, e não apenas consultivos, têm uma função de democratização da gestão administrativa. Essas são situações em que a participação é constitucionalmente imposta, não podendo a organização administrativa de pessoas políticas e administrativas deixar de prevê-las. Além desses casos de participação constitucionalmente imposta, a regra constante do artigo 37, §3º, da Constituição, embora empregue o termo “usuários”, parece consagrar um princípio geral de participação no âmbito da administração direta e indireta. Essas regras constitucionais garantem uma intervenção concreta dos cidadãos nos órgãos de gestão de serviços e políticas públicas, e não apenas de profissionais burocratas ou comissionados. Assim, primeiramente é preciso garantir um funcionamento minimamente democrático da Administração Pública, integrando cada vez mais os cidadãos nos seus processos decisórios internos, permitindo-se lhes serem representados e atuar diretamente no interior das instituições administrativas (AUBY, 2011, p. 15).

A *democracia procedimental*, por outro lado, implica uma forma de participação externa que não envolve a integração dos cidadãos nos órgãos administrativos. Ela se refere à participação dos interessados nos processos deliberativos que lhes dizem respeito, podendo essa participação implicar ou não uma repartição do poder decisório. Aqui podem ser levados à Administração Pública fatos, interesses e circunstâncias relevantes, reforçando a legitimidade democrática da decisão a ser tomada. Para Jorge Alves Correia (2019, p. 102), a organização procedimental, legitimidade dos participantes, os momentos (*preventiva* e *sucessiva*), os níveis de intensidade (*dialógica* e *coconstitutiva*; *participação-audição* e *participação-concertação*) e os mecanismos de garantia da eficácia da participação procedimental dependem da específica configuração e tramitação do procedimento administrativo. A *participação dialógica* não põe em causa a exclusiva autoria administrativa do ato conclusivo da fase decisória do procedimento. Trata-se, apenas, de uma forma de intervenção dos cidadãos no processo decisório com o propósito de uma legítima influência sobre o sentido da decisão. Já uma *participação coconstitutiva* ocorre quando a vontade dos cidadãos, ao lado da vontade administrativa, tem um

papel de constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas, implicando uma verdadeira intervenção da vontade cidadã no poder de decidir (CORREIA, 2019, p. 103). A introdução progressiva dessas práticas de *democracia orgânica* e de *democracia procedimental* devem ter em mira a consolidação de uma “democracia administrativa”.⁸

5 Por um Direito Administrativo voltado para a democracia

Passado o discurso triunfal da democracia liberal das décadas de 80 e 90 do século passado, onde se chegou a proclamar de forma quase milenarista o “fim da história”, o debate público agora gira em torno da “crise” do modelo liberal. Em diversos fóruns questiona-se a própria ideia de representação política e sua absoluta insuficiência para dar conta da legitimidade da ação governamental-administrativa. Na contramão do vaticínio de Fukuyama,⁹ a história não se esgotou, mas, pelo contrário, parece ter se acelerado. Os seus novos ventos provaram que o conceito de democracia é dinâmico e aberto, sempre indeterminado e em constante evolução.

Para Jacques Chevallier (2009, p. 223), o monopólio que se reputava que os representantes detinham sobre a coisa pública tornou-se doravante caduco. O Estado tende a se abrir, a se desbloquear, para admitir, no seu seio, uma maior expressão da diversidade constitutiva do social. A eleição não aparece mais como a única fonte possível de legitimidade. De fato, as eleições e o veredito das urnas não podem mais ser considerados com as únicas referências de legitimidade. A eleição não garante que os eleitos estejam a serviço dos interesses públicos, nem que assim permaneçam. Se, no Estado Democrático de Direito, a Administração Pública deve obedecer às determinações emanadas dos corpos legislativos representativos, isso só já não basta

⁸ Após a promulgação da Constituição de 1988, e até 2016, foram criados diversos Conselhos de Políticas Públicas no Brasil. Diversos programas sociais condicionaram a transferência de recursos públicos à instituição de mecanismos de participação popular. Muitos cidadãos, vinculados aos mais diversos setores (educação, saúde, segurança, meio ambiente etc.), puderam participar ativamente de conselhos e conferências nos diversos âmbitos da federação. Essas experiências de democracia participativa tornaram o Estado brasileiro mais democrático e permeável ao controle popular. Um grande avanço foram as experiências das conferências nacionais de políticas públicas, como as conferências nacionais de saúde, muitas delas representando a culminação de outras conferências realizadas a nível regional, estadual e municipal, num processo articulado de construção de uma vontade coletiva em diversas temáticas. O uso destes instrumentos de participação popular gerou reflexos importantes em termos de democracia participativa: inclusão de novos sujeitos e temas à agenda nacional, realização de debates que contribuíram para amadurecer a política em questão, a criação de mecanismos de pressão sobre o Poder Executivo e a produção de projetos no Legislativo oriundos dessas discussões. A partir de 2019, contudo, com o governo Bolsonaro, medidas de caráter autoritário vêm sendo tomadas no âmbito da administração pública federal, com manifesto caráter antidemocrático, como o desmonte de conselhos e colegiados onde se asseguravam a participação social no âmbito de políticas públicas setoriais. Isto tem sido feito por meio da simples extinção de conselhos, ou por meio da alteração de sua composição, com a redução da participação de membros e entidades da sociedade civil, de tal forma a se garantir uma maioria da representação governamental. Isso ocorreu, somente a título de exemplo, no âmbito do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD) e do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), encarregado de fixar normas para o licenciamento ambiental e para a preservação do meio ambiente. Em abril de 2019, o Presidente Bolsonaro editou decreto que previa a extinção de conselhos, comissões, fóruns e outros colegiados da administração pública federal. A medida foi alvo de impugnação judicial perante o Supremo Tribunal Federal, que, em sede de medida liminar, decidiu que o Presidente da República não pode extinguir, por decreto, conselhos da administração federal que tenham amparo em lei.

⁹ Francis Fukuyama é um filósofo e economista político nipo-estadunidense. Foi, como ideólogo, uma figura-chave do governo Ronald Reagan. Foi o autor do famoso artigo “O fim da história”, onde afirmava que a difusão mundial das democracias liberais e do livre capitalismo de mercado sinalizava o fim da evolução sociocultural da humanidade.

para uma legitimação da ação governamental. O exercício de qualquer poder de Estado somente pode ser considerado democrático quando está sujeito “a testes de controle e de validação concorrentes e complementares ao da expressão majoritária”, como ensina Rosanvallon (2009, p. 78). Para que o circuito dessa legitimação se complete, uma ampla legitimação das ações público-administrativas deve ser observada no cotidiano da vida social.

Há mais de um século jurista alemão Otto Mayer (1969, p. 5) afirmava que “o *Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece*”. Desde então, essa declaração tem ecoado no direito público ocidental, não sem causar uma certa inquietação. Várias interpretações foram propostas. A mais comum é que o direito constitucional seria mais instável e suscetível a mudanças, ao passo que o Direito Administrativo teria uma maior vocação para “estabilidade”. Isso porque o direito constitucional seria mais “político”, ao passo que o Direito Administrativo seguiria uma lógica mais autônoma em relação às turbulências políticas. Para alguns, essa vocação para “permanência” seja até mais recomendada para um direito que tem como tarefa garantir o funcionamento cotidiano das engrenagens administrativas da sociedade, da sua burocracia, dos serviços públicos e da ordem pública. Assim, o Direito Administrativo “permanece”, imutável em sua lógica formal, facilmente adaptável a regimes políticos diversos, mesmo em períodos de pausa democrática, quando o direito constitucional é ofuscado.

Outra interpretação possível da enigmática declaração de Otto Mayer, e essa mais pessimista, é que o Direito Administrativo, na sua costumeira estrutura formal, e em seu tradicional deslocamento em relação aos valores de uma ordem constitucional-democrática, pode se revelar uma supraestrutura bastante funcional para regimes autoritários e de exceção. Como já dito, isso parece ser corroborado pela história política recente de países como Brasil, Portugal e Espanha, onde em períodos ditatoriais, marcados por uma suspensão da normalidade constitucional, grande foi o prestígio do Direito Administrativo.

A teoria do Direito Administrativo sempre teve uma enorme importância na configuração do Estado no Brasil. Essa teoria também teve um papel fundamental no projeto político de construção da democracia e do Estado direito no país. Hoje, mais do que nunca, o Direito Administrativo deve ser um direito democrático e um direito da democracia, não podendo funcionalizar lógicas normativas que lhe são contrárias.

O Direito Administrativo poder ser um direito de um Estado de direito, sem ser, necessariamente, um direito de um Estado democrático. O respeito pela legalidade, assegurado pelo controle do poder judiciário, embora de vital importância, não assegura o caráter democrático da ação administrativa. As vertentes liberal e democrática, que acompanham a formação do Estado Constitucional e do Direito Administrativo, não caminham necessariamente juntas. O distanciamento de valores democráticos se aprofunda quando se considera as abordagens neoliberais de cunho puramente gerencial que têm vicejado no Direito Administrativo.

Assim, mesmo estabelecendo vínculos com o Estado de direito, a partir de uma ótica liberal, nem sempre o Direito Administrativo aprofundou suas ligações com a democracia e com as exigências do Estado democrático. Dessa forma, ao lado de uma dimensão que prioriza a regulação e controle judicial da Administração Pública (*dimensão legal-garantística*), deve ser cada vez mais priorizada uma dimensão mais democrática, que confira uma maior importância à participação dos cidadãos nas decisões administrativas.

Somente assim, com uma efetiva democratização das estruturas orgânicas da Administração Pública, dos seus processos decisórios e da ação administrativa, será alcançado o desejado “equilíbrio” entre os poderes da Administração e os direitos dos cidadãos. E, para além do equilíbrio entre os poderes do Estado e os direitos dos cidadãos, deverá ser construído um outro “equilíbrio”, tão ou mais importante quanto o primeiro, o equilíbrio entre os cidadãos e os poderes econômicos, que tentam fazer valer seus interesses junto ao complexo Estado-Administrativo de nossos dias. E isso somente pode ser alcançado por um processo de democratização contínua dos processos de tomada de decisão e da ação pública administrativa. Assim, sem negar, nem menosprezar, a longa luta histórica do Direito Administrativo para controlar o poder e submeter o Estado-Administração aos princípios do Estado de direito, deve agora ele, também, avançar para um outro patamar, para um outro desafio histórico: garantir aos cidadãos uma adequada participação nos processos decisórios de maior relevância comunitária.

Referências

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CORREIA, Jorge Alves. Formas de participação administrativa no direito português. *Revista Brasileira de Direito Público*, a. 17, n. 67, out./dez. 2019.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Actuación material e informalidad: el ejemplo de la concertación con la Administración. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, n. 41-41, 2013.
- MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht* 1. ed. 1895 e 1896; 3. ed., 1924. . v. 1 e 2.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros: 1999.
- MODESTO, Paulo. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-direito-administrativo-para-alem-do-imediato>. 2019.
- ROSANVALLON, Pierre. Reinventer la démocratie. *Cahiers du Monde*, n. 19987, 2009.
- SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SOUSA, António Francisco de. *Administração Pública e Direito Administrativo: novos paradigmas*. Porto: Vida Econômica, 2016.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, a. 9, n. 100, jun. 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PESSOA, Robertônio Santos. Administração Pública, Direito Administrativo e lógica democrática – Superação do gerencialismo neoliberal. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 233-243. ISBN 978-65-5518-581-2.

ANÁLISE FINANCEIRA *VERSUS* ANÁLISE ECONÔMICA: UMA VISÃO SISTÊMICA DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA

DANIEL FERREIRA
LUCIANO ELIAS REIS

1 Introdução

A análise econômica e/ou financeira da proposta apresentada em certames licitatórios sempre foi objeto de questionamentos e insurgências no ambiente das compras públicas. É incontroversa a existência de inúmeras contratações que não atendem efetivamente o interesse público ao frustrarem a necessidade pública em si que as move. Tanto é assim que cafés de licitação são motivos de chacota, assim como canetas que não funcionam, papéis toalhas que não enxugam as mãos e copos “pela dedo”, que, usados unitariamente, quebram e queimam o dedo do seu usuário.

O remédio para toda essa situação será a nova lei de licitações, Lei nº 14.133/2021? É um problema de mercado alheio a qualquer atuação do Estado? É um destino “natural” das aquisições públicas e privadas? O Estado comprador deverá dimensionar na fase preparatória de uma licitação avaliação de custos *versus* benefícios para implementar exigências sobre o objeto e os fornecedores?

Enfim, por estas e outras questões, o presente ensaio tem o escopo de refletir acerca da análise econômica a ser feita nas contratações públicas, em especial para que se possa distinguir proposta mais vantajosa e proposta economicamente mais vantajosa a gerar o resultado mais útil para a Administração Pública, o que se aproximará (?) do objetivo exposto no inciso I do artigo 11 da Lei nº 14.133/2021 “seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública”.

2 A relação de gênero e espécie entre análise econômica e análise financeira

Pode-se dizer que a análise econômica realiza uma investigação sobre várias facetas, dentre elas, a financeira. A presente afirmação, como decorrente da ideia de como chegar ao cálculo e encontro da proposta economicamente mais vantajosa, é extremamente

relevante. Se o ambiente atual das compras públicas brasileiras ou alienígenas fosse de uma economia de trocas perfeita não haveria necessidade de discutir o presente tema.

Na economia de trocas, os preços de todos os produtos são iguais aos preços dos serviços do trabalho e da natureza nele incorporados em livre concorrência, o que equivale a dizer que as despesas de produção mais os custos de esforços pessoais para a sua feitura resultam numa produção sem lucro puro.¹

Na economia de mercado já é diferente. A autoridade pública influencia e intervém no mercado para a própria sobrevivência deste, já que anseia que a produção e o consumo venham a se desenvolver “ao longo de linhas diferentes daquelas prescritas pelo mercado livre de obstáculos, e procura atingir o seu objetivo injetando no funcionamento das diretrizes e mercado os comandos e as proibições cuja execução conta com prontidão do poder de polícia e seu aparato de coerção e pressão”. A interferência estatal não deve ser usada para fazer o controle total da produção e do consumo nas mãos das autoridades, até porque o governo possui consciência de que ele de maneira isolada não consegue criar postos de trabalho igualmente ao mercado.²

De maneira diferente de Ludwig Von Mises, defende-se que o intervencionismo não gera só “desastre e caos” ou que seria fruto de um ressentimento invejoso contra produtores, empresários e capitalistas. É necessário que o Estado assuma o seu papel em prol da sociedade, até porque, de fato, a sua existência está condicionada para a devida subsistência dela. Além disso, não se pode subtrair o “Estado Consumidor” ou denominado “Estado Comprador”.

Com isso, o uso do poder de compra estatal como direcionador e incentivador para determinadas áreas, como é o caso da ciência, tecnologia, sustentabilidade, empreendedorismo e inovação, dentre outros, não significa o anseio ao controle de preços como mecanismo de intromissão no controle de produção.

De fato, lucros e perdas são cenários daqueles que estão no mercado e que precisam de uma atenção especial do Estado, pois os capitalistas e produtores impactam nas condições das massas, desde a empregabilidade e suas condições de acesso. Entretanto, atenção especial não significa distorção de competitividade, ingerência na produção, controle de preços ou qualquer outro intento de economia antifuncional.³

Os consumidores, em geral, devem ser soberanos na escolha e na seleção natural daqueles que estão no mercado, cabendo ao Estado também usar o seu papel regulador por meio do poder de compra ao direcionar ou fomentar determinado bem ou atividade que recaia indiretamente sobre o bem.⁴

¹ SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 26.

² MISES, Ludwig Von. *Caos planejado: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo*. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017, p. 106-107.

³ MISES, Ludwig Von. *Caos planejado: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo*. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017, p. 107-116.

⁴ “Na economia de mercado, os consumidores são soberanos. A opção entre compras e abster-se de comprar, em última instância, determina o que os empresários produzem e em que quantidade e qualidade. Determina diretamente as mercadorias dos consumidores e indiretamente os preços de todas as mercadorias dos produtores, a saber, todos os fatores trabalhistas e materiais da produção. (...) O mercado ajusta os esforços de todos aqueles envolvidos no atendimento das necessidades dos consumidores correlacionados aos desejos daqueles por quem produzem – os consumidores. Sujeita a produção ao consumo.” (MISES, Ludwig Von. *Caos planejado: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo*. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017, p. 115-116). No

Nesse trilho, a importância da análise econômica ultrapassa em muito a mera conexão de bens escassos e demanda crescente.⁵ A proposição nas compras públicas é de semear uma visão mais ampla do papel estatal quando está na figura de comprador.

Emerson Gabardo explica que, com a complexidade social, a compreensão de o Estado sempre primar pela máxima competitividade, abertura de capital e de número de vendedores e compradores é uma falácia absoluta, bem como é desarrazoado o raciocínio de que o próprio mercado se estrutura de maneira a evitar todos esses escopos.⁶

Aliás, é claro que alguém poderá alegar possível conflito entre o consumidor e o regulador, por isso a importância de o exercício da regulação ser laborado por intermédio de políticas públicas com ampla participação popular, logo, democráticas.

Raciocinar holisticamente provoca que as consequências de um bem sejam devidamente medidas para saber o seu verdadeiro custo. Para examinar um móvel ou um papel não basta aferir o custo da madeira. A retirada da árvore da natureza deve ser calculada, incluindo a perda biológica direta e indireta (para o ecossistema ao redor).⁷ Deve-se calcular todo o impacto do bem e aqueles que recaiam sobre o bem.

Como diz o Manual de Contratação Pública Ecológica da União Europeia, deve haver uma relação de custos *versus* benefícios, a fim de encontrar uma solução satisfatória. A proteção do meio ambiente é também um fator até de igualdade para julgar uma licitação, o qual deve ser somado aos fatores da qualidade, eficiência, eficácia e idoneidade.⁸

Estaria consentâneo com a ideia de Pedro Cerqueira Gomes, na qual, para inovar nas compras públicas, é preciso que, na fase interna, no momento da decisão de contratar, se pense na inovação social e na dita eco-inovação. Alinhar a prevenção do impacto ambiental futuro e o impacto social. Exemplifica, ainda, a ideia de construir um centro de

que se refere à relação entre fornecedor e consumidor para a satisfação das necessidades, Joseph Schumpeter explica a dificuldade da busca do equilíbrio na relação de dependência entre consumidor-ofertante, bem como a compreensão sobre o poder de compra: “Quando trata das necessidades, o autor enfoca a questão e a relação entre consumidor, produto e produtor. A quantidade de carne que o açougueiro vende depende de quanto seu freguês, o alfaiate, comprará e a que preço. Isso depende, todavia, dos resultados financeiros dos negócios deste último, estes novamente dependem das necessidades e do poder de compra de seu freguês, o sapateiro, cujo poder de compra depende, por sua vez, das necessidades e do poder de compra das pessoas para quem produz; e assim por diante, até que finalmente chegamos a alguém cujos rendimentos provenham da venda de seus bens ao açougueiro. Essa concatenação e dependência mútua das quantidades de que consiste o cosmo econômico é sempre visível, em qualquer das possíveis direções que alguém queira escolher para seguir. Onde quer que se irrompa, para onde quer que se mova a partir daí, deve-se sempre voltar ao ponto de partida, talvez após um número de passos bem grande, embora finito. A análise nem chega a um ponto final natural, nem esbarra com uma causa, ou seja, um elemento que faça mais para determinar outros elementos do que ser por eles determinado.” (SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico*: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982p. 12).

⁵ Indo além da mera lógica da economia de bens escassos e demandas infinitas, como exposto por FREITAS, Thiago Pereira de. *Sustentabilidade e as contratações públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 144.

⁶ “Sempre foi presumido pelo senso comum liberal que os fatores de produção eram dotados de razoável mobilidade para poder reagir aos momentos indesejáveis do mercado. Acredita-se na capacidade de autocorreção mercantil (automatismo). Todavia, a prática demonstrou que tal agilidade não existe. Há uma certa rigidez inerente a todos os fatores da produção, impedindo deslocamentos rápidos e oportunos. Ainda que cada vez menos haja rigidez na movimentação do capital, é inafastável uma rigidez física (do estabelecimento), uma operacional (do trabalho), uma institucional (legislação) e uma psicológica (marcas).” (GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003, p. 117-118).

⁷ EMERY, Emerson Baldotto. *Desenvolvimento sustentável*: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 50.

⁸ UNIÓN EUROPEA. *Adquisiciones ecológicas*: manual sobre la contratación pública ecológica. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf, p. 19.

conferência para permitir reuniões a distância em vez de gastar muito dinheiro a médio e longo prazo com deslocamentos para reuniões, diárias, hora-trabalho e outros custos.⁹

Tecnologia, ciência, inovação e meio ambiente podem, e devem, ser trabalhados conjuntamente para o respeito da opção mais econômica ao Poder Público, já que, muitas vezes, a solução mais atual – e ambientalmente mais adequada – pode ser até melhor de acordo com o custo total de vida (*v.g.* tempo de uso), assim como ocorre com as lâmpadas de LED.¹⁰

Outrossim, salienta-se que o artigo 70 da Constituição Federal impõe ao administrador público que suas condutas sejam pautadas na economicidade, não podendo cometer qualquer ato díspar desta linha.¹¹ Em geral, as Constituições Estaduais prescrevem por simetria também, assim como é o caso do Estado do Paraná.¹² Agora, a Lei nº 14.133 arrola em seu artigo 5º como princípio norteador das contratações públicas brasileiras.

A economicidade tem relação com o domínio de gestão e a ideia fundamental de desempenho qualitativo, tratando-se, pois, da obtenção do melhor resultado estratégico de uma alocação de recursos financeiros. Régis Fernandes de Oliveira esclarece que economicidade diz respeito a averiguar se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela se fez com modicidade, dentro da equação custo-benefício.¹³

Seguindo a mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro consagra a tese de que o controle da economicidade, assim como da legitimidade, envolve questão de mérito,

⁹ GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação: o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 535-536.

¹⁰ Discorda-se em parte da afirmação de Ana Claudia Finger e Regeane Bransin Quetes, de que os objetos mais modernos são mais caros do que os “tradicionais”, assim como quando a comparação se dá entre o objeto sustentável e o não, até porque isso depende muito do ambiente do mercado, dos meios de produção, como está sendo veiculada a informação da sustentabilidade, dentre outros critérios: “Existem argumentações no sentido de que haveria colisão entre o princípio da economicidade e da ecoeficiência, entretanto, ressalta-se que os produtos ditos como “tradicionais” possuem ciclo de vida muito maior que os produtos sustentáveis, sendo assim, estes últimos podem até ser mais caros no ponto de vista da aquisição, mas os tradicionais trazem custos maiores no futuro.” (FINGER, Ana Claudia; QUETES, Regeane Bransin. Licitações e contratos administrativos sustentáveis como um instrumento de concretização da supremacia do interesse público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 105-131, jul./set. 2014, p. 121). Igualmente, mesmo que fosse mais caro financeiramente, deve-se buscar a visão econômica da proposta mais vantajosa. Assim também recorda Jessé Torres Pereira Júnior: “Aliás, mediante tal justificativa técnica, também é possível superar o entrave do menor preço, sempre presente quando se fala em licitação sustentável, vez que muitos dos objetos ambientalmente amigáveis costumam ser mais caros que os produtos dos demais concorrentes, que não se apresentam as mesmas qualidades. Normalmente, apesar do eventual preço superior no momento do julgamento da licitação, o objeto ambiental atenderá ao requisito da economicidade a longo prazo, no âmbito da própria execução contratual, no decorrer de seu uso, manutenção e descarte.” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. A tecnologia na atividade contratual do Estado. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 269-298, p. 289-290)

¹¹ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

¹² “Art. 27. A administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, eficiência, motivação, economicidade e, também, ao seguinte:”

¹³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. *Manual de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 94.

para verificar se o órgão procedeu na aplicação da despesa pública de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-benefício.¹⁴

A título complementar, salienta-se que até mesmo o valor do procedimento licitatório atualmente tem sido sopesado para suputar benesses ou não da forma como contratar.

José Antonio Moreno Molina e Alma Patricia Domínguez expõem que na Espanha um procedimento normal custa em torno de “28.000 euros (por término medio, 5.500 euros para la entidad o poder adjudicar y 3.800 euros por empresa licitadora). En el umbral más bajo de las directivas, aplicable a los contratos de suministros y servicios (125.000 euros), estos costes representan entre el 18 y 29% del valor del contrato”, isso sem mensurar o tempo entre a data do ato convocatório (envío del anuncio de contrato) até o julgamento.¹⁵

No mesmo sentido, no Brasil, segundo estudos do Grupo Negócios Públicos, o custo de uma licitação seria em 2014 em torno de R\$12.849,00¹⁶ e o tempo médio para a finalização de um pregão é em torno de 30 a 45 dias.¹⁷

De maneira similar, para quantificar o valor global a ser gasto durante uma licitação, o Governo Federal, em maio de 2007, realizou um “Mapeamento e Análise dos Custos Operacionais dos Processos de Contratação do Governo Federal” e concluiu que as licitações poderão representar um dispêndio de R\$2.000,00 a R\$16.553,26; especificamente um pregão presencial para registro de preços R\$3.033,88.

É claro que a análise ora proposta demanda dizer que o valor gasto para o contrato, em si, será mais dispendioso para o Estado, porém, se considerados os custos que possuirá em razão de uma proposta mais barata, mas que não prestigie cláusulas sociais, inovadoras, ambientais, tecnológicas ou científicas, a conta será bem diferente.¹⁸

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 923. Suzana M. Rossetti em profunda obra monográfica pesa que: “Evidentemente, não se pretende com isso dizer que não será levado em consideração o reflexo sobre a competitividade da licitação e o preço a ser pago. Pelo contrário, o desafio está em, a partir do levantamento de mercado, definir critérios que, direcionados à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, não provoquem uma restrição imotivada da concorrência ou uma elevação não calculada e/ou desproporcional de custos.” (ROSSETTI, Suzana M. *Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 96-97).

¹⁵ MOLINA, José Antonio Moreno; ALONSO, Alma Patricia Domínguez. El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 139-164, p. 147-148.

¹⁶ NEGÓCIOS PÚBLICOS. *Infográfico – Informativo do Instituto Negócios Públicos – Compras Públicas*. Curitiba: Negócios Públicos, 2014, p. 04.

¹⁷ NEGÓCIOS PÚBLICOS. *Infográfico – Informativo do Instituto Negócios Públicos – Compras Públicas*. Curitiba: Negócios Públicos, 2017, p. 33 e 37.

¹⁸ A Diretiva nº 24/2014 da União Europeia preceitua que: “A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida em conformidade com o artigo 68 está certo?, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa. Estes critérios podem compreender, por exemplo: a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, concessão para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respetivas condições; b) Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato; ou c) Serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, processo de entrega e prazo de entrega ou de execução. O fator custo pode igualmente assumir a forma de um preço ou custo fixo com base no qual os operadores económicos concorrem exclusivamente em termos de critérios de qualidade. Os Estados-Membros podem prever que as autoridades adjudicantes não possam utilizar o preço ou o custo como único critério de adjudicação, ou podem restringir essa utilização exclusiva a determinadas categorias de autoridades adjudicantes ou a determinados tipos de contratos”.

Por isso, é equivocado o pensamento tão somente sobre o preço praticado pelo licitante em uma proposta que considere o objeto em si.¹⁹ Preço e custo são coisas diferentes e precisam ser tratados de maneira diversa.²⁰ Ademais, adotar corretamente o critério da proposta economicamente mais vantajosa é um critério apto para assegurar a feitura de políticas secundárias ou horizontais por meio das contratações públicas.²¹

Na linha de o Estado influenciar a matriz produtiva com o seu poder de compra, Juarez Freitas defende que a “proposta mais vantajosa será sempre aquela que se apresentar a mais apta a gerar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais”.²²

Com efeito, Nuno Cunha Rodrigues tenciona que a ponderação do “*Value for Money*” aparece depois da definição de políticas horizontais ou secundárias, “ainda que a adequação destas deva ser procedida de uma análise custo/benefício que não considera, naturalmente, o *Value for Money* da aquisição per se, mas ante o custo/benefício da prossecução da política secundária ou horizontal”.

O autor descreve a dificuldade de os Estados quantificarem os critérios adicionais ou colaterais de tais políticas públicas, o que é chamado na Europa de “*secondori policies*” e nos Estados Unidos de “*collateral policies*”, criando assim uma zona cinzenta aos Estados na busca de achar o equilíbrio (*trade-off*) no julgamento ou nas condições de execução em que de um lado está a prossecução das ditas políticas horizontais e doutro, o “*Value for Money*”.²³

A discussão existente da regulação do papel da busca da proposta economicamente mais vantajosa e seu resultado para a contratação pública reside no seguinte questionamento: até que ponto poderá o Estado afetar o ambiente econômico das empresas e se isso não prejudicará a própria livre concorrência?

¹⁹ FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274, p. 214-215. No mesmo sentido, RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 201.

²⁰ REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. *Obras públicas: manual de planejamento contratação e fiscalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 141. Economicamente pode ser explicado pela seguinte passagem: “Os vários modelos apresentados mostraram que o relacionamento entre o preço de qualquer produto e seu custo pode ser influenciado por muitos fatores: o grau de diferenciação de produto, a possibilidade de coordenação entre os fornecedores etc. Um traço comum a todos estes modelos é o pressuposto de que a empresa individualmente tem em mente um preço-alvo e que este, de modo bem definido, está relacionado ao custo. Também mostramos que um preço, uma vez estabelecido, frequentemente persiste durante algum tempo (formalmente, uma estação), ainda que as condições da procura e custo se tornem diferentes do que era esperado.” (LIVESEY, Frank. *Formação de preço*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 14).

²¹ Ainda que seja comum usar política secundária ou horizontal, este ensaio preferirá denominar como política pública horizontal para evitar uma carga negativa na expressão secundária, como se fosse de segunda linha de importância ou subsidiária à política principal. Igualmente: GOMES, Pedro Cerqueira. *Contratação pública e inovação: o diálogo entre Portugal e a União Europeia*. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 529-531. Saliencia-se que há quem compreenda o adjetivo horizontal para classificar a função da licitação e do contrato, e não da política pública em si, como se depreende da tese FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. Orientadora Prof. Dra. Odete Medauar. 2014. 185 f. Tese (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2014.

²² FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 238.

²³ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 200-204.

Em primeiro lugar, não se assente com critérios residuais ou casuísticos a serem adotados para uma licitação de um órgão ou entidade, mas que exista uma objetividade e neutralidade no uso de tais cláusulas. Como alertado por Rafael Fernández Acevedo e Patricia Valcárcel Fernández, a Diretiva da União Europeia prevê que os métodos usados para avaliar os custos ambientais externos podem ser estabelecidos de acordo com a escala do ambiente (nacional, regional ou local), desde que evitem distorções à concorrência com metodologia “*ad hoc*” e “específica para um caso”.²⁴

Outros custos que devem ser avaliados e clausulados são os referentes à vida útil, substituição e manutenção para então perdurar o sentido econômico da vantajosidade.²⁵ Contudo, não é possível deixar muito aberto ao bel alvitre do administrador público, sob pena de cometer arbítrios sob o suposto fundamento da economicidade.

Por isso, os critérios admitidos pela Diretiva 2014/24 da União Europeia que podem ser valorados pela Administração Pública são: a) critérios qualitativos, ambientais e sociais; b) os relacionados com a experiência do pessoal encarregado da execução do contrato; e c) relativos aos serviços de pós-venda e entrega da prestação.²⁶

Nuno Cunha Rodrigues explicita como lícitas discriminações que reflitam, fundamentalmente, nas especificações técnicas, na capacidade técnica e/ou profissional dos candidatos, nos critérios de adjudicação (julgamento), na definição das condições de execução dos contratos ou na definição das causas de exclusão.²⁷

Com relação ao impacto no mercado concorrencial, afirma-se que podem existir influências sobre a concorrência e que cada atuação estatal impactante deve gerar uma orientação em prol da competição entre os fornecedores.

²⁴ FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274, p. 215-216.

²⁵ GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação: o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 533. É muito importante que os agentes públicos sejam bem capacitados, já que possuem uma racionalidade limitada e os fornecedores aproveitam-se das incompletudes dos editais e dos contratos para renegar a qualidade do serviço, a fim de reduzir seus custos. (LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; ABREU, Mateus Barbosa Gomes. Contratos administrativos e gestão pública: proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 155-176, out./dez. 2014, p. 162). Thiago Pereira de Freitas chega a defender o princípio da nova vantajosidade ou da vantajosidade sustentável, a qual sopesa os custos diretos e indiretos que causem menor impacto negativo e traga maiores benefícios em termos ambientais, econômicos e sociais (FREITAS, Thiago Pereira de. *Sustentabilidade e as contratações públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 157).

²⁶ FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274, p. 229.

²⁷ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 261. Favorável à inserção de critérios sociais, de meio ambiente e de defesa do consumidor poderá estar na fase de determinação do objeto do contrato e de suas especificações técnicas, de seleção do contratista e na execução do contrato. (PALLARÉS, Pedro Luis Martínez. El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos – en especial la inclusión de criterios medioambientales (comentario sobre la sentencia del TSJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia bus Finland OY AB, y Helsigin Kaupunk). In: FELIÚ, José María Gimeno. *Contratación de las administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona: Atelier Administrativo, 2004, p. 161-170, p. 161-163.)

Albert Sánchez Graells, ao refletir criticamente sobre o papel do comportamento de mercado do comprador público, adverte que as autoridades públicas deveriam mudar de perspectiva e serem mais conscientes dos efeitos de suas decisões, por isso, recomenda que não seria possível restringir o acesso às licitações, nem poderia interferir no resultado da competição pura entre os competidores, como tampouco deveria permitir a alteração do certame durante a execução contratual com renegociações, alterações ou outras medidas impactantes no negócio jurídico.²⁸

Com o devido respeito, não parece acertado o ponto de vista exclusivo da concorrência. Esta deverá se adaptar ante a regulação estatal e acima de tudo não é um super ou ultraprincípio, merecendo conviver harmonicamente com outros princípios, valores e regras. Seja pela ideia de o princípio da livre concorrência não ser de caráter absoluto, como dito por José Pernas J García,²⁹ ou pela contratação a partir de um comércio justo que respeite de maneira equivalente a igualdade de trato, transparência e não discriminação injustificada, como censura Teresa Medina Arnáiz,³⁰ o intervencionismo estatal é condição para a própria sobrevivência do mercado competitivo.³¹ Sem regulação estatal, o mercado se autoflagela.³²

Outro viés é que a força do Estado, como ator no cenário das compras públicas e diante do alto valor consumido, fará com que o mercado se adapte. Depende de como se usa tal potência. Conforme anota Richard Swedeberg, o poder econômico “representa a probabilidade de que um ator possa fazer com que outros atores dediquem suas energias voluntariamente a alguma tarefa, por meio da oferta de dinheiro (em contraste com outras formas de poder que operam por meio de autoridade ou coerção)”, eis aqui para transluzir a importância seja de medidas de direção ou de ações fomentadoras.³³

²⁸ SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 275-298, 296.

²⁹ GARCÍA, J. José Pernas. La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 345-379, p. 346.

³⁰ ARNÁIZ, Teresa Medina. Comercio justo y contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (dir.). *Contratación pública estratégica*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 249-281, p. 277.

³¹ Explicitando o duplo objetivo de forma a abranger tanto a concorrência interna quanto externa, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Filipe Starke explicam: “(...) Direito Concorrencial os Estados buscam dois tipos de objetivos (ainda que estes objetivos possam se desdobrar em outros): de um lado regular a concorrência interna, dentro de sua jurisdição, de forma que o mercado não gere monopólios e não se feche para a entrada de novas empresas; de outro lado, paradoxalmente, incentivar as concentrações empresariais e os monopólios, de forma a favorecer a concorrência em escala mundial relativamente aos grandes grupos empresariais incentivados pelos Estados ou comunidades nos quais concentram suas riquezas.” (STARKE, Felipe; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Eficiência e concentração empresarial: o caso do setor de bebidas frias. In: CLARK, Giovanni; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SILVA, Maria Stela Campos da (org.). *Direito e economia*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 225-251, p. 227.

³² “No mundo real existem quatro características principais que dificultariam, ou até mesmo impossibilitariam, a obtenção da produção ótima através do setor privado. Assim, o governo emerge como um elemento capaz de intervir na alocação de recursos, atuando paralelamente ao setor privado, procurando estabelecer a produção ótima dos bens e serviços que satisfaçam às necessidades da sociedade. As quatro características que podem ser consideradas como falhas do mecanismo de mercado em atender às necessidades da sociedade são: indivisibilidade do produto; externalidades; custo de produção decrescente e mercados imperfeitos; riscos e incertezas na oferta de bens” (RIANI, Flávio. *Economia no setor público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 26-27).

³³ SWEDBERG, Richard. Markets in Society. In: SMELSER, Neil J.; SWEDBERG, Richard. *The handbook of economic sociology*. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 233-253, p. 233.

Posto isso, não se configura qualquer prejuízo ao exercício da atividade econômica ou liberdade da iniciativa. A liberdade de iniciativa e a livre concorrência não podem avultar outros vários valores presentes no ordenamento jurídico como é o caso do meio ambiente ou da diminuição das desigualdades regionais e sociais.³⁴

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135, que tratou sobre as mudanças no Código Florestal, em especial sobre a reserva legal, destacou que o desenvolvimento nacional e a preservação do meio ambiente devem possuir um justo equilíbrio, a fim de balancear as exigências da economia e as da ecologia.³⁵ Os princípios da concorrência, do desenvolvimento nacional sustentável e da isonomia deverão ser utilizados conforme a regra da proporcionalidade para encontrar a adequação, necessidade e justeza da medida, o que torna favorável o uso da contratação pública para a busca de tais fins persecutados nas mais diversas políticas horizontais, as quais se resumem à política industrial, política ambiental, política social, política regional e política criminal.³⁶

De todo modo, a análise financeira que residiria na mera aferição do preço ofertado não pode se sobrepor à escorreita análise econômica para encontrar a proposta mais vantajosa, pois os critérios da qualidade, impacto social, ambiental, tecnológico, inovativo e outros deverão possuir serventia para o julgamento dos licitantes.³⁷

³⁴ “A União Europeia não goza de discricionariedade absoluta quanto ao enquadramento da prossecução de políticas horizontais ou secundárias. Encontra-se limitada pelos princípios de competência, de subsidiariedade e de proporcionalidade sabendo-se, neste domínio, que a actuação da UE exerce-se segundo regras de competência exclusiva e de competência partilhada.” RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 254. Paula Forgioni explica ainda que “o Direito à Concorrência também não significa desprezo a objetivos sociais ou ambientais, isto porque são finalidades, além de outros, de tal ramo a redistribuição de renda, a proteção das pequenas empresas, a proteção dos trabalhadores, o bem-estar do consumidor, a obtenção de resultados econômicos desejáveis, a promoção de concorrência, a promoção de condutas locais e a ampliação da capacidade competitiva das empresas nacionais.” (FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 160-161).

³⁵ “A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. (...) A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. – O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 3.540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01.09.2005, DJ 03.02.2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528).

³⁶ “O princípio da proporcionalidade exige que qualquer medida escolhida seja ao mesmo tempo necessária e apropriada à luz do objetivo a alcançar. Os Estados membros devem optar, na escolha das medidas, pelas que comportarem o menor grau de perturbação para o exercício de uma atividade econômica, como foi afirmado pelo TJ.” RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 258.

³⁷ Sobre a análise macro da concorrência na União Europeia, convém alvitrar do Acórdão de 11.12.2007 – Processo C-438/05, que versava sobre a incidência da convecção coletiva com um sindicato de um Estado e sua aplicabilidade numa filial em outro Estado-membro, pois a passagem da fundamentação deixa claro que a preocupação no

Ainda que o menor preço por si seja mais fácil e objetivo pela ausência de maiores elucubrações, o fato é que o seu contínuo uso desmesurado prejudicará o interesse público com execuções contratuais inadequadas ou gastos maiores em geral (outras searas) para o Estado³⁸ ou, ainda, como aponta Antonio García Jiménez, pode incentivar estruturas oligopolísticas, aumento proposital de preços a médio prazo e com isso esfacela o erário e conseqüentemente o interesse público.³⁹

Como explica Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, a contratação pública deve encarar o contratado como um colaborador do setor público que tem a missão de contribuir também para a obtenção de resultados sociais, de humanização da realidade, de fortalecimento da dignidade do ser humano e de seu entorno. Complementa que, por tais razões, é indispensável que a complexa ação pública, por via das compras públicas, deve contribuir de maneira direta e permanente para a melhoria das condições de vida das pessoas em conformidade com a dimensão solidária e ambiental.⁴⁰

O referido ideário encontra eco no ordenamento jurídico, a partir da prescrição normativa dos artigos 1º e 3º da Lei Maior, quando trata dos fundamentos e dos objetivos fundamentais, já que acolá elenca a dignidade da pessoa humana, o bem-estar, a diminuição das desigualdades regionais e sociais e o desenvolvimento humano, portanto, qualquer atuação estatal, inclusive aquelas direcionadas para o domínio econômico, deverá vergar para tais fundamentos de validação.

3 Conclusão

Diante dos argumentos apresentados e da sua relevância prática para a consecução do atendimento das necessidades públicas que ensejam as compras públicas, é incontestado que a Administração Pública deverá executar uma análise econômica das propostas, já que a aferição financeira deverá acontecer em conjunto com os critérios da qualidade, impacto social, ambiental, tecnológico, inovativo, entre outros.

Conseqüentemente, a atuação estatal direcionando e fomentando a atuação dos agentes públicos quando da fase preparatória da licitação para seguir esse vetor de análise econômica das propostas se desvela como imprescindível para o cumprimento do objetivo exposto no inciso I do artigo 11 da Lei nº 14.133/2021, “seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública”.

mercado concorrencial deve ser transcendental, alcançando também a área social: “Dado que a Comunidade tem, deste modo, não só uma finalidade econômica mas igualmente uma finalidade social, os direitos que resultam das disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais devem ser ajustados aos objectivos prosseguidos pela política social, entre os quais figura, designadamente, como resulta do artigo 136º, primeiro parágrafo, CE, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua igualização no progresso, uma protecção social adequada e o diálogo social”. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=71495&doclang=PT>. Acesso em: 5 mar. 2019.

³⁸ REIS, Luciano Elias. O mantra do menor preço a qualquer custo nas licitações *Revista Consultor Jurídico*, 23 de março de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-23/luciano-reis-mantra-menor-preco-qualquer-custo>.

³⁹ GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio. *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*. Madrid: Tecnos: 2018. p. 283-284.

⁴⁰ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (dir.). *Contratación pública estratégica*. Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 31-44, p. 43-44.

Referências

- ARNÁIZ, Teresa Medina. Comercio justo y contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (dir.). *Contratación pública estratégica*. Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 249-281.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- EMERY, Emerson Baldotto. *Desenvolvimento sustentável: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. Orientadora Prof. Dra. Odete Medauar. 2014. 185 f. Tese (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2014.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274.
- FINGER, Ana Claudia; QUETES, Regeane Bransin. Licitações e contratos administrativos sustentáveis como um instrumento de concretização da supremacia do interesse público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 105-131, jul./set. 2014.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FREITAS, Thiago Pereira de. *Sustentabilidade e as contratações públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio. *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*. Madrid: Tecnos, 2018.
- GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555.
- LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; ABREU, Mateus Barbosa Gomes. Contratos administrativos e gestão pública: proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 155-176, out./dez. 2014.
- LIVSEY, Frank. *Formação de preço*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- MISES, Ludwig Von. *Caos planejado: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo*. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017.
- MOLINA, José Antonio Moreno; ALONSO, Alma Patricia Domínguez. El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 139-164.
- MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (dir.). *Contratación pública estratégica*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 31-44.
- NEGÓCIOS PÚBLICOS. *Infográfico – Informativo do Instituto Negócios Públicos – Compras Públicas*. Curitiba: Negócios Públicos, 2017.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. *Manual de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- PALLARÉS, Pedro Luis Martínez. El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos – en especial la inclusión de criterios medioambientales (comentario sobre la sentencia del TSJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia bus Finland OY AB, y Helsigin Kaupunk). In: FELIÚ, José María Gimeno. *Contratación de las administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona: Atelier Administrativo, 2004, p. 161-170.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. A tecnologia na atividade contratual do Estado. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 269-298.

REIS, Luciano Elias. O mantra do menor preço a qualquer custo nas licitações *Revista Consultor Jurídico*, 23 de março de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-23/luciano-reis-mantra-menor-preco-qualquer-custo>.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. *Obras públicas: manual de planejamento contratação e fiscalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RIANI, Flávio. *Economia no setor público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015.

ROSSETTI, Suzana M. *Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público. In: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 275-298.

SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

STARKE, Felipe; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Eficiência e concentração empresarial: o caso do setor de bebidas frias. In: CLARK, Giovani; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SILVA, Maria Stela Campos da (Org.). *Direito e economia*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 225-251.

SWEDEBERG, Richard. Markets in Society. In: SMELSER, Neil J.; SWEDBERG, Richard. *The handbook of economic sociology*. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 233-253.

UNIÓN EUROPEA. *Adquisiciones ecológicas: manual sobre la contratación pública ecológica*. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (disponível em: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf).

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA, Daniel; REIS, Luciano Elias. Análise financeira *versus* análise econômica: uma visão sistêmica da contratação administrativa. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 245-256. ISBN 978-65-5518-581-2.

O ESTADO REGULADOR DAS INOVAÇÕES

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
KHAREN KELM HERBST

1 Introdução

Na busca por eficiência, o Estado assumiu a função de regulador das atividades econômicas. No dinamismo do mundo globalizado e altamente concorrencial, as empresas estão sempre buscando vantagens competitivas, diferenciais e ganhos de produtividade ou lucratividade, que são gerados por meio de inovações.

As inovações, por sua vez, geram um aumento da complexidade que vem acompanhado de novos desafios para a atuação estatal, principalmente quando as inovações não se enquadram nas estruturas regulatórias ou institucionais já existentes.

É sabido que a realização de negócios pautada exclusivamente por meio das forças do mercado não é capaz de conduzir invariavelmente aos melhores resultados, pois há situações em que os exacerbados custos de transação podem – e devem – ser mitigados por uma regulação adequada. Mas se a estrutura de incentivos ou as intervenções não forem adequadas, há um potencial de aumento do risco no mercado regulado, resultando na criação de outras falhas de mercado e no desencorajamento aos investimentos.

O presente artigo busca responder aos questionamentos sobre como e quando regular as atividades econômicas inovadoras, ou seja, quais são os limites da intervenção estatal. Sob a perspectiva da Nova Economia Institucional, esclarece-se que a intervenção deve ocorrer quando for capaz de reduzir os custos de transação, sendo que essa redução é possível quando se compreende a racionalidade dos agentes econômicos, democratizando os processos de tomada de decisão, para otimizar a formulação do arranjo institucional vigente.

Inicia-se por uma análise da transformação do papel do Estado, em seguida, passa-se a expor as diretrizes da atuação do Estado-regulador, para, ao final, tratar dos mecanismos aplicáveis à regulação das inovações.

2 O Estado maximizador de resultados

Nas últimas três décadas, as concepções quanto ao papel do Estado diante da nova realidade mundial vêm se alterando. Afinal, o processo de transformação do Estado é constante, assim como a evolução da civilização, em que o setor público abandona algumas funções e assume outras.¹

Mais precisamente no final da década de 1990, seguindo uma tendência mundial, o Estado brasileiro, desde a instituição do Plano Nacional de Desestatização, passou a adotar um novo modelo gerencial de Administração Pública, afastando-se do papel de Estado-empresário, ou seja, reduzindo a opção pela responsabilidade direta pela produção de bens e serviços, para se fortalecer na função de promoção, fiscalização e regulação do desenvolvimento econômico e social, transferindo para o setor privado as atividades que podem ser desempenhadas de forma satisfatória pelo mercado² ou pela esfera exclusivamente privada, apresentando-se como Estado-regulador.

Nesse sentido, torna-se:

[...] o Estado Social-Liberal, que é social porque mantém suas responsabilidades pela área social, mas é liberal porque acredita no mercado e contrata a realização dos serviços sociais de educação, saúde, cultura e pesquisa científica de organizações públicas não estatais que financia a fundo perdido com orçamento público.³

A Administração Pública indireta tem por reconhecida a sua relevância desde então, notadamente por meio da criação das agências reguladoras, que são autarquias de regime especial, dotadas de maior especialização técnica compatível, em princípio, com o arcabouço institucional voltado à regulação eficiente.⁴ Isso porque o princípio da eficiência, pertencente ao rol dos princípios da Administração Pública (EC nº 19, de 04.06.1998), “disciplina a atividade administrativa nos seus resultados e não apenas na sua consistência interna”.⁵ Esse modelo gerencial de Estado busca justamente a maximização dos resultados mediante a utilização eficiente de recursos escassos.

No campo das teorias econômicas, especialmente sob a batuta da Nova Economia Institucional, a teoria dos custos de transação⁶ trata das razões pelas quais uma organização (que pode ser pública ou privada, empresa ou partido político e muitas outras) decide internalizar ou não determinadas atividades. Segundo a teoria de Ronald Coase, os agentes⁷ (aqui incluído o Estado), em sua tomada de decisão, analisam os custos envolvidos enquanto buscam pela maior eficiência econômica e maximização de

¹ PIMENTA, Carlos Cesar. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. *Revista de Administração Pública (RAP-FGV/EBAPE)*. Rio de Janeiro, 32(5), p. 173-199, set./out., 1998, p. 178.

² BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado*. Brasília, 1995, p. 11-12.

³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*. São Paulo: editora 34, 1996, p. 14.

⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 342.

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 35, p. 143-158, dez. 2000, p. 153.

⁶ COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica, New Series*, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

⁷ Agentes econômicos são compreendidos como todos aqueles indivíduos ou entidades cuja conduta surte efeitos no ambiente econômico.

resultados, sem deixar de considerar que há custos para que as próprias decisões sejam tomadas racionalmente,⁸ assim como parâmetros de eficiência para além da busca do melhor resultado meramente matemático.

Oliver Williamson,⁹ aprofundando essa teoria, classificou os custos de transação em *ex ante* e *ex post*. Os custos *ex ante*, ou seja, anteriores à realização da transação propriamente dita, dizem respeito àqueles de busca e localização da outra parte (cliente ou fornecedor), obtenção de informações, pesquisa de alternativas, processo de negociação e barganha, redação do contrato e sua salvaguarda. Os custos *ex post*, que são verificados após a realização da transação, são os custos de monitoramento e execução do contrato, podendo incluir a manutenção ou correção do que foi estabelecido entre as partes.¹⁰

Portanto, de modo a realizar as transações, necessita-se descobrir quem é a outra parte com a qual se deseja negociar, informar as pessoas acerca da disposição de negociar e em quais termos, conduzir as negociações, barganhar, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, custosas.¹¹ Por outro lado, a elaboração de normas também não é isenta de custos. Custos para manter os órgãos legisladores ou regulamentadores, o aparato de fiscalização, o custo para o preparo dos agentes – já que informação também pode estar associada a custos.

Esses custos variam conforme a organização e coordenação da atividade, das quais resultam diferentes alocações dos recursos disponíveis, produtivos ou públicos. Pode haver redução de custos quando se organiza a atividade em relações de hierarquia – como seria o Estado que assume e centraliza todas as funções –, mas a internalização excessiva pode ser prejudicial e acarretar custos ainda maiores, notadamente quando demandam especialização para a execução com eficiência.

Portanto, quando o Estado decide transferir ou descentralizar algumas de suas funções, deixando de ser o Estado-empresário e passando a ser o Estado-regulador, o faz buscando maior eficiência e maximização de resultados, sopesando custos e benefícios.

É preciso, também, considerar que quando há aumento da complexidade, há aumento dos custos de transação, pois surge a necessidade de pesquisas mais aprofundadas e há riscos maiores em decorrência da assimetria informacional, tal como ocorre em um cenário de inovações.

Considerando o dinamismo econômico em um mundo globalizado e altamente concorrencial, as empresas estão sempre buscando vantagens competitivas, diferenciais e ganhos de produtividade ou lucratividade, que podem ser gerados por meio de inovações.

A inovação surge quando novidades são introduzidas aos produtos, serviços, processos, modelos de negócios, entre outros, alterando ou aprimorando a forma como

⁸ ALVES, Giovanni Ribeiro Rodrigues. *Operações de compra e venda de empresas sob a perspectiva da economia comportamental: previsibilidade do erro e intervenção*. Tese de doutorado. 219f. Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2019, p. 28.

⁹ WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985, p. 19.

¹⁰ WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1985, p. 20-21.

¹¹ COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, The University of Chicago Press, p. 1-44, October, 1960, p. 12.

se apresenta ou se utiliza, agregando novas soluções, maiores benefícios e valor para os consumidores ou usuários.

Há, ainda, a chamada inovação disruptiva, quando é capaz de enfraquecer ou substituir indústrias, empresas, produtos ou serviços estabelecidos no mercado.¹² Joseph Schumpeter¹³ cunhou o conceito da destruição criativa, compreendido como intrínseco ao sistema econômico capitalista, em que há a destruição de antigas estruturas, *modus operandi* e lógicas econômicas, para a criação de novas, que as substituirão. Esse seria um movimento revolucionário que pode ocorrer em maior ou menor escala, setorizado ou não, mas que é inegavelmente constante.

O autor¹⁴ também menciona a eficiência adaptativa das organizações aos contextos disruptivos: as empresas precisam adaptar as suas estratégias de negócios em processos cíclicos, e o Estado, buscando uma intervenção regulatória eficiente, precisa dispor de análises dinâmicas para ajustar a interpretação e aplicação de seus institutos, considerando a existência de inovações tecnológicas e seus efeitos.

O Estado, afinal, é o povo organizado politicamente. Há quem considere, no âmbito econômico, que o povo seja formado pelos chamados *homo economicus* – conforme conceito da teoria econômica neoclássica,¹⁵ que idealizou o agente econômico racional cujo comportamento e decisões se dão sempre pautados pelo autointeresse. Outras correntes, e dentre as quais se enquadra a Nova Economia Institucional, mudaram a visão tradicional para admitir que as racionalidades não são perfeitas, que as instituições (regras do jogo) moldam os comportamentos e que nem sempre a opção individualista irá efetivamente assegurar a maximização dos resultados, sua utilidade e bem-estar. De toda forma, em relação ao Estado contemporâneo, espera-se que aja sob premissas de racionalidade, norteadas pela diretriz de economia de recursos escassos e busca pela maximização dos resultados no exercício de suas funções e consecução de seus fins.

3 Fundamentos e diretrizes para a regulação

Ainda que a atividade econômica seja exercida precipuamente pela iniciativa privada no Estado-regulador, o interesse público continua sendo resguardado pela Administração pública, direta e indireta, que tem esse poder-dever, ou seja, o Estado tem o dever de atender o interesse público, e o poder é um instrumento para esse atendimento – o poder é exercido como um dever vinculado a tal fim.¹⁶

Portanto, entre as razões para regular está primordialmente a preservação do interesse público, incluindo a proteção dos direitos fundamentais, que podem ser afetados por inovações:

¹² CORTEZ, Nathan. Regulating disruptive innovation. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 29:175, 2014, p. 175 e 177.

¹³ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy*. ePub, Edição Kobo, cap. 1, posições 11-12/24. ISBN: 9781617208683. EUA, 2015.

¹⁴ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy*. ePub, Edição Kobo, cap. 1, posições 11-12/24. ISBN: 9781617208683. EUA, 2015.

¹⁵ THALER, Richard. *From Homo Economicus to Homo Sapiens*. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 133-141, 2000.

¹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 160.

Os direitos fundamentais, que, em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, constituem valores eternos e universais, que impõem ao Estado fiel observância e amparo irrestrito. [...] os direitos fundamentais representam o núcleo inviolável de uma sociedade política, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente, mas efetivados materialmente e de forma rotineira pelo Poder Público.¹⁷

A Constituição Federal brasileira contempla três dimensões (segundo a doutrina majoritária¹⁸) de direitos fundamentais: (i) de primeira geração, correspondente aos direitos e garantias individuais, civis e políticos, também chamados de direitos de liberdade (incluindo as liberdades de iniciativa, de circulação, de expressão, de religião, de propriedade, de vida); (ii) de segunda geração, que são os direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à saúde, à educação, à previdência, ao trabalho digno, ao transporte, entre outros; e (iii) de terceira geração, abrangendo direitos coletivos e difusos, chamados de direitos de solidariedade ou de fraternidade,¹⁹ tais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Pode-se dizer que os direitos de primeira geração estão relacionados a necessidades de abstenções do Estado, e os direitos de segunda e terceira gerações estão relacionados à necessidade de prestação positiva por parte do Estado.

Para Robert Alexy,²⁰ há uma diferença estrutural entre direitos a abstenções e direitos a prestações estatais. As liberdades, ao exigirem, sobretudo, uma abstenção, vedam toda e qualquer medida estatal que afronte essa liberdade. Já os direitos a prestações, sociais e coletivos, em sentido amplo, exigem medidas estatais que sejam eficazes para concretizá-los.

Portanto, diante do surgimento de inovações que constantemente transformam a forma de produção e circulação de bens e serviços, a atuação do Estado deve resguardar os direitos fundamentais de segunda e terceira geração, sem inibir os direitos de primeira geração. O desafio, então, é encontrar o grau ou forma mais apropriada para a intervenção estatal, inclusive para não obstaculizar o surgimento de outras inovações.²¹

Para resguardar os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, o ordenamento jurídico já conta com diversos institutos aplicáveis para que as inovações respeitem certos limites intransponíveis. De fato, a tendência do direito não é ser

¹⁷ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. *Revista da EMERJ*, v. 12, n. 46, p. 126-140, 2009, p. 126.

¹⁸ Para além das três dimensões, há autores que idealizam os conceitos de quarta, quinta e sexta dimensão. Todavia, não há um consenso sobre o tema. Neste sentido: (i) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; (ii) FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2019; (iii) BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁹ GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, p. 125.

²⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 454.

²¹ Há, inclusive, previsões normativas no sentido de incentivar as inovações, tais como a Lei nº 10.973/2004, e outras em âmbito estadual.

prospectivo, mas sim procurar a solução das novas questões dentro do seu próprio arsenal de instituições.²²

Como exemplo, a segurança digital e a proteção de dados se baseiam nos institutos dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (inc. X do art. 5º da Constituição Federal). Garantir a proteção desses direitos, entretanto, pode exigir a elaboração de regras relativas aos procedimentos e formas de exercer a atividade econômica, até mesmo para possibilitar o monitoramento pelo poder público.

Todavia, nem sempre as inovações vão se enquadrar adequadamente nas estruturas regulatórias ou institucionais já existentes, podendo demandar a revisão ou criação de novas regras.

Isso porque, em que pese o *homo economicus* busque a maximização dos resultados, os agentes econômicos reais estão sujeitos à racionalidade limitada, principalmente, em decorrência da limitação de recursos (tempo, informações, ativos financeiros, etc.), que o auxiliariam a tomar a decisão que garantiria os melhores resultados. Segundo Herbert Simon,^{23 24} a racionalidade é limitada devido à complexidade do mundo.

A discussão inicial sobre o comportamento do indivíduo é tratada em relação à posse de informações, denominada de racionalidade dos agentes econômicos. A racionalidade envolve o conjunto de informações, conhecimentos e hábitos a disposição do indivíduo e que formam a base lógica a qual permitirá ao mesmo tomar decisões, agir e realizar estratégias.²⁵

A assimetria informacional pode dar vazão ao comportamento oportunista, que ocorre quando há uma ação intencional em que os agentes econômicos agem em benefício próprio aproveitando-se da informação incompleta, lacunas ou omissões contratuais em detrimento daqueles com quem realizam a transação.²⁶

A racionalidade limitada pode embasar decisões enviesadas ou equivocadas, bem como as atividades econômicas podem ocasionar ou se aproveitar de falhas de mercado e gerar externalidades negativas – também chamada de custo externo, quando há um efeito negativo a terceiro(s) não relacionado(s), resultante da produção, circulação ou consumo de um bem ou serviço –, intencionais ou não. Tudo isso gera aumento dos custos de transação e prejuízos ao funcionamento dos mercados.

Conclui-se, por isso, que a realização de negócios pautada exclusivamente por meio das forças do mercado não é capaz de conduzir invariavelmente aos melhores resultados, pois há situações em que os exacerbados custos de transação podem – e devem – ser mitigados por uma regulação adequada.

A visão de Amartya Sen²⁷ se coaduna com esse entendimento ao afirmar que as falhas devem ser enfrentadas, não suprimindo os mercados, mas permitindo que

²² GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul; DE SUTTER, Laurent. *The trouble with technology regulation from a legal perspective*. Why Lessig's 'optimal mix' will not work. Oxford Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes. 2008.

²³ SIMON, Herbert. Bounded Rationality. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics*. v. 1 London: MacMillan Press, 1987, p. 266.

²⁴ SIMON, Herbert. *Models of Man*. New York: John Wiley & Sons, 1957, p. 198.

²⁵ STEINGRABER, Ronivaldo; FERNANDEZ, Ramon Garcia. A racionalidade limitada de Herbert Simon na Microeconomia. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*, São Paulo, n. 34, p. 123-162, fev. 2013, p. 125.

²⁶ WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985, p. 47.

²⁷ SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Knoph, 2000, p. 142.

funcionem melhor com uma suplementação adequada, a depender profundamente dos arranjos políticos e sociais em vigor.

Por outro lado, se a estrutura de incentivos ou as intervenções não forem adequadas, há um potencial de aumento do risco no mercado regulado, de criação de outras falhas e de que os investimentos sejam desencorajados.

Segundo Robert Cooter e Hans-Bernd Schafer,²⁸ a inovação traz consigo o problema da confiança entre os inovadores com ideia e os financiadores com capital para investir nessas ideias, e as melhores soluções para isso estão no Direito. Em países com instituições legais fracas, a cooperação econômica entre dois agentes, para investir em inovação, geralmente envolve sujeitos com laços pessoais e convívio próximo, por ser naturalmente o ambiente no qual existe a confiança. Entretanto, muitas pessoas não possuem parentes ou amigos suficientes para escalar o negócio até atingir um alto fluxo do mercado. O direito comercial, contratual e os direitos de propriedade claros e bem definidos tornam possível a extensão da operação da busca por investidores a terceiros estranhos, tornando a inovação mais frequente, as organizações maiores e os mercados mais amplos. Ideias e capital devem se unir, e o Direito transmite a confiança que produz essa união.²⁹

A gestão da inovação, portanto, invariavelmente passa pela regulação – seja para incentivar a criação, agregar maior valor ou para permitir o pleno funcionamento do mercado em que será comercializada.

Mas deve-se evitar que a regulação imponha procedimentos burocráticos, restrições excessivas ou desnecessárias, para que o mercado não se torne engessado e isso dificulte seu desenvolvimento, tornando-se contraproducente.

Para isso, é preciso analisar como os agentes econômicos respondem às estruturas de incentivos diversas, influenciando as suas tomadas de decisões e ditando a dinâmica do mercado. É importante ressaltar que qualquer regulação que pretenda deter as inovações apenas sufocaria o desenvolvimento do setor. Por isso, as liberdades são relevantes, mas precisam ser orientadas para os melhores resultados.

Quando o regulador falha em acompanhar as mudanças de um mercado, permanecem duas opções inadequadas: (i) a primeira, seria preservar o *status quo* regulatório e banir qualquer inovação, seja uma nova prática ou entidade que não se encaixe nitidamente na estrutura existente; (ii) a segunda seria decidir que regular as inovações é muito difícil, e permitir que um setor operasse desregulado.³⁰

Compete aos reguladores agir tempestiva e oportunamente – o que não é sinônimo de rapidez – e ofertar os meios para que as melhores escolhas sejam feitas pelos agentes econômicos. É nesse ponto que a intervenção regulatória se justifica. Entretanto, os reguladores, muitas vezes, também estarão sujeitos a racionalidade limitada e assimetria informacional, de forma a que as regras deverão ser revistas a partir dos resultados produzidos no mercado.

²⁸ COOTER, Robert; SCHAFFER, Hans-Bernd. *O nó de Salomão: Como o Direito pode erradicar a pobreza das nações*. Curitiba: CRV, 2017, p. 22.

²⁹ COOTER, Robert; SCHAFFER, Hans-Bernd. *O nó de Salomão: Como o Direito pode erradicar a pobreza das nações*. Curitiba: CRV, 2017, p. 23-24.

³⁰ BAIKIE, Timothy; STERN, Tracey; JENSEN, Maureen. A framework for responsive market regulation. HFT, Dark Pools and Electronic Trading: Assessing Regulatory Approaches and Unintended Consequences. *Research Centre of St. John's College, Oxford, UK*. April 20-22, 2017, p. 2.

Em diversos momentos, portanto, será necessária a elaboração de novas regras ou revisão de regras existentes. Nesse sentido, Douglass North³¹ sustenta que as instituições formais e informais são criadas para limitar e ordenar as interações humanas ao definir a estrutura de incentivos aplicável a esses contextos. Com isso, as instituições podem moldar os comportamentos e interferir nos resultados e no desenvolvimento econômico e social. Portanto, por meio das instituições é possível estabelecer mecanismos que reduzam custos de transação.

A título exemplificativo, o fato de haver leis que disciplinem relações entre particulares faz com que, em tese, ao menos na parte disciplinada pela lei, os contratantes não precisem discriminar com minúcia determinados comportamentos em cada instrumento que é celebrado, o que o torna menos suscetível às falhas de racionalidade humana e menos custoso para elaboração. [...] As instituições, ao limitar a liberdade das escolhas humanas (como por meio de uma norma restritiva de comportamento) devem servir de instrumentos de redução de custos (daí a conexão com as teorias voltadas aos custos de transação), já que dispensarão, ao determinar ou restringir condutas (e desde que os sujeitos prestigiem os seus comandos), custos normalmente relacionados às escolhas.³²

Por outro lado, arcabouços institucionais de baixa qualidade e intervenções setoriais inoportunas podem aumentar o risco nos mercados regulados e dificultar ou afastar investimentos.³³

As instituições jurídicas podem interferir, desde que seja para estimular o potencial desenvolvimento, criando normas que aprimorem o funcionamento dos mercados.³⁴ Essas instituições são as regras do jogo,³⁵ e é de extrema relevância que sejam justas, claras e que facilitem o bom desenvolvimento desse jogo, em vez de estorvar os jogadores (agentes econômicos).

O Direito possui grande influência no potencial de desenvolvimento. Boas leis têm o poder de direcionar a energia dos negócios e alavancar a economia, enquanto que leis ruins podem frear a realização de negócios e consequentemente, o desenvolvimento.³⁶

Deve-se ter em mente que construir uma sociedade livre e garantir o desenvolvimento nacional são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme previsão do art. 3º da Constituição Federal, portanto, há uma demanda por atuação estatal nesse sentido.

³¹ NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 130.

³² ALVES, Giovanni Ribeiro Rodrigues. *Operações de compra e venda de empresas sob a perspectiva da economia comportamental: previsibilidade do erro e intervenção*. Tese de doutorado. 219f. Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2019, p. 38.

³³ BRAGANÇA, Gabriel G. Fiuza de. Risco regulatório no Brasil: conceito e contribuição para o debate. *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 7, jan./jun. 2015, p. 75.

³⁴ COOTER, Robert; SCHAFFER, Hans-Bernd. *O nó de Salomão: Como o Direito pode erradicar a pobreza das nações*. Curitiba: CRV, 2017, p. 22.

³⁵ NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 130.

³⁶ COOTER, Robert; SCHAFFER, Hans-Bernd. *O nó de Salomão: como o Direito pode erradicar a pobreza das nações*. Curitiba: CRV, 2017, p. 22.

4 Regulando a inovação

Quando um arranjo institucional vigente se depara com novas formas de operação econômica e inovações disruptivas, surgem os questionamentos sobre como e quando regular, ou seja, quais são os limites da intervenção estatal.

Laurence Lessig³⁷ trata de quatro modalidades de regulação: a lei ou outros atos normativos (instituições formais), as normas sociais (instituições informais), os mercados e a arquitetura tecnológica. A regulação ótima seria atingida quando essas modalidades são articuladas alcançando o objetivo esperado em cada contexto.

Tratando-se das instituições formais – objeto do presente artigo –, há uma diversidade de técnicas regulatórias e ferramentas das quais a Administração Pública pode se utilizar para estabelecer uma regulação de qualidade. Nesse sentido, o processo regulatório é uma tecnologia em si,³⁸ que também passa por inovações e melhorias constantemente, auxiliando nas tomadas de decisões sobre a intervenção estatal, sua forma e justificativa, para vencer os desafios de harmonização, celeridade e oportunidade da regulação.

Regulação eficiente, sob a perspectiva da Nova Economia Institucional, é aquela que reduz custos de transação, sendo que essa redução é possível quando se compreende a racionalidade dos agentes econômicos para otimizar a formulação do arranjo institucional vigente. Trata-se de repensar não apenas o grau de interferência estatal, mas também a forma de interferir.

Considerando que a inovação é um processo de transformação, a regulação deve ser responsiva, ou seja, o Estado regulador deve estar atento à evolução do cenário e da dinâmica a ser disciplinada, inclusive para verificar se há, de fato, necessidade de alguma norma ou intervenção, pois a primeira alternativa (*baseline option*³⁹) será sempre a opção por não intervir e não regular – enquanto não forem identificadas falhas de mercado, perdas de bem-estar, problemas regulatórios ou afronta a direitos que demandem uma tutela estatal específica.

John Braithwaite,⁴⁰ teórico da regulação responsiva, elencou nove princípios que devem ser seguidos pelos reguladores: (i) pensar no contexto, pois responsividade é flexibilidade; (ii) estruturar diálogos para construir comprometimento e entender motivações; (iii) encarar a resistência ao *compliance* como sinal de que algo pode estar errado com o desenho regulatório, e priorizar ajustes nos incentivos e capacitação dos regulados previamente a sanções; (iv) recompensar comprometimento apoiando inovações e melhorias contínuas, para que sejam atingidos novos patamares de excelência; (v) sinalizar a preferência por alcançar resultados e progresso por meio de apoio à capacitação; (vi) sinalizar que há uma pirâmide de sanções escalável até a

³⁷ LESSIG, Laurence. The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 501-546, 1999. LESSIG, Laurence. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999. LESSIG, Laurence. *Code version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

³⁸ WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in society*, 26, 483-500, 2004, p. 484.

³⁹ EUROPEAN COMMISSION. *Better Regulation Toolbox*. Toolbox 15: Risk Assessment and Management, Brussels, 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-15_en_0.pdf.

⁴⁰ BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. Hein Online. *University of British Columbia Law Review*, v. 44, n. 3, 2011.

mais rigorosa; (vii) criar governança em rede; (viii) induzir a responsabilidade ativa dos agentes econômicos para que adotem uma conduta mais acertadas no futuro, ou, residualmente, optar pela responsabilidade passiva, com sanções pela conduta passada; (ix) aprender e avaliar os resultados que foram alcançados e a que custo, para definir novos problemas regulatórios e soluções.

Em meio às inovações regulatórias – que buscam acompanhar as inovações mercadológicas –, alguns mecanismos vêm ganhando espaço para promover a responsividade, ou seja, a capacidade de o regulador absorver novos problemas, novas forças do ambiente econômico, novas demandas e expectativas dos agentes, que surgem a todo momento.

Um desses mecanismos é o tripartismo,⁴¹ que trata da ampliação da participação ativa da sociedade civil organizada e da interação entre regulador e regulado, de forma a que cada uma dessas partes possa conhecer e controlar as capacidades e fragilidades do outro, contrabalançando o exercício do poder, resultando em múltipla legitimação de eventual intervenção.

A participação do regulado e da sociedade civil é relevante, pois a capacidade e efetividade do regulador é limitada pelo seu grau de discricionariedade, que nem sempre é exercido em prol do interesse público, quando há corrupção, captura ou quando decorrente da própria racionalidade limitada dos reguladores, que é consequência, principalmente, da assimetria informacional ou oportunismo. Para mitigar esse problema, o tripartismo é fundamental.

A autorregulação imposta,⁴² por sua vez, é um mecanismo pensado para que agentes econômicos não sejam prejudicados por regras generalistas, podendo adaptá-las ao seu conhecimento aprofundado acerca da dinâmica do mercado em que se inserem e pela constante busca pela economia de recursos – o que faz com que sejam autorreguladoras eficientes. A imposição se dá em dois sentidos: o agente é obrigado pelo Estado a desenvolver a autorregulação, e as regras criadas devem ser aprovadas pelo regulador e passíveis de serem executadas administrativa e/ou judicialmente. O regulador estabelece os princípios e padrões mínimos para que os regulados preencham as lacunas com regras mais específicas para si próprias. Quando a autorregulação funciona, é a abordagem menos onerosa, pois os agentes econômicos têm maior capacidade de encontrar os meios para alcançar os objetivos da regulação pelo menor custo para a sua eficiência produtiva.

Se os agentes econômicos explorarem o privilégio da autorregulação como uma forma de manter a sua conduta abaixo do benefício social esperado, o regulador deve escalar a pirâmide de intervencionismo, reduzindo gradativamente a autonomia dos agentes, mas não sem lhes dar a oportunidade de mudar para uma postura mais colaborativa.

Para assegurar investimentos, é preciso prevenir o risco regulatório, aumentando a segurança jurídica, a previsibilidade e a qualidade da regulação. Por isso, tem sido difundida a prática de Análises de Impacto Regulatório (AIR), que passou a ser legalmente exigida no Brasil com a Lei das Agências Reguladoras (Lei 13.848/2019) e a

⁴¹ BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006; Também BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. Hein Online. *University of British Columbia Law Review*, v. 44, n. 3, 2011.

⁴² AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. Oxford Socio-Legal Studies. New York: Oxford University Press, 1992, p. 101.

Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), prevendo que as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, contendo informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico, fortalecendo a cultura do consequentialismo no ordenamento jurídico brasileiro, em que os decisores devem sempre levar em conta as possíveis consequências práticas da sua decisão.

Para completar o ciclo regulatório, após um período de tempo de vigência de um ato normativo, devem ser estudados os resultados que essa norma produziu, por meio da Análise de Resultado Regulatório (ARR), para verificar se realmente alcançou os objetivos a que se propôs, ou se surtiu efeitos não esperados, efeitos negativos, se gerou novas falhas de mercado ou problemas regulatórios, para verificar se é necessário revogar ou alterar a norma.

Os agentes afetados e demais interessados no tema em questão devem ser consultados, por meio de mecanismos de participação social, para o levantamento de informações que contribuam para melhorar a qualidade da análise que fundamenta a tomada da decisão sobre regular ou não, e como regular.

A busca por melhoria da capacidade institucional para a regulação também pode se utilizar do *sandbox* regulatório⁴³ que, em um ambiente experimental, suspende temporariamente a obrigatoriedade de cumprimento de normas exigidas para a atuação em determinados setores, permitindo que as empresas coloquem em teste os produtos e serviços inovadores no mercado, com menos burocracia e mais flexibilidade, mas com o monitoramento e a orientação dos órgãos reguladores. O *sandbox* regulatório é um importante mecanismo de redução da assimetria informacional.

Muitas vezes, a intervenção se dará no sentido de estabelecer procedimentos e etapas no exercício da atividade econômica que garantam a tutela de direitos e o monitoramento pelo poder público, instituindo a regulação por arquitetura (no caso, arquitetura de sistemas),⁴⁴ para que os *softwares* utilizados sejam desenhados de tal maneira que o cumprimento de algumas regras ou requisitos seja inerente à sua configuração.

De fato, o primeiro passo da atuação estatal não deve ser balizar condutas dos agentes econômicos indiscriminadamente, apenas para evitar a inércia, mas sim se deter a monitorar os efeitos decorrentes da atividade econômica inovadora por um período, verificando custos e benefícios sociais, para aferir o efeito total:

[...] ao se escolher entre arranjos sociais em um contexto no qual decisões individuais são tomadas, temos que ter em mente que uma mudança no sistema existente, a qual levará a uma melhora em algumas decisões, pode muito bem levar a uma piora em outras. Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (seja o trabalho de um mercado ou de um departamento de governo), bem como os custos

⁴³ CVM. Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução CVM 626*, de 15 de maio de 2020.

⁴⁴ REINDENBERG, Joel R. *Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology*. *Texas Law Review*, Texas, v. 76, n. 3, p. 553-584, 1998.

envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos atentar para o efeito total.⁴⁵

Nesse sentido, o Estado pode se utilizar de novas tecnologias que facilitam o monitoramento e controle, tais como, além da arquitetura dos sistemas como um todo, a governança e transparência propiciada pelo *blockchain*. Portanto, a inovação é uma via de duas mãos: pode demandar uma intervenção estatal, mas pode também auxiliar uma melhoria da qualidade dessa intervenção, de forma que qualquer resistência deve ser vencida por meio da redução da complexidade percebida, ou seja, por meio da redução da assimetria informacional entre regulador e (potenciais) regulados.

As técnicas apresentadas nesse artigo, embora não esgotem o tema, permitem que sejam identificados alguns pontos em comum: é preciso acolher as inovações (veja-se a experiência ainda recente de plataformas como Airbnb, Uber e Streaming e suas diversas aplicações) incluindo as inovações disruptivas, inerentes à dinâmica econômica (compartilhamento de bicicletas e motonetas), desde que respeitados alguns limites, mormente aqueles relacionados aos direitos fundamentais e à preservação do bom funcionamento dos mercados, enquanto se confere maior legitimidade e qualidade ao processo regulatório, por meio da realização de análises e coleta de evidências que vão embasar e justificar a atuação regulatória, democratizando o processo de tomada de decisão.

É importante destacar que a intervenção estatal diante das inovações não deve ceder aos anseios de imediatismo, mas sim aguardar o período de observação e amadurecimento necessário, enquanto se reduz a assimetria informacional. Os órgãos reguladores, assim, podem redirecionar as estratégias regulatórias, para que as instituições formais não se desconectem do mercado.

Prevalece o ensinamento de Douglass North,⁴⁶ de que a chave para o crescimento econômico de longo prazo é a eficiência adaptativa. Sistemas políticos e econômicos bem-sucedidos são aqueles que desenvolveram estruturas institucionais flexíveis, que podem sobreviver aos choques e mudanças que fazem parte da economia em pleno funcionamento. Esses sistemas, entretanto, são produto de uma longa gestação, pois a eficiência adaptativa não é solidificada no curto prazo.

5 Considerações finais

A gestão da inovação, invariavelmente, passa pela regulação – seja para incentivar a criação, agregar maior valor ou para permitir o pleno funcionamento do mercado em que será comercializada.

⁴⁵ Tradução livre das autoras: “[...] in choosing between social arrangements within the context of which individual decisions are made, we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others. Furthermore we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or of a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect”. COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3 The University of Chicago Press, p. 1-44, October, 1960, p. 44.

⁴⁶ NORTH, Douglass. Desempenho económico en el transcurso de los años. *Economía: Teoría y Práctica*, n. 9, 1998, p. 137.

Quando o Estado decide transferir ou descentralizar algumas de suas funções, deixando de ser o Estado-empresário e passando a ser o Estado-regulador, o faz buscando maior eficiência e maximização de resultados da Administração Pública.

Nesse sentido, uma intervenção regulatória eficiente em um cenário de inovações demanda a realização de análises de impacto para ajustar a necessidade de criação, a interpretação e aplicação de regras.

Considerando que a inovação é um processo de transformação, a regulação deve ser responsiva e o Estado deve ter eficiência adaptativa, para que as instituições formais não se desconectem do mercado.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Operações de compra e venda de empresas sob a perspectiva da economia comportamental: previsibilidade do erro e intervenção*. Tese de doutorado. 219f. Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2019.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. Oxford Socio-Legal Studies. New York: *Oxford University Press*, 1992.

BAIKIE, Timothy; STERN, Tracey; JENSEN, Maureen. A framework for responsive market regulation. HFT, Dark Pools and Electronic Trading: Assessing Regulatory Approaches and Unintended Consequences. *Research Centre of St. John's College*, Oxford, UK. April 20-22, 2017.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAGANÇA, Gabriel G. Fiuza de. Risco regulatório no Brasil: conceito e contribuição para o debate. *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 7, jan./jun. 2015.

BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development* v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006.

BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. Hein Online. *University of British Columbia Law Review*. v. 44, n. 3. 2011.

BRASIL, Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado*. Brasília, 1995.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica, New Series*, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3 The University of Chicago Press, p. 1-44, October 1960.

COOTER, Robert; SCHAFER, Hans-Bernd. *O nó de Salomão: Como o Direito pode erradicar a pobreza das nações*. Curitiba: CRV, 2017.

CORTEZ, Nathan. Regulating disruptive innovation. *Berkeley Technology Law Journal*. v. 29:175, 2014.

CVM. Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução CVM 626*, de 15 de maio de 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *Better Regulation Toolbox*. Toolbox 15: Risk Assessment and Management, Brussels, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. In: *Revista tributária e de finanças públicas*, n. 35, p. 143-158, dez. 2000.

- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.
- GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul; DE SUTTER, Laurent. *The trouble with technology regulation from a legal perspective*. Why Lessig's 'optimal mix' will not work. Oxford Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes. 2008.
- LESSIG, Laurence. The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach. *Harvard Law Review*, V. 113, 1999.
- LESSIG, Laurence. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.
- LESSIG, Laurence. *Code version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.
- NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- NORTH, Douglass. Desempeño económico en el transcurso de los años. *Economía: Teoría y Práctica*, n. 9, 1998.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*. São Paulo: editora 34, 1996.
- PIMENTA, Carlos Cesar. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. *Revista de Administração Pública (RAP-FGV/EBAPE)*. Rio de Janeiro, 32(5), p. 173-199, set./out. 1998.
- PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. *Revista da EMERJ*, v. 12, n. 46, p. 126-140, 2009.
- REINDENBERG, Joel R. Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology. *Texas Law Review*, Texas, v. 76, n. 3, 1998, p. 553-584, 1998.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy*. ePub, Edição Kobo, cap. 1, posições 11-12/24. ISBN: 9781617208683. EUA, 2015.
- SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Knoph, 2000.
- SIMON, Herbert. *Models of Man*. New York: John Wiley & Sons, 1957.
- SIMON, Herbert. Bounded Rationality. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics*. v. 1. London: MacMillan Press, 1987.
- STEINGRABER, Ronivaldo; FERNANDEZ, Ramon Garcia. A racionalidade limitada de Herbert Simon na Microeconomia. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*, São Paulo, n. 34, p. 123-162, fev. 2013.
- THALER, Richard. From Homo Economicus to Homo Sapiens. *Journal of Economic Perspectives*. v. 14, n. 1, p. 133-141, 2000.
- WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in society*, 26, p. 483-500, 2004.
- WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; HERBST, Kharen Kelm. O Estado regulador das inovações. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 257-270. ISBN 978-65-5518-581-2.

PROCESSO DE RELICITAÇÃO SEGUNDO A LEI Nº 13.448/2017: PRINCIPAIS DESAFIOS JURÍDICOS NA IMPLEMENTAÇÃO DO INSTITUTO

ANDRÉ SADDY

MATHEUS ALVES MOREIRA DA SILVA

KETLYN GONÇALVES FERNANDES

Introdução

O Brasil experimenta, há muitos anos, profunda crise econômica com encolhimento do crescimento do Produto Interno Bruto, aumento do índice de desemprego, aumento de trabalhadores em situação irregular, entre outras consequências do mau desempenho macroeconômico do país.¹ Esse cenário fez com que o Estado, na tentativa de estabilizar a economia, repensasse a utilização de investimentos, adotasse medidas de austeridade fiscal, promovesse reformas estruturais e reconsiderasse os contratos de concessão de infraestrutura; objeto deste artigo, afinal, as concessões não ficaram isentas da conjuntura criada pela crise.

Algumas concessões como as do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCOFE), iniciadas nos anos de 2000, não foram idealizadas tendo como previsão o cenário de estagnação econômica grave da década seguinte, principalmente devido à crise de 2008 e à pandemia de covid-19 do ano de 2020.² Assim, em um ambiente com condições econômicas favoráveis, com certa estabilidade política e sendo capaz de justificar expectativas tangíveis de crescimento de tráfego de automóveis em geral,

¹ Sobre as crises enfrentadas no Brasil, vide: RAGO, Maria Aparecida de Paula, *et. al. Economia brasileira: crise e estagnação*. São Paulo: Intermeios, 2018; CARVALHO, Herbert. Crise econômica lembra lições de 1929. *Revista Problemas Brasileiros*, São Paulo, v. 72, n. 392, 2009; CONTRI, André Luis. Considerações sobre a crise econômica mundial e seu impacto na economia brasileira. *Revista Indicadores Econômicos FEE*, Porto Alegre, v. 37, n. 2, p. 7-12, 2009; BORGES, João; OLIVEIRA, Ribamar; SAFATLE, Cláudia. Anatomia de um desastre: *Os bastidores da crise econômica que mergulhou o país na pior recessão da história*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016; entre outros.

² Identifica tal circunstância: TAMÊGA, Flávia Mattioli. Relicitação: o instrumento que faltava para tratar situações imprevisíveis capazes de levar à inviabilidade de contratos de concessão e garantir maior segurança jurídica. In: POZZO, Augusto Neves Dal (coord.); ENEL, José Virgílio Lopes. *Tratado sobre o setor de rodovias no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 530.

muitos licitantes – erroneamente ou não – apresentaram propostas mais ousadas, que, embora exequíveis, possuíam valores compostos com menores margens de lucro,³ fruto da concorrência acirrada, sobrando, por conseguinte, pouco recurso para uma realidade de queda no tráfego (demanda), sendo essa a exata condição na qual o Brasil estaria a alguns anos.

Esse é apenas um exemplo de setor que demanda, na atualidade, renegociação de seus contratos de concessão por terem estes se tornado inexecutáveis. Nesse sentido, o presente artigo buscou analisar os principais desafios da implementação do instituto da relicitação, criado em 2017, por meio da Lei nº 13.448/2017, que se apresenta como uma forma consensual de devolução da concessão para os contratos que não foram bem-sucedidos, muitos deles frustrados pela dura realidade macroeconômica supramencionada.

A justificativa do artigo em comento repousa no fato de que o instituto é relativamente novo, tendo sido regulamentado apenas em 2019 e, por isso, ainda em fase inicial de acúmulo de conhecimento na chamada curva de aprendizagem.⁴ Até a data de finalização do presente estudo (maio de 2023), apenas o leilão de relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante havia sido concluído, que, junto ao caso da BR-040, são considerados *leading cases*. Ambos os casos são utilizados aqui, além do Aeroporto de Viracopos, para fundamentar breves ponderações práticas a título meramente exemplificativo. No mais, também se fará referências ao Acórdão do Tribunal de Contas da União nº 08/2023.⁵ Tal Acórdão é paradigmático e apresenta importantes diretrizes para novos pedidos de relicitação.

Assim, o objetivo deste artigo foi identificar e apresentar as possibilidades de respostas aos principais desafios verificados na implementação do citado instituto. Para isso, desenvolveu-se uma análise de dispositivos da norma, seu respectivo regulamento, os casos de aplicação e estudo da jurisprudência. Fez-se um recorte temporal e espacial com base nos últimos 5 anos, com estudo de alguns casos espalhados pelo território nacional.

Quanto à metodologia e classificação da pesquisa, aponta-se que a abordagem do problema se deu de forma mista, ou seja, qualitativa e quantitativa, seguindo um perfil exploratório e empírico e aplicando a técnica da análise bibliográfica e documental, bem como o estudo de casos, a apreciação de legislação, doutrinas e decisões judiciais; apresentando-se, assim, como uma pesquisa teórico-normativa.

No primeiro tópico, apresentam-se o contexto de surgimento e a finalidade do instituto da relicitação; em seguida, tem-se uma breve exposição sobre o conceito;

³ TAMÊGA, Flávia Mattioli. Relicitação: o instrumento que faltava para tratar situações imprevisíveis capazes de levar à inviabilidade de contratos de concessão e garantir maior segurança jurídica. In: POZZO, Augusto Neves Dal (coord.); ENEL, José Virgílio Lopes. *Tratado sobre o setor de rodovias no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 532.

⁴ Sobre a curva de aprendizagem, vide: MISHNE, Judite Marks. *A Curva da Aprendizagem: elevando a competência acadêmica e social*. Porto Alegre: Artmed, 1999; FREIRE, Patrícia de Sá; SILVA, Talita Caetano; SOUZA, João Artur de. *Gestão do conhecimento para aceleração da curva da aprendizagem*. Curitiba: CRV, 2020.

⁵ TCU aprova concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN) com condicionantes. *Portal TCU*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aprova-concessao-do-aeroporto-de-sao-goncalo-do-amarante-rn-com-condicionantes.htm>. Acesso em: 19 mar. 2023.

depois, no terceiro tópico, são apresentados os desafios existentes na implementação do novo instituto; por fim, conclui-se com a visão global e crítica de tudo que foi exposto.

1 Contexto de surgimento e finalidade da relicitação

Para compreender a finalidade e, por conseguinte, o conceito do instituto da relicitação, torna-se necessário conhecer o contexto de sua criação. Em 2016, quando editada a Medida Provisória nº 727, alusiva ao Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), o governo federal encontrava-se diante de uma crise econômica, sendo que, pela primeira vez na história do Brasil, o Produto Interno Bruto (PIB) recuara durante 11 trimestres seguidos,⁶ chegando a ser considerada a pior recessão da história recente.⁷ A taxa de desemprego no país apresentava números preocupantes, ultrapassando a casa dos 12%.⁸

Inevitavelmente, em virtude de um cenário nacional econômico ruim, diversos contratos de concessão tornaram-se inexequíveis para os concessionários, como, por exemplo, a concessão da BR-040⁹ e as concessões aeroportuárias de 2014.¹⁰ Nesses casos, revelava-se a impossibilidade econômica por parte dos concessionários em realizarem os investimentos previstos e pagarem os valores de outorga. Dentre as causas dessa conjuntura, destacava-se, sobretudo, a divergência entre a demanda projetada na modelagem de concessão e a demanda real.

O problema na infraestrutura brasileira é, portanto, causa e consequência no desafio de estabilização da economia, pois se, por um lado, o cenário de contratos inexequíveis é resultado de uma conjuntura macroeconômica desfavorável, por outro, é também a causa de parte da crise, pois uma infraestrutura pouco desenvolvida, com entraves

⁶ BALANÇO e perspectivas econômicas 2016-2018. *Portal GOV*. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/balanco-e-perspectivas>. Acesso em: 30 jan. 2023.

⁷ CURY, Anay; SILVEIRA, Daniel. PIB recua 3,6% em 2016, e Brasil tem pior recessão da história. *Gl*, 07 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/03/economia-encolhe-36-em-2016-e-brasil-tem-pior-recessao-da-historia.html>. Acesso em: 19 mar. 2023.

⁸ ABDALA Vitor. Número de desempregados no Brasil sobe 12,5% de 2016 para 2017. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 31 jan. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/numero-de-desempregados-no-brasil-sobe-125-entre-2016-e-2017>. Acesso em: 19 mar. 2023.

⁹ A prioridade do projeto se caracteriza pela situação do contrato de concessão vigente, com declarada incapacidade da incumbente de adimplir as obrigações assumidas originalmente. A concessionária Via 040 protocolou junto à Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT) pedido de rescisão amigável do contrato de concessão e consequente adesão ao processo de relicitação, nos termos da Lei nº 13.448/2017. No dia 20/11/2020, foi assinado com a ANTT o Termo Aditivo de adesão ao processo de devolução da concessão, seguida da sua relicitação. A resolução CPPI nº 210, de 16/12/2021, aprovou a prorrogação do prazo de relicitação por 18 (dezoito) meses. Disponível em: <https://portal.ppi.gov.br/br-040-df-go-mg-ratificacao-da-qualificacao-ad-referendum>. Acesso em: 31 jan. 2023.

¹⁰ Devido à elevada avaliação positiva dos passageiros e, principalmente, aos bons resultados demonstrados, o governo criou altas expectativas em relação ao setor aeroportuário. Era esperado que a demanda fosse elevada, seguindo padrões lógicos; os passageiros e as concessionárias estavam satisfeitos, logo, tudo indicava para uma natural evolução do setor. No entanto, o Brasil sofreu uma crise econômica que, obviamente, impactou a expectativa de alta demanda do setor. A concessionária de Viracopos se vendo em situação financeira complicada, com excesso de dívidas junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e ao poder concedente, a concessionária ingressou, em 2018, em processo de recuperação judicial, o qual só foi se resolver em 2020, quando a concessionária aderiu ao processo de relicitação. Vide: SBERZE, Othavio Dias Reis; PEREIRA, Tiago Souza. Análise econômica das concessões aeroportuárias em relação aos problemas financeiros das concessionárias. *Revista de Gestão, Economia e Negócios*, São Paulo, v. II, n. 1, p. 01-19, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/regen>. Acesso em: 30 jan. 2023.

de investimento, torna-se prejudicial para a atração de novos investidores, não à toa, a exposição de motivos da Medida Provisória nº 727/2016 trouxe a seguinte redação:

A Medida Provisória ora proposta objetiva reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável.

Como é de conhecimento geral, a ampliação do investimento em infraestrutura é condição *sine qua non* para a retomada do crescimento econômico no Brasil.¹¹

Nesse contexto, surge a necessidade de repensar as estruturas e possibilidades existentes para os contratos dessa natureza, com duas finalidades precípuas, quais sejam: (i) viabilizar concessões que se tornaram inexecutáveis por meio, especificamente, da relicitação; e, ainda, (ii) incentivar os concessionários a realizarem novos e necessários investimentos mediante antecipação da prorrogação da concessão. Tem-se, então, com o advento da Lei nº 13.448/2017, dois institutos correlatos – a relicitação e a antecipação da prorrogação –, porém distintos entre si.¹² Como explicado na introdução, o artigo teve como foco a primeira finalidade.

2 Conceito, aplicabilidade, condicionantes e pressupostos da relicitação

A relicitação é conceituada como procedimento que compreende a extinção consensual ou amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim (art. 4º, inc. III, da Lei nº 13.448/2017).

José Jair Marques Junior¹³ faz referência a um sentido amplo e outro restrito de relicitação:

¹¹ LEGISLAÇÃO informatizada. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-752-24-novembro-2016-783938-exposicaoodemotivos-151447-pe.html>. Acesso em: 19 mar. 2023.

¹² Segundo José Jair Marques Junior (MARQUES JUNIOR, José Jair. Devolução de concessões e relicitação. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 311) a Medida Provisória nº 727/2016: “[...] tinha declaradamente dois eixos determinantes de influência, a procedimentalização dos processos de prorrogação e relicitação dos contratos de parceria e, concomitantemente, a fixação da exigência de estudos de viabilidade para o seu emprego pela autoridade administrativa. Diagnóstico feito pelo Governo Federal para justificar a edição dessa Medida Provisória, ao menos as razões reveladas à imprensa e pela Exposição de Motivos da mencionada lei, constata a necessidade de superação dos déficits de infraestrutura, por meio de incentivo ao investimento, expansão de acesso ao crédito e de conferência de meios que garantam a segurança jurídica dos contratos de parceria firmados. Foi observado que impedir temporariamente a parceira privada de ser sancionada, ao se verificar o potencial malogro do contrato de parceria firmado, e se permitir à administração concedente rearranjar a prestação do objeto concedido, com vistas a redirecionar a busca por outros parceiros privados igualmente qualificados para o desenvolvimento da incumbência, tratar-se-ia de movimentação desejável e que evitaria vários problemas relacionados à regularidade e continuidade na prestação do serviço público”.

¹³ MARQUES JUNIOR, José Jair. Devolução de concessões e relicitação. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 316 e 317.

O primeiro sentido, dito amplo, proposto pela relicitação consiste àquela licitação decidida e originada após a retomada e assunção do serviço pelo concedente, em que o poder concedente decide abrir ao mercado público a possibilidade de competir pela contratação da concessão, inaugurando certame licitatório para esta finalidade.

A ideia genérica de relicitação reflete-se na estruturação de um serviço público que já foi anteriormente licitado e contratado com particular e, em função de qualquer motivo previsto na lei ou no contrato, houve a extinção do. Contrato de concessão até então vigente, seguido de instauração de uma licitação específica para que o serviço público em questão continue a ser prestado por um particular, sob novas condições e bases contratuais.

[...]

As partes contraentes de uma concessão de serviço público que esteja em vigor – ou de contratos de parceria em geral – podem acertar a extinção da concessão e o poder público pode tomar, como passo conjunto, a decisão de relicitar o objeto da parceria. A lei condiciona a adoção do referido instrumento da relicitação em duas hipóteses. A primeira relacionada à verificação de que os contratos de concessão não estejam sendo cumpridos, aferindo-se, portanto, inadimplência de uma das partes contraentes. A segunda se finca ao caso em que o contratado passa a ter dificuldades na execução do contrato, avaliando-se, objetivamente, ausência de capacidade de cumprimento das obrigações avençadas.

Trata-se de uma hipótese de substituição do processo administrativo da caducidade, prevista no art. 38 da Lei nº 8.987/1995, como solução de última instância e para casos excepcionais, conforme esclarece Carolina Zaja Almada Campanate Oliveira:¹⁴

A relicitação não pode ser utilizada como forma de transferir ao parceiro público o risco do empreendedor. Será um instrumento eficiente quando for usada, sob a perspectiva do particular, como medida para sanar situações em que o inadimplemento decorre de fatos alheios ao seu controle e o que o levem a uma situação de incapacidade comprovada de cumprimento.

O instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Medida Provisória nº 727/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017, regulamentada pelo Decreto nº 9.957/2019, que estabelece as diretrizes gerais para prorrogação antecipada e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334/2016. Nota-se que, apesar da urgência externalizada na exposição de motivos, a regulamentação do instituto levou cerca de dois anos para ser promulgada.¹⁵

Quanto à aplicabilidade, ressalta-se que a Lei nº 13.448/2017 se destina, especificamente, aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, no âmbito da Administração Pública federal, sendo necessário que os empreendimentos públicos tenham sido prévia e

¹⁴ OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate. *Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos*. Orientador: Sérgio Guerra. 2018. 237 fl. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 214.

¹⁵ PEREIRA, Débora Barbosa da Costa. O instituto da relicitação nos contratos de concessões do programa de parceria de investimentos: valorização da parceria no setor de infraestrutura brasileiro. In: CAVALCANTI, Juliana Tôres de Vasconcelos Bezerra (coord.). *Direito Administrativo: temas atuais e relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 106.

especificamente qualificados nos termos de um Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), conforme determina o art. 2º da lei.

Nesse sentido, o instituto da relicitação apresenta considerável inovação legislativa, pois o desfazimento de concessão pública por ato bilateral e consensual não era algo previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Marçal Justen Filho,¹⁶ em 2013, ao tratar da hipótese de desfazimento consensual, refere o seguinte:

Pode-se cogitar do desfazimento da concessão, por ato bilateral e consensual. A hipótese do distrato não é comum, no sentido de que o particular a quem foi outorgada não pode desistir de executar os encargos assumidos. Por sua parte, o Estado não pode, em regra, renunciar a exigir o cumprimento dos deveres ou a imposição das sanções correspondentes.

Outrossim, ao tratar do nome dado ao instituto, Débora Barbosa da Costa Pereira¹⁷ relata algumas críticas, por parte da doutrina, no sentido de que não poderia ser o termo apropriado para descrever o que se propõe com esse instituto. De fato, José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ tece algumas críticas, chegando a sugerir que o nome do instituto fosse recontratação, e não relicitação, pois, para ele:

A denominação é evidentemente imprópria, pois que, na verdade, as partes ajustam consensualmente a rescisão do contrato, para que outro seja firmado com nova sociedade e, se assim é, claro que indispensável será uma nova licitação. São relações jurídicas diversas, o que exige obviamente todo o procedimento interno e externo para o novo contrato. Melhor que “relicitação” seria “recontratação” com contratado diverso, impondo-se nova licitação, como em qualquer caso similar.

Ainda sobre o nome, a autora¹⁹ ressalta a possibilidade de sua escolha tendo como base uma questão de *marketing*, concluindo que não há grande relevância sobre este debate, pois:

Realmente, o nome escolhido não é de tanta importância, mas não pode passar sem críticas. Isso porque a comunicação pode ser vista, também, como uma questão de *marketing*. Pense-se que, honestamente, do que se está falando é, em princípio, do fracasso de uma concessão. A Administração Pública que celebrou o contrato de concessão que não deu certo, busca solucionar o problema e resolve por dar a situação um nome positivo, chamando o novo instituto de “relicitação”.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 818.

¹⁷ PEREIRA, Débora Barbosa da Costa. O instituto da relicitação nos contratos de concessões do programa de parceria de investimentos: valorização da parceria no setor de infraestrutura brasileiro. In: CAVALCANTI, Juliana Tôrres de Vasconcelos Bezerra (coord.). *Direito Administrativo: temas atuais e relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 109.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 689.

¹⁹ PEREIRA, Débora Barbosa da Costa. O instituto da relicitação nos contratos de concessões do programa de parceria de investimentos: valorização da parceria no setor de infraestrutura brasileiro. In: CAVALCANTI, Juliana Tôrres de Vasconcelos Bezerra (coord.). *Direito Administrativo: temas atuais e relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 110.

Quanto às condicionantes, a legislação apresentou duas obrigações: (i) o concessionário deve renunciar ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões para o enquadramento previsto no §3º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade; e (ii) deve o concessionário renunciar, expressamente, de participar do novo certame ou do futuro contrato de parceria.

Entre os pressupostos para a utilização de referido instituto, a Lei nº 13.448/2017 dispõe que: (i) deve partir do concessionário a iniciativa para a solicitação (art. 14, §2º); (ii) uma vez qualificado para fins de relicitação, fica suspensa uma das medidas que poderiam gerar a penalidade de caducidade do contrato, porém não se trata de suspensão de todas as medidas sancionatórias, mas tão somente a caducidade (art. 14, §3º); (iii) ficam suspensas as obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e o estabelecimento das condições mínimas conforme as quais os serviços deverão continuar sendo prestados pelo contratado originário, até a assinatura de novo contrato (art. 15, inc. II); (iv) o empreendimento deve ser qualificado no programa de parceria de investimento (PPI) (art. 2º); (v) deve haver a celebração de compromisso arbitral entre as partes, com previsão de submissão à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitidos na legislação aplicável, referente às questões que envolvam cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente (art. 15, inc. II).

Uma vez introduzido o contexto de surgimento, a finalidade, o conceito, a aplicabilidade, as condicionantes e os pressupostos, torna-se necessário compreender os desafios jurídicos que o novo instituto apresenta. E, nesse sentido, analisar os desafios e questionamentos é, portanto, um primeiro passo para superá-los e, com isso, auxiliar na evolução da curva de aprendizagem sobre o tema.

Posto isso, passa-se a descrever os principais desafios sem a pretensão de exauri-los.

3 Desafios e questionamentos para implementação da relicitação

3.1 Penalidades suspensas quando qualificada a relicitação

O §3º, do art. 14, da Lei nº 13.448/2017, traz a seguinte redação: “Qualificado o contrato de parceria para a relicitação, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso contra o contratado”.

Naturalmente, poder-se-á afirmar que o único processo sancionador a ser suspenso é o que enseja a caducidade. No entanto é possível elencar alguns questionamentos a respeito disso. Existe subjetividade pública (discricionariedade) em suspender o processo administrativo de caducidade, bem como se os outros processos sancionadores serão suspensos? E, ainda, como saber qual processo sancionador poderá ensejar a penalidade de caducidade? Além disso, e se não acudirem interessados na relicitação? O procedimento de caducidade suspensa voltará a ter andamento? Como se pode ver, são vários os questionamentos que podem derivar de tal dispositivo.

Todo contrato de concessão prevê cláusula de sanção em hipóteses de inexecução total ou parcial. O contrato de concessão da BR-040, por exemplo, elenca as seguintes sanções em tais casos:

Figura 1 – Contrato concessão BR-040

<p>20.7</p> <p>(i)</p> <p>(ii)</p> <p>(iii)</p> <p>(iv)</p>	<p>Pela inexecução parcial ou total deste Contrato, a ANTT poderá, garantida prévia defesa, aplicar à Concessionária as seguintes sanções:</p> <p>advertência;</p> <p>multa;</p> <p>suspensão do direito de participar de licitações e de contratar com a Administração Pública Federal;</p> <p>caducidade.</p>
--	--

Fonte: Recorte de contrato de concessão no Portal ANTT.²⁰

Ao analisar o termo aditivo firmado entre a União e a Via 040, concessionário da BR-040, destacam-se as seguintes cláusulas:

Figura 2 – Termo aditivo BR-040

<p>CLÁUSULA QUARTA</p> <p>DA SUSPENSÃO DAS OBRIGAÇÕES DE INVESTIMENTO</p>
<p>4.1. Durante a vigência do presente Termo Aditivo, ficam suspensas as obrigações de investimentos constantes do CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO não previstas no Anexo I deste Termo Aditivo.</p> <p>4.2. Durante a vigência deste Termo Aditivo, a não execução das obrigações de investimentos constantes do CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO e não previstas no Anexo I deste Termo Aditivo <u>não ensejará:</u></p> <p>(i) a aplicação de penalidades, sem prejuízo da validade das penalidades cujo fato gerador seja anterior à data de sua celebração; e</p> <p>(ii) <u>a incidência de multas moratórias e o cômputo do respectivo prazo.</u></p>

Fonte: Recorte do termo aditivo no Portal ANTT.²¹

Figura 3 – Termo aditivo BR-040

<p>8.2 Durante a vigência do presente Termo Aditivo, a ANTT fica obrigada a:</p> <p>(i) fiscalizar os serviços prestados pela Concessionária, nos termos da Cláusula Décima Segunda e dos Anexos I e II deste Termo Aditivo;</p> <p>(ii) contratar a empresa de auditoria independente para acompanhar o processo de relicitação do EMPREENHIMENTO, em cumprimento das obrigações assumidas neste Termo Aditivo;</p> <p>(iii) adotar todas as medidas necessárias para a promoção do novo certame licitatório do EMPREENHIMENTO dentro do prazo de vigência deste Termo Aditivo; e</p> <p>(iv) <u>não instaurar processo de caducidade contra a Concessionária.</u></p>

Fonte: Recorte de contrato de concessão no Portal ANTT.²²

²⁰ CONTRATO de concessão BR 040. *Portal ANTT*. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1188642/Contrato.pdf/b28a5986-1495-a921-3ed0-6136f44fcb7?t=1594149004877>. Acesso em: 30 jan. 2023.

²¹ TERMO aditivo BR 040. *Portal ANTT*. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1188642/VIA040-1TA-SEI_ANTT-4524547.pdf/73fa85ca-dbe2-a8e6-6ea8-ed9efaffcafb?t=1606139997490. Acesso em: 30 jan. 2023.

²² TERMO aditivo BR 040. *Portal ANTT*. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1188642/VIA040-1TA-SEI_ANTT-4524547.pdf/73fa85ca-dbe2-a8e6-6ea8-ed9efaffcafb?t=1606139997490. Acesso em: 30 jan. 2023.

Como observado, além da não instauração do processo de caducidade, nota-se que também não haverá a incidência de multas moratórias pela não realização das obrigações de investimento. Ademais, o termo aditivo não menciona a suspensão do direito de participar de licitações com a Administração Pública, levando a concluir que a referida penalidade não será aplicada ao concessionário, pois não há qualquer previsão do tempo de suspensão.

A suspensão dos processos sancionadores apresenta duas vertentes, pois, de um lado, serve de incentivo ao concessionário que não tem mais condições de manter adimplidas as obrigações provenientes do contrato de concessão; de outro, pode abrir margem para uma sensação de impunidade, com uma possibilidade de banalização do instituto, visto que, diante da nova modalidade de rescisão consensual, alguns concessionários podem vir a adotar uma conduta menos responsável em certames, tendo como alternativa contingencial a “*devolução*” da concessão, o que certamente não atende aos interesses públicos.

Entende-se ser possível, por parte da Administração Pública, a suspensão ou a não instauração de processo sancionador de caducidade. Se diante da situação concreta for melhor para os interesses públicos existentes a relicitação de um contrato que não está sendo executado adequadamente, melhor fazê-la do que iniciar um procedimento de caducidade que se tende a perpetuar no tempo e levar a contendas intermináveis.

É preciso ter em consideração que a relicitação deve ser atrativa para os dois polos, ou seja, para o poder público e para a iniciativa privada. O processo de relicitação tem de ser menos custoso e mais eficiente para ambas as partes quando comparado com o processo de caducidade. O ideal, talvez, seria que todos os processos sancionadores fossem suspensos, desde que tal suspensão não venha a ser tratada como uma impunidade.

Sublinha-se que, na estrutura procedimental estabelecida no Decreto nº 9.957/2019, o aditamento somente seria celebrado após a qualificação no programa de parceria de investimento (PPI). Assim, os concessionários, inexoravelmente, ficariam expostos às condições adversas que ensejaram o pedido de relicitação e ao acúmulo de sanções, tais como as multas, pelo descumprimento das obrigações derivadas da execução contratual.

3.2 Tempo pelo qual o concessionário, autor do pedido de relicitação, deverá manter a prestação do serviço e a possibilidade de prorrogação do processo

Sobre a prestação de serviços públicos, aplica-se o princípio da regularidade e da continuidade, razão pela qual os serviços devem ser operados conforme regras preestabelecidas, com ausência de paralizações, interrupções ou perturbações e realizado de forma perene.²³ Nesse sentido é inconcebível que os serviços públicos que venham a passar por um processo de relicitação sejam paralisados, interrompidos ou perturbados. Por isso, o art. 20 da Lei nº 13.448/2017 trouxe a seguinte redação:

Art. 20. Na hipótese de não acudirem interessados para o processo licitatório previsto no art. 13 desta Lei, o contratado deverá dar continuidade à prestação do serviço público, nas

²³ SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*: volume 1. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023, p. 412.

condições previstas no inciso II do caput do art. 15 desta Lei, até a realização de nova sessão para recebimento de propostas.

§1º Se persistir o desinteresse de potenciais licitantes ou não for concluído o processo de relicitação no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da data da qualificação referida no art. 2º desta Lei, o órgão ou a entidade competente adotará as medidas contratuais e legais pertinentes, revogando o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado, na forma da lei.

§2º O prazo de que trata o §1º deste artigo poderá ser prorrogado, justificadamente, mediante deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI). (Revogado Lei nº 14.368, de 2022)

§2º O prazo de que trata o §1º deste artigo poderá ser prorrogado por sucessivas vezes, desde que o total dos períodos de prorrogação não ultrapasse 24 (vinte e quatro) meses, mediante deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI). (Redação dada pela Lei nº 14.368, de 2022)

O tempo é relevante na relicitação. Caso o processo demore, perde-se o interesse. A ideia é que haja uma decisão rápida. Se o contrato não tem futuro, precisa-se extingui-lo o quanto antes. Por tal motivo que se estabeleceu o prazo de 24 (vinte e quatro) meses para se concluir o processo de relicitação. A questão é que, após a promulgação da lei, existia previsão de prorrogação, mas não havia uma limitação do prazo de prorrogação.

Tal previsão, no entanto, foi ajustada pela Lei nº 14.368/2022, que passou a estabelecer que a prorrogação não poderia ultrapassar 24 (vinte e quatro) meses, estabelecendo-se a necessidade de a relicitação ocorrer em um prazo máximo de 48 (quarenta e oito) meses. Findo tal prazo, aplica-se o §1º, adotando-se as medidas contratuais e legais pertinentes, revogando o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado.

Sobre a obrigatoriedade em manter os serviços com posterior aplicação da caducidade, no caso de não haver novo licitante, corroboram o entendimento Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Caggiano:²⁴

Nessa hipótese, o efeito será a preservação da prestação da atividade nos termos do aditivo celebrado (caput do art. 20). Esse estado de coisas deve durar no máximo 24 meses (cf. §1º, passíveis de uma prorrogação, cf. §2º), depois dos quais os processos sancionatórios devem ser retomados. Logo, considerando a inviabilidade de o concessionário executar o contrato, assim como o desinteresse de outros particulares, tudo leva a crer que o resultado no caso de não se encontrarem interessados é a caducidade. Essa solução é de todo inadequada, pois impõe ônus extraordinários à Administração e aos usuários.

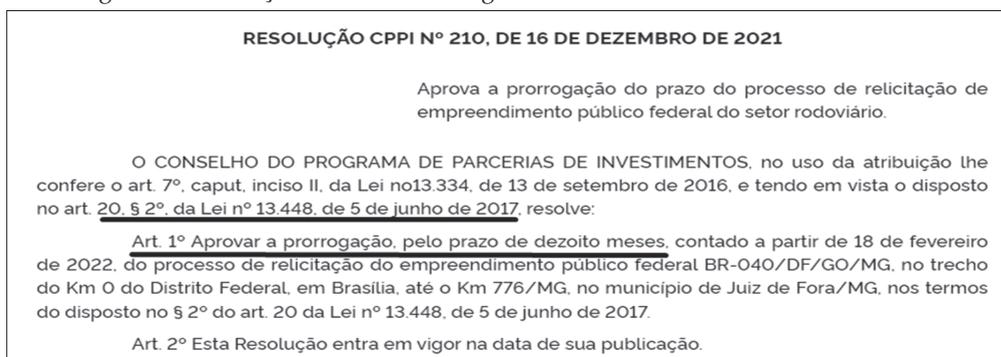
A questão é: se findar o prazo por culpa exclusiva do poder público, como ficará o concessionário? Caberá indenização por silêncio administrativo? Entende-se que sim.²⁵

²⁴ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Comado. Prorrogação Contratual e relicitação nº 13.448/17 – Perguntas e respostas. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 631.

²⁵ Sobre tal possibilidade, remete-se o leitor para: SADDY, André; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade por inatividade da administração pública: um estudo específico do silêncio administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 109-133, jul./set. 2016.

Novamente, apenas a título de exemplo, com base na nova disposição legal, o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos resolveu aprovar a prorrogação do processo de relicitação da BR-040 por 18 (dezoito) meses, totalizando 42 (quarenta e dois) meses de duração do processo, haja vista o texto publicado pela Resolução CPPI nº 210, de 16 de dezembro de 2021.

Figura 4 – Resolução Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos nº 210



Fonte: Recortado no Portal Gov.²⁶

No caso concreto, existe considerável possibilidade de o processo não ser conclusivo antes do termo final da prorrogação porque a previsão de assinatura do novo contrato, segundo cronograma do próprio Programa de Parcerias de Investimentos, é para o 4º trimestre de 2023, conforme se expõe na sequência. Qualquer imprevisto no decurso dos procedimentos, ou, ainda, a ausência de interessados, poderá provocar uma nova prorrogação, que estará limitada a apenas 6 (seis) meses, para não ultrapassar os 24 (vinte e quatro) meses previstos na lei.

É fato que existe um longo caminho entre a realização do pedido e a assinatura do termo aditivo. Primeiro, o pedido é analisado pela Agência Reguladora, posteriormente, segue para o Ministério de Infraestrutura, logo após é analisado pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, oportunidade na qual pode haver a deliberação em sentido favorável ao pedido de relicitação.

Nem a lei e tampouco o decreto que a regulamenta trazem previsões sobre o tempo de análise do pedido e da efetiva assinatura do aditamento, contudo, com base nos casos em curso, é possível, de maneira preliminar, calcular a média de tempo. Para tanto, analisar-se-ão três distintos processos de relicitação, de rodadas diferentes e com objetos distintos, sendo eles: (i) Aeroporto de Viracopos; (ii) BR-040; e (iii) Aeroporto de São Gonçalo do Amarante.

No caso de Viracopos,²⁷ o pedido de relicitação foi encaminhado à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), em 19 de março de 2020. A deliberação sobre a qualificação se deu no dia 10 de junho de 2020 e, finalmente, a assinatura do termo aditivo ocorreu no

²⁶ RESOLUÇÃO CPPI nº 210. *Portal Gov.* de 16 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cppi-n-210-de-16-de-dezembro-de-2021-372802126>. Acesso em: 31 jan. 2023

²⁷ RELICITAÇÃO Aeroporto Viracopos. ANAC. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/relicitacao-do-aeroporto-de-viracopos/justificativa>. Acesso em: 31 jan. 2023.

dia 15 de outubro de 2020, portanto, desde o envio de pedido à Agência Reguladora e a assinatura do aditivo decorreram-se 7 (sete) meses. No tocante à BR-040, o prazo entre o pedido de relicitação e a efetiva assinatura do termo aditivo foi de, aproximadamente, 3 (três) anos e 2 (dois) meses. Por fim, no caso do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante,²⁸ o pedido de relicitação aconteceu no dia 5 de março de 2020, e a assinatura do termo aditivo ocorreu em 19 de novembro de 2020, levando cerca de 8 (oito) meses para tal.

Percebe-se que o tempo de espera e de exposição dos concessionários pode variar de acordo com a complexidade, objeto, agência reguladora competente, entre outras variáveis. Os processos de relicitação de aeroportos aparentam uma maior agilidade na tramitação das primeiras etapas, diferentemente da relicitação da BR-040, cuja assinatura do termo aditivo demorou mais de 3 (três) anos, sendo extremamente prejudicial aos interesses públicos esse decurso temporal. Não é razoável crer que um concessionário que solicite a rescisão amigável tenha condições de manter a prestação de serviços por todo esse tempo, por conseguinte, sendo grande o risco de interrupção e precarização do serviço prestado.

A falta de celeridade decisória e o risco de atingimento do prazo máximo da relicitação são prejudiciais ao interesse do poder concedente, do concessionário, dos usuários do serviço concedido e, ainda, de eventuais interessados em participar do novo certame. É natural que a curva de aprendizado ainda esteja em desenvolvimento e que o tempo nas tomadas de decisões seja superior ao esperado, contudo, com a otimização de todos os parâmetros desse instrumento, esse trâmite tenderá a ser mais célere.

Além disso, o racional da lei é o usuário. Se o contrato de concessão não atende ao usuário, ele não atende aos interesses públicos. Logo, contratos em que os concessionários não pagam o valor da outorga, não realizam os investimentos previstos, ou não cumprem com qualquer outra cláusula contratual são contratos que não funcionam para o usuário, sujeito da relação para o qual a atividade é realizada. Nesse sentido, quanto antes ele for extinto, melhor para todas as partes.

3.3 Obrigações vincendas sobre as quais recairá a suspensão

O art. 15, inc. II, da Lei nº 13.448/2017 prevê que, uma vez celebrado o termo aditivo, haverá a suspensão das obrigações de investimento vincendas, mantendo-se as condições mínimas conforme as quais os serviços deverão continuar sendo prestados. Todavia, como exatamente se dá a suspensão destas obrigações vincendas e quais podem ser caracterizadas como tal? Os investimentos já iniciados devem ser suspensos?

Recentemente, o Tribunal de Contas da União deu parecer favorável ao processo de relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (ASGA), no Rio Grande do Norte, após análise de pedido feito pela Inframérica. O empreendimento foi qualificado na 13ª reunião do Conselho do PPI, por meio da Resolução nº 122, de 10 de junho de 2020, que deu origem ao Decreto nº 10.472/2020.

Importa aqui, no entanto, analisar a suspensão das obrigações vincendas previstas no termo aditivo do processo de relicitação desse aeroporto. A análise do anexo 14 do termo aditivo, em sua subcláusula 2.1, dispõe o seguinte:

²⁸ RELICITAÇÃO Aeroporto de São Gonçalo do Amarante. ANAC. Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/relicitacao-do-aeroporto-de-sao-goncalo-do-amarante-rn>. Acesso em: 31 jan. 2023.

Figura 5 – Termo aditivo ASGA

11/19/2020 SEI/ANAC - 5024192 - Termo Aditivo

2.1. Sem prejuízo do reajuste dos valores dispostos no item 2.12 do Contrato de Concessão, durante a vigência do presente Termo Aditivo, ficam suspensas as obrigações de pagar Outorga e Contribuição Mensal, observado o disposto no item 6.5.2.1.

2.1.1. O valor das Contribuições Mensais devidas será reajustado até a data da compensação de que trata o item 3.24 deste Termo Aditivo, conforme a seguinte fórmula:

$$CM_t = CM_1 \times (IPCA_t / IPCA_0)$$

Onde:

CM_t é o valor reajustado da parcela da Contribuição Mensal a ser descontada da indenização, conforme disposto no item 3.23.2 deste Termo Aditivo;

CM_1 é o valor da Contribuição Mensal devida no 15º dia útil do mês subsequente ao da arrecadação das receitas;

$IPCA_t$ é o IPCA divulgado pelo IBGE referente ao mês anterior ao desconto de que trata o item 3.23.2 deste Termo Aditivo; e

$IPCA_0$ é o IPCA divulgado pelo IBGE referente ao mês da arrecadação das receitas.

2.1.2. O valor das Outorgas devidas será reajustado pela SELIC conforme a fórmula prevista no item 2.12 do Contrato de Concessão até a data de pagamento prevista originalmente no contrato de concessão, e, a partir de então, pelo IPCA desta data passará a ser reajustado até a aplicação do desconto no valor de indenização, conforme a seguinte fórmula:

$$O_d U = O_t \times (IPCA_d / IPCA_t)$$

Onde:

O_d é o valor reajustado da Outorga a ser descontada da indenização, conforme disposto no item 3.23.2 deste Termo Aditivo;

O_t é o valor da parcela da Outorga devida na data t estabelecido no item 2.9 do Contrato de Concessão;

$IPCA_d$ é o IPCA divulgado pelo IBGE referente ao mês anterior ao desconto de que trata o item 3.23.2 deste Termo Aditivo; e

$IPCA_t$ é o IPCA divulgado pelo IBGE referente ao mês da data prevista originalmente para o pagamento, disposta no item 2.9 do Contrato de Concessão.

Fonte: Recorte do termo aditivo no Portal ANTT.²⁹

Conforme se observa, as obrigações vincendas referem-se aos valores de outorga e contribuições mensais, e não aos valores de investimento. As obrigações vincendas ficam suspensas durante a vigência do referido aditivo, sendo estabelecidas as fórmulas para reajuste dos valores devidos.

Interessante a previsão, mas não resolve a questão referente às obrigações vincendas dos valores de investimento já iniciados. Pois, por exemplo, se faltar apenas 20% de uma obra de ampliação de um aeroporto, qual solução deve o poder público conferir a tais obrigações vincendas? Entende-se que o termo aditivo deva prever a solução, sugerindo-se a interrupção da obra como se encontra, para que o futuro concessionário a retome.

3.4 Condições operacionais mínimas

Como os serviços públicos não podem ser paralisados, interrompidos ou perturbados ao longo do processo de relicitação, em vista dos princípios da regularidade e da continuidade, a Lei nº 13.448/2017 e o Decreto nº 9.957/2019 preveem (art. 15, inc.

²⁹ ASGA – Termo Aditivo 007 2020 – Relicitação. *Portal Gov.* Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/natal/documentos-relacionados/02termos-aditivos/asga-termo-aditivo-007-2020-relicitacao.pdf/view> Acesso em: 31 jan. 2023.

II, e art. 8º, inc. II, respectivamente) que o Termo Aditivo celebrado com o contratado originário deve conter as condições mínimas nas quais os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual concessionário até que sobrevenha assinatura do novo contrato de parceria.

O objetivo desse dispositivo é garantir a regularidade, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento. Isso porque a realização do pedido de relicitação já evidencia que o contratado não possui meios e capacidade para continuar prestando o objeto de maneira satisfatória, eficiente e com qualidade, nos termos originalmente pactuados. Assim, acertada a previsão legal de permitir que sejam prestados, somente, os serviços considerados essenciais à regularidade, continuidade e segurança dos serviços.³⁰

O próprio requerimento de relicitação formulado pelo contratado originário já deve conter as condições propostas para a prestação dos serviços essenciais durante o trâmite do processo de relicitação (art. 3º, inc. VI, alínea “a” do Decreto nº 9.957/2019). Além disso, o decreto ainda disciplina que são considerados essenciais os serviços relacionados à manutenção, à conservação e à operação do empreendimento, exceto se houver decisão motivada da agência reguladora competente (art. 3º, §2º).

Ao examinar o termo aditivo firmado entre a União e a Via 040, concessionário da BR-040, destacam-se as seguintes cláusulas:

Figura 6 – Termo Aditivo BR-040

SEI/ANTT - 4524547 - TERMO ADITIVO Nº

CLÁUSULA TERCEIRA

DAS CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

3.1 Durante o período de vigência deste Termo Aditivo, a Concessionária deverá prestar os serviços de manutenção, conservação, operação e monitoração do **EMPREENHIMENTO** e executar os **INVESTIMENTOS ESSENCIAIS** enumerados no Anexo I deste Termo Aditivo.

3.2 Caso seja apurada, durante a vigência deste Termo Aditivo, a existência de interesse público na realização de investimentos não previstos no Anexo I, a ANTT poderá, a seu critério:

- (i) propor que a referida obrigação seja implementada pela Concessionária, assegurada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante sua expressa concordância; ou
- (ii) providenciar que a referida obrigação seja realizada por órgão ou entidade da Administração Pública federal, hipótese em que todos os ônus e responsabilidades relacionados ao referido investimento ficarão a cargo do Poder Concedente.

3.2.1 Na hipótese do item (ii) da subcláusula 3.2, o Poder Concedente poderá transferir à Concessionária, mediante concordância desta, a realização das obrigações de manutenção, conservação, operação e monitoração, assegurada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

3.3 As condições de prestação dos serviços de manutenção, conservação, operação e monitoração, e da execução dos **INVESTIMENTOS ESSENCIAIS**, objeto deste Termo Aditivo, foram estabelecidas pelas Partes considerando a data-base de fevereiro de 2020, correspondente à data de publicação do Decreto nº 10.248/2020 no Diário Oficial da União (DOU) de 19/02/2020, com a qualificação do **EMPREENHIMENTO** para fins de relicitação.

Fonte: Recorte do termo aditivo no Portal ANTT.³¹

³⁰ PEREIRA, Débora Barbosa da Costa. O instituto da relicitação nos contratos de concessões do Programa de Parceria de Investimentos: valorização da parceria no setor de infraestrutura brasileiro. In: CAVALCANTI, Juliana Tôrres de Vasconcelos Bezerra (coord.). *Direito Administrativo: temas atuais e relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 113.

³¹ TERMO aditivo BR 040. *Portal ANTT*. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1188642/VIA040-1TA-SEI_ANTT-4524547.pdf/73fa85ca-dbe2-a8e6-6ea8-ed9efaffcafb?t=1606139997490. Acesso em: 30 jan. 2023.

Foram considerados, portanto, como serviços essenciais mínimos a serem prestados aqueles de manutenção, conservação, operação e monitoração do empreendimento, enumerados no Anexo I do TA, a seguir, resumidamente destacados:

Figura 7 – Anexo I do Termo Aditivo BR-040

3.1.FRENTE DE MANUTENÇÃO

A Frente de Recuperação e Manutenção engloba as fases de Manutenção da Rodovia, conforme exposto abaixo.

MANUTENÇÃO

- **Objeto:** conjunto de obras e serviços de recomposição e aprimoramento das características técnicas e operacionais do Sistema Rodoviário.
- **Período:** vigência durante prazo disciplinado pelo 1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão do Edital Nº 006/2013.

3.3. FRENTE DE CONSERVAÇÃO

- **Objeto:** conjunto de operações preventivas, rotineiras e de emergência realizadas com o objetivo de preservar as características técnicas e físico-operacionais do Sistema Rodoviário e das instalações da Concessionária.
- **Período:** vigência durante prazo disciplinado pelo 1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão do Edital Nº 006/2013.

3.4.FRENTE DE SERVIÇOS OPERACIONAIS

Objeto: implantação e operacionalização das seguintes infraestruturas e serviços: (i) Centro de Controle Operacional; (ii) Equipamentos e Veículos da Administração; (iii) Sistemas de Controle de Tráfego; (iv) Sistemas de Atendimento ao Usuário; (v) Sistemas de Pedágio e Controle de Arrecadação; (vi) Sistema de Comunicação; (vii) Sistema de Guarda e Vigilância Patrimonial, bem como execução da reforma dos postos da PRF. Deverão ser implantados e operacionalizados os quantitativos mínimos previstos no Apêndice C.

Período: vigência durante prazo disciplinado pelo 1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão do Edital Nº 006/2013.

Fonte: Recorte do Anexo I do termo aditivo no Portal ANTT.³²

³² ANEXO I. Termo aditivo BR 040. *Portal ANTT*. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1188642/VIA040-ITA-anexo1-SEI_ANTT-4531635.pdf/0a434767-5af5-231c-b757-86a88b0915b5?t=1606140020563. Acesso em: 30 jan. 2023.

Figura 8 – Anexo I do Termo Aditivo BR-040

4.1. RELATÓRIOS DE MONITORAÇÃO

Após assinatura do 1º Termo Aditivo, a Concessionária deverá apresentar a comprovação do atendimento dos parâmetros propostos nesse PER, por meio dos Relatórios de Monitoração. Os relatórios seguintes deverão atender à frequência indicada na tabela abaixo. A entrega dos Relatórios de Monitoração deverá ser realizada até 30 (trinta) dias após a avaliação de campo. A monitoração seguinte ocorrerá de acordo com as periodicidades pactuadas com a ANTT.

- 4.1.1. Relatórios de Monitoração de Pavimento
- 4.1.2. Relatórios de Monitoração dos Elementos de Proteção e Segurança
- 4.1.3. Relatórios de Monitoração de Obras de Arte Especiais
- 4.1.4. Relatórios de Monitoração do Sistema de Drenagem e Obras de Arte Correntes
- 4.1.5. Relatórios de Monitoração de Terraplenos e Estruturas de Contenção
- 4.1.6. Relatórios de Monitoração de Canteiro Central e Faixa de Domínio
- 4.1.7. Relatórios de Monitoração de Instalações Operacionais
- 4.1.8. Relatórios de Monitoração de Sistemas Elétricos e de Iluminação
- 4.1.9. Relatórios de Monitoração de Acidentes
- 4.1.10. Relatórios de Sistema de Gerenciamento Operacional

Fonte: Recorte do Anexo I do termo aditivo no Portal ANTT.³³

Percebe-se, portanto, que o Termo Aditivo estabelece os serviços essenciais que devem continuar sendo prestados pelo contratado originário até findo o processo de relicitação, com base na proposta apresentada pelo próprio, considerando sua capacidade financeira, operacional e outras.

3.5 Prazo de cura

Como visto, um dos requisitos para a instauração do processo de relicitação é a apresentação de requerimento à agência reguladora, formulado pelo contratado originário, contendo, além de outras exigências, a renúncia ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para o enquadramento previsto no §3º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995 (art. 14, §2º, inc. II da Lei nº 13.448/2017 c/c art. 3, inc. IV, do Decreto nº 9.957/2019).

Tal prazo para correção é chamado de “prazo de cura”,³⁴ que naturalmente integra o rol de procedimentos do processo de caducidade. A Lei nº 8.987/1995, em seu artigo 38, §3º, prevê que, antes da instauração de processo administrativo de inadimplência,

³³ ANEXO I. Termo aditivo BR 040. *Portal ANTT*. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1188642/VIA040-1TA-anexo1-SEL_ANTT-4531635.pdf/0a434767-5af5-231c-b757-86a88b0915b5?t=1606140020563. Acesso em: 30 jan. 2023.

³⁴ DALEFFE, Adriano. *Extinção de contrato de concessão por rescisão: é possível contratualizar?*. Orientador: Carlos Ari Sundfeld. 2021. 109 fl. Dissertação (Mestrado Profissional) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 26.

a Administração Pública deve comunicar ao concessionário detalhadamente os descumprimentos contratuais, dando-lhe o “prazo de cura”. Trata-se de uma prerrogativa do concessionário e uma concretização do direito de ampla defesa, além de revelar a consensualidade na ação administrativa, inclusive, em matéria sancionatória, como bem ressalta Rafael Carvalho Rezende Oliveira.³⁵

Posto isso, questiona-se: a renúncia dessa importante prerrogativa não seria prejudicial ao concessionário? Não tornaria o instituto da relicitação menos atrativo? Isso porque não existiria um razoável grau de certeza de que o processo de relicitação seria levado adiante, tendo em vista a necessidade, ainda, de (i) análise preliminar pela agência reguladora (art. 4º, Decreto nº 9.957/2019); (ii) manifestação do Ministério da Infraestrutura (art. 5º, Decreto nº 9.957/2019); (iii) deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (art. 6º, Decreto nº 9.957/2019); e (iv) qualificação no PPI (art. 2º, Lei nº 13.448/2017) e celebração do Termo Aditivo (art. 8º, Decreto nº 9.957/2019).

Rafael Vêras de Freitas³⁶ assevera que abrir mão dessas faculdades é compatível com o ordenamento jurídico à luz do devido processo legal, pois tal renúncia não viola a Constituição e o particular pode renunciar a uma garantia:

[...] isso porque, como é cediço, o devido procedimento administrativo é condição prévia à aplicação de qualquer sanção administrativa, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da CRFB. Nada obstante, trata-se de garantia das partes, passível de renúncia, desde que conte com a sua concordância. Dito em outros termos, apesar de o devido procedimento administrativo ser uma garantia do particular, ele pode dela abrir mão. Nesse particular, com muito mais razão, deve-se admitir tal renúncia, na medida em que a relicitação de um contrato que não estava sendo adequadamente executado melhor atenderá o interesse.

Em verdade, a renúncia requerida refere-se à obrigatoriedade de concessão de prazo pelo poder concedente para regularização, e não à possibilidade de eventualmente corrigir as falhas. Ou seja, o concessionário que aderir ao processo de relicitação deve ser consciente de que somente não sofrerá a sanção da caducidade e outras previstas se, frustrado o processo relicitatório, não se reabilitar a tempo, sanando as falhas independentemente de provocação do ente concedente.³⁷

Ou seja, não sendo levado adiante o processo de relicitação e procedendo com a caducidade, o concessionário continua apto a sanar as falhas e evitar sanções, mas, desse modo, não é exigida a provocação do poder público.

³⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020, p. 354

³⁶ FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 641.

³⁷ MARQUES JUNIOR, José Jair. Devolução de concessões e relicitação. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas – O papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 319.

3.6 Renúncia em participar do novo certame

O requerimento de relicitação também deverá conter previsão expressa quanto à renúncia à participação no novo certame ou no futuro contrato de parceria relicitado (art. 14, §2º, inc. IV, Lei nº 13.448/2017). O Decreto nº 9.957/2019 especifica, também, que tal renúncia deve abranger os acionistas diretos ou indiretos do contratado originário (art. 3º, inc. IV). Indaga-se, então: esta exigência não violaria a competitividade do novo certame? Entende-se, a princípio, que não.

A licitação não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para chegar de modo útil a um dado resultado, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello.³⁸ A realização de licitação é a regra, mas o seu pressuposto jurídico é ser o meio apto, em face do caso concreto, para acudir ao interesse público, sendo descabido realizá-la quando não puder cumprir tal função.³⁹ O mesmo posicionamento é adotado por Rafael Vêras de Freitas,⁴⁰ para o qual o concessionário originário pode não ter condições de apresentar o melhor padrão de serviços para o novo contrato a ser relicitado e, portanto, não vislumbra qualquer antijuridicidade relativa a essa renúncia.

A Administração tem o dever, portanto, de realizar a melhor contratação com observância da melhor relação custo-benefício, com máxima competição possível para obtenção da proposta mais vantajosa.⁴¹ Ora, se o contratado originário realiza o requerimento de relicitação, infere-se que o concessionário originário não apresentará a melhor proposta, sequer o melhor padrão de serviços para o novo contrato. Sendo isso possível, não haveria a necessidade de relícitar.

Há, porém, a possibilidade de entender tal renúncia como injusta, afinal, quando da licitação, a proposta apresentada era exequível, mesmo que com menor margem de lucro, sendo fruto da concorrência acirrada, restando, desse modo, pouco recurso para uma realidade que previu, por exemplo, investimentos desnecessários ou elevado valor de outorga que não pôde ser honrado em razão da não efetivação da demanda projetava. Situações essas que geraram o pedido de relicitação.

Veja-se que na relicitação não há imposição de culpa de nenhuma das partes. Ambas reconhecem a impossibilidade da continuidade da avença. Existe um consenso de que não deu certo, seja porque a modelagem não foi bem-feita, porque o parceiro privado precipitou errado o ativo, por motivos imprevisíveis que atrapalharam a demanda, pela não efetivação da demanda projetada ou pela imposição de investimentos desnecessários. Não importa a razão. O que interessa é que não deu certo a concessão com aquele contrato, mas isso não significa que com novo modelo ela não poderia prestar bem o serviço. Um novo processo licitatório para a delegação do serviço público, com uma nova modelagem, poderia proporcionar um serviço bem-prestado pelo anterior concessionário que solicitou a relicitação. Esta, no entanto, não foi a vontade do povo

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 556.

³⁹ *Ibid*, p. 556

⁴⁰ FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 641.

⁴¹ SADDY, André. *Temas de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020, p. 23.

manifestada em lei e não se vê violação da competitividade, mas uma escolha legislativa lícita e constitucional.

Além disso, a Lei nº 13.448/2017, em seu art. 16, inc. II, veda a participação do certame licitatório da relicitação aos acionistas da Sociedade de Propósito Específico (SPE) responsáveis pela execução do contrato de parceria sendo titular de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do capital votante em qualquer momento anterior à instauração do processo de relicitação.

A partir dessa leitura, entende-se a possibilidade, então, de que acionistas com percentual menor que 20% do capital votante podem participar da futura licitação. A fundamentação para tanto seria o fato de que, em tese, estes não teriam tantos poderes dentro da SPE.

O percentual de capital votante, no entanto, pode não ser um entrave à condução dos negócios. É possível que haja acordo societário que outorgue poderes de condução do negócio independentemente do percentual acionário. Assim, a vedação deixa uma lacuna que pode ser utilizada pelos interessados que se enquadrem nessas características, ainda que tenha participado e concorrido efetivamente para o direcionamento do negócio e, conseqüentemente, para as inadimplências auferidas.

Logo, indaga-se se a vedação absoluta, a despeito do percentual de capital votante, não seria a melhor solução a ser adotada pela lei, evitando-se, assim, que um acionista que tenha concorrido para a inadimplência esteja apto para participar do certame licitatório de relicitação. Ou, se não seria melhor outro critério, tal como a exclusão daqueles responsáveis pela efetiva administração do negócio, ou seja, daqueles com poderes de condução do negócio não obstante o percentual acionário.

3.7 Indenizações devidas aos concessionários e as metodologias de cálculo utilizadas

A Lei nº 13.448/2017 estabelece que o estudo técnico utilizado para subsidiar a relicitação deve conter o levantamento de indenizações eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados (art. 17, §1º, inc. VII). Trata-se de previsão que também deve integrar o Termo Aditivo como cláusula obrigatória, conforme dispõe o art. 8º, inc. V, do Decreto nº 9.957/2019.

Essa indenização devida ao contratado originário pode ser paga pelo novo contratado ou diretamente aos financiadores do contratado original (art. 15, §1º, incs. I e II, Lei nº 13.448/2017) e deve ser calculada pela agência reguladora competente (art. 11, *caput*, Decreto nº 9.957/2019).

Segundo André Furtado de Oliveira e Jéssica Suruagy Amaral Borges,⁴² o:

Ponto fulcral da regulamentação pelo decreto é a indenização do contratado originário no caso de relicitação. Em que pese o decreto somente versar sobre diretrizes da indenização, relegando o seu cálculo à agência reguladora pertinente, foi evidenciado que, neste ponto,

⁴² OLIVEIRA, André Furtado de; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Entre a caducidade e a relicitação do contrato de concessão do Aeroporto de Viracopos (Campinas). In: ABRÃO, Carlos Henrique, et. al. (coord.). *Seguro, logística e infraestrutura: Brasil em crescimento*. São Paulo: Almedina Brasil, 2021, p. 111.

reside uma das principais distinções entre o regime da relicitação e da caducidade. O decreto prevê que, no caso de relicitação, as indenizações pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato serão pagos pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação, consistindo em condição para o início do novo contrato. Com isso, o seu pagamento ocorrerá praticamente de forma concomitante com o encerramento do contrato, ressalvada a possibilidade de discussão posterior em âmbito arbitral e judicial. Outro aspecto inovador é a possibilidade de pagamento de indenização diretamente aos financiadores e garantidores do projeto, medida que pode reforçar a financiabilidade de projetos no setor de infraestrutura como um todo. Com efeito, por este mecanismo, a indenização do contratado originário consiste uma espécie de outorga para o novo contratado, o que em alguma medida desonera o poder concedente – salvo pelo fato de que tal indenização provavelmente será precificada na proposta econômica do novo contratado no âmbito da nova licitação. A indenização na relicitação é calculada pela agência reguladora e certificada por empresa de auditoria.

A previsão legal de indenização, referente aos investimentos realizados antes do pedido de relicitação, também gera alguns questionamentos. Por exemplo, (i) como serão calculados os valores, isto é, qual será a fórmula/metodologia da indenização? (ii) como saber se o valor de arremate do novo processo será suficiente para cobrir o valor devido a título de indenização? (iii) como se dá a discussão dos valores controversos? Justamente esses questionamentos foram aqueles que mais geraram observações e determinações por parte do Tribunal de Contas da União, quando analisou o processo de relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, por meio do Acórdão nº 08/2023. O Ministro Relator fez as seguintes observações:

À exceção do cálculo final do valor de indenização dos bens reversíveis não amortizados a ser pago à atual concessionária, os demais documentos que compõem o EVTEA [estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental] foram protocolados no TCU em sua versão completa e finalizada.

Sob a lupa do princípio constitucional da isonomia, considero indispensável que o valor da indenização [...] a ser paga ao antigo parceiro conste do edital de licitação, para que cada um dos licitantes participantes possa ponderar os riscos percebidos e apresentar as suas propostas comerciais em bases equânimes, trazendo mais segurança e previsibilidade para o certame.

[...] somente após conhecer o valor a ser indenizado ao antigo parceiro é que será possível definir se o lance vencedor do leilão será suficiente para cobrir a indenização devida ou se será necessário complementá-la com recursos federais.

Ainda, ficou determinado, por unanimidade, em relação à Agência Nacional de Aviação Civil, que:

[...] se abstenha de dar efetividade ao futuro contrato de concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante/RN sem encaminhar ao TCU o cálculo da indenização certificado por empresa de auditoria independente (art. 11, §3º, do Decreto 9.957/2019) [...] ordenar que a Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex) promova estudos e proponha, caso necessário, a este Tribunal a atualização da IN TCU 81/2018 para a atuação nos casos específicos do procedimento de relicitação previsto na Lei 13.448/2017.

Precisamente, em relação à metodologia de cálculo, faz-se necessário destacar que o próprio texto da Lei nº 13.448/2017 estabelece, de maneira precisa, qual a metodologia a ser aplicada para fins de apuração do *quantum* indenizatório, haja vista o disposto no §2º, do art. 17:

§2º A metodologia para calcular as indenizações de que trata o inciso VII do §1º deste artigo será disciplinada em ato normativo do órgão ou da entidade competente.

No caso da ANAC, o normativo que disciplina a metodologia aplicável é a Resolução nº 533/2019. Especificamente no processo de relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, os referidos normativos não foram observados, sendo que o Acórdão nº 08/2023 expressa os seguintes apontamentos:

I. Precariedade dos valores relativos à eventual indenização pelos ativos ainda não amortizados

1. Verificou-se que os valores estimados nos EVTEA para eventual indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados da Concessionária Inframérica foram calculados apenas a partir de critérios contábeis, em desacordo com a metodologia própria da agência, e ainda estão pendentes de apreciação pela Diretoria Colegiada, inexistindo parecer da auditoria independente sobre esses valores.

2. Nos termos dos arts. 17 e 18 da Lei 13.448/2017, o estudo técnico, incluído o levantamento das indenizações, deve ser realizado de forma precisa, clara e suficiente, e o valor que deve constar deste estudo relativo à indenização, a ser previamente submetido a escrutínio público, refere-se, no entender da unidade técnica, ao valor calculado na forma disciplinada em ato normativo próprio da Anac, por interpretação do disposto no §2º do art. 17 da Lei de Relicitação:

Art. 18. O órgão ou a entidade competente submeterá os estudos de que trata o art. 17 desta Lei a consulta pública, que deverá ser divulgada na imprensa oficial e na internet, contendo a identificação do objeto, a motivação para a relicitação e as condições propostas, entre outras informações relevantes, e fixará prazo de no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias para recebimento de sugestões.

3. Também o Decreto 9.957/2019, que regulamenta a Lei de Relicitação, exige que o valor a ser calculado pela agência seja previamente certificado por empresa de auditoria independente:

Art. 11. Serão descontados do valor calculado pela agência reguladora competente, a título de indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de parceria, de que trata o inciso VII do §1º do art. 17 da Lei nº 13.448, de 2017: [...]

§2º O pagamento dos valores de que trata o caput será condição para o início do novo contrato de parceria, nos termos do disposto no §3º do art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017, sem prejuízo de outros valores a serem apurados e pagos posteriormente, decorrentes de decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos, na forma prevista no inciso IV do caput do art. 8º.

§3º O cálculo da indenização de que trata o caput será certificado por empresa de auditoria independente de que trata o parágrafo único do art. 7º. (Grifou-se).

4. A regra colocada no inciso VII do §1º do art. 17 da lei é clara a respeito do levantamento das indenizações: este deve ser realizado de acordo com a metodologia própria de cálculo, *in casu* a estabelecida pela Resolução Anac 533/2019.
5. Os valores de indenização constantes dos EVTEA submetidos à Consulta Pública Anac 2/2021 tratam tão somente de uma estimativa baseada em critérios contábeis, relativa aos bens reversíveis constantes do ativo intangível da concessionária, mas que não considera a metodologia de cálculo estipulada na Resolução Anac 533/2019.

Além disso, ao tratar sobre a discussão dos valores que são controversos, o acórdão dispôs:

A Anac argumentou ser possível licitar o projeto após o estabelecimento do valor chamado “incontroverso” da indenização, mas pendente do resultado da arbitragem entre a União e a Concessionária acerca dos valores controversos. Ocorre que, como ficou explicado acima, nem mesmo o valor incontroverso da indenização foi calculado, o que sugere a interrupção da licitação enquanto não sejam saneadas as exigências estabelecidas na lei e respectivo decreto de regência da matéria.

Do referido trecho é possível concluir que o TCU entende imprescindível que haja, pelo menos, o resultado da arbitragem entre a União e o concessionário acerca dos valores controversos, sendo impossível que a nova licitação aconteça sem que esses valores estejam previamente definidos. Além disso, existem outras irregularidades que precisam ser sanadas para que o processo de relicitação em comento prossiga, conforme se observa nas determinações do TCU sobre o tema das indenizações:

Entende-se cabível determinar à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), com fundamento no art. 157 do RITCU c/c os arts. 3º, par. único, e 9º, §2º, da IN-TCU 81/2018, como condição para o prosseguimento do certame, o atendimento dos seguintes requisitos, exigidos na legislação relativa à Lei 13.448/2017 e ao Decreto 9.957/2019:

- a) certificação do cálculo da indenização por empresa de auditoria independente (art. 11, §3º, da Lei 11.448/2017);
- b) submissão do cálculo da indenização, conforme metodologia preconizada na Resolução-Anac 533/2019, à consulta pública (art. 17, §2º, da Lei 11.448/2017);
- c) aprovação do cálculo da indenização pela Diretoria Colegiada da Anac (art. 11, inciso VI, da Lei 11.182/2005)
- d) análise do cálculo da indenização pelo TCU, após o exame das contribuições advindas de consulta pública por parte da Anac (art. 3º, *caput* e par. único, da IN-TCU 81/2018).

Diante do exposto, observa-se que a legislação e o decreto regulamentador versaram apenas sobre as diretrizes da indenização, enquanto o efetivo cálculo ficou a cargo da agência reguladora competente e seu ato normativo editado para tanto. Não há, portanto, uma metodologia ou fórmula geral, idêntica e comum a todos os casos, visto que os órgãos e entidades competentes podem dispor de metodologias diversas, desde que respeitem os ditames legais e infralegais, tal como a previsão de certificação do cálculo por empresa de auditoria independente e submissão à consulta pública.

Ademais, para aferir se o valor de arremate do novo processo é suficiente para cobrir o valor devido a título de indenização, é imprescindível que o valor conste do edital de relicitação. Trata-se de medida que busca aumentar a segurança jurídica e a exequibilidade da proposta que, desse modo, já considerará os riscos e o valor a título de indenização. Por fim, no que tange aos valores controversos, infere-se que é preciso que haja, ao menos, o resultado da arbitragem entre a União e o concessionário, não sendo possível relicitar sem que esses valores estejam definidos.

4 Leilão de relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante

O Aeroporto de São Gonçalo do Amarante/RN, como já mencionado, figura-se como o *leading case* dos casos de relicitação em tramitação no país. Após controle realizado pelo Tribunal de Contas da União pelo Acórdão nº 08/2023-Plenário, amplamente abordado no tópico anterior, as determinações foram observadas pela ANAC que, por sua vez, contratou a empresa Price Water House Coopers Auditores Independentes Ltda. para assegurar o cálculo da indenização devida à Inframérica Concessionária do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante S/A pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados.

Esse processo foi concluído em 27 de abril de 2023 e comunicado pela agência em 04 de maio de 2023.⁴³ As principais alterações editalícias referem-se à mudança na forma de pagamento da contribuição inicial:

O início do novo contrato de parceria é condicionado ao pagamento à atual concessionária da indenização devida. Havendo diferença entre o lance apresentado pelo proponente vencedor e o valor dos bens reversíveis devido à atual concessionária, a proposta de edital define que o recolhimento da contribuição inicial ocorra somente após o pagamento pelo Poder Público. O objetivo é mitigar o risco do novo investidor e evitar atrasos no início da transição operacional.⁴⁴

Com isso, a data da Sessão Pública do leilão foi marcada para o dia 19 de maio de 2023, sendo o lance mínimo estabelecido em R\$226,9 milhões, valor que seria, ainda, acrescido do ágio eventualmente oferecido no leilão.

O leilão efetivamente ocorreu na data prevista, tendo sido o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante arrematado por R\$320 milhões, um ágio de 41% sobre o lance mínimo estabelecido. Na ocasião, dois proponentes participaram, sendo eles NK 230 Empreendimentos e Participações e ZURICH Airport Internacional, sendo este declarado o vencedor do leilão.

A relicitação, no entanto, não está finalizada. No dia 26 de maio de 2023 está previsto o recebimento dos documentos de habilitação do proponente vencedor, com publicação

⁴³ ANAC. *Comunicado Relevante nº 05/2023*. Brasília, 04 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/relicitacao-do-aeroporto-de-sao-goncalo-do-amarante-rn/comunicados-relevantes/ComunicadoRelevante052023.pdf>. Acesso em: 22 maio 2023. s/p.

⁴⁴ ANAC. *Leilão do ASGA, aeroporto que atende Natal, é oportunidade de investimento no Nordeste*. Gov.br. Publicado em 16/05/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2023/leilao-do-asga-aeroporto-que-atende-natal-e-oportunidade-de-investimento-no-nordeste>. Acesso em: 22 maio 2023. s/p.

da ata de julgamento no dia seguinte. A data para homologação e adjudicação do objeto pela Diretoria da ANAC, assim como a convocação para celebração do contrato de concessão, ainda não possui data definida.

Como ressaltam Alice Voronoff e Jeaninny Teixeira,⁴⁵ os processos começam, mas não têm data certa para terminar, e o caso da relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante retrata a morosidade para a conclusão do procedimento. Tendo iniciado em 2020, aprovada pelo TCU em janeiro de 2023 e, apesar da realização do leilão em maio do mesmo ano, não há previsão para a convocação para celebração do contrato de concessão.⁴⁶

Conclusões

A relicitação apresenta-se como uma nova forma de rescisão amigável de um contrato de concessão infrutífero, por erro da Administração Pública ou até mesmo do concessionário. Trata-se de uma nova solução, possivelmente mais adequada à manutenção dos interesses públicos, em comparação com a caducidade, por exemplo. Não obstante, assim como acontece com outros institutos jurídicos recém-introduzidos no ordenamento pátrio, inúmeros são os questionamentos e dúvidas no processo de implementação e aplicação dessa nova alternativa legal.

No presente artigo, apesar do escasso material bibliográfico, com base no perfil de pesquisa exploratória e empírica, foi possível observar que o instituto em tela promove atrativos interessantes, como a suspensão das obrigações vincendas, das contribuições mensais, das outorgas, de eventuais processos de caducidade, de multas e, inclusive, a não aplicabilidade da suspensão do direito de licitar com a Administração (com exceção do novo certame ensejador da relicitação), afinal, caso desvantajoso fosse, o concessionário não optaria por dar início ao processo.

A relicitação deve ser tratada como uma medida excepcional e pontual. Pode e deve ser considerada uma ferramenta estratégica para projetos de infraestrutura relevantes, como nos casos exemplificados ao longo deste artigo, quais sejam, BR-040, Aeroporto de São Gonçalo do Amarante e Aeroporto de Viracopos. Porém é fundamental que haja um mínimo de viabilidade e segurança para os concessionários e investidores, além disso, o processo de relicitação tem de ser menos custoso e mais eficiente para ambas as partes quando comparado ao processo de caducidade, do contrário, o instituto entrará em desuso e será mais uma previsão morta na legislação brasileira.

A curva de aprendizado ainda está em desenvolvimento, e o tempo tende a aperfeiçoar o processo. Com os processos de relicitação em andamento, espera-se que o poder público e os concessionários aprendam, aumentando a retenção de informações para, gradualmente, aumentar a *performance* (ou aprendizagem) em relação ao tempo (experiência).

⁴⁵ VORONOFF, Alice. TEIXEIRA, Jeaninny. Relicitação, promessa não realizada e a busca de alternativas pela ANTT. *GBA Associados*. Publicado em 19/05/2023. Disponível em: <http://www.gbalaw.com.br/relicitacao-promessa-nao-realizada-e-a-busca-de-alternativas-pela-antt/>. Acesso em: 22 maio 2023. s/p.

⁴⁶ Vale recordar que os processos de relicitação de aeroportos aparentam uma maior agilidade na tramitação das primeiras etapas, diferentemente da relicitação da BR-040, cuja assinatura do termo aditivo demorou mais de 3 (três) anos.

O concessionário só vai aderir à relicitação se ele compreender seus requisitos e regulamentação, é dizer, souber a regra do jogo. Segurança jurídica e previsibilidade de como funcionará são os caminhos para que o instituto se estabeleça, mormente no que diz respeito à indenização. Ressalta-se que não há direito subjetivo à relicitação.

Recorda-se que o racional da lei é o usuário. Uma concessão que não vai bem é uma concessão que não atende os interesses públicos. O concessionário que não cumpre seu contrato é um contrato que não funciona para o usuário, sujeito da relação para o qual a atividade é direcionada. Relicitação vem na esteira do raciocínio de que as partes concordam quanto ao que devem devolver, independentemente da culpa de alguma delas, pois não há, no processo licitatório, imposição de culpa. Ambas as partes reconhecem a impossibilidade da continuidade da avença.

Como destacado, trata-se de instituto em fase inicial de conhecimento, não sendo possível restringir os desafios e conclusões somente às discutidas neste artigo, de maneira preliminar, afinal, não há, ainda, nenhum processo de relicitação que tenha sido conclusivo, ainda que se tenha findado o leilão referente ao Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, portanto, fazendo-se necessário o acompanhamento daqueles que estão em tramitação, bem como a processos futuros, dessa forma, prolongando-se os estudos sobre o tema.

Referências

ABDALA Vitor. Número de desempregados no Brasil sobe 12,5% de 2016 para 2017. *Agência Brasil*. Rio de Janeiro, 31 jan. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/numero-de-desempregados-no-brasil-sobe-125-entre-2016-e-2017>. Acesso em: 19.03.2023.

ANAC. *Comunicado Relevante nº 05/2023*. Brasília, 04 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/relicitacao-do-aeroporto-de-sao-goncalo-do-amarante-rn/comunicados-relevantes/ComunicadoRelevante052023.pdf> Acesso em: 22/05/2023.

ANAC. Leilão do ASGA, aeroporto que atende Natal, é oportunidade de investimento no Nordeste. *Gov. br*. Publicado em 16/05/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2023/leilao-do-asga-aeroporto-que-atende-natal-e-oportunidade-de-investimento-no-nordeste>. Acesso em 22/05/2023.

ANEXO I. Termo aditivo BR 040. *Portal ANTT*. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1188642/VIA040-1TA-anexo1-SEL_ANTT-4531635.pdf/0a434767-5af5-231c-b757-86a88b0915b5?t=1606140020563. Acesso em: 30 jan. 2023.

ASGA – Termo Aditivo 007 2020 – Relicitação. *Portal Gov*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aerportos-concedidos/natal/documentos-relacionados/02termos-aditivos/asga-termo-aditivo-007-2020-relicitacao.pdf/view>. Acesso em: 31 jan. 2023.

BALANÇO e perspectivas econômicas 2016-2018. *Portal GOV*. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/balanco-e-perspectivas>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BORGES, João; OLIVEIRA, Ribamar; SAFATLE, Claudia. Anatomia de um desastre: *Os bastidores da crise econômica que mergulhou o país na pior recessão da história*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 689.

CARVALHO, Herbert. Crise econômica lembra lições de 1929. *Revista Problemas Brasileiros*, São Paulo, v. 72, n. 392, 2009.

CONTRATO de concessão BR 040. *Portal ANTT*. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1188642/Contrato.pdf/b28a5986-1495-a921-3ed0-6136f44fcb7?t=1594149004877>. Acesso em: 30 jan. 2023.

CONTRI, André Luis. Considerações sobre a crise econômica mundial e seu impacto na economia brasileira. *Revista Indicadores Econômicos FEE*, Porto Alegre, v. 37, n. 2, p. 7-12, 2009.

CURY, Anay; SILVEIRA, Daniel. PIB recua 3,6% em 2016, e Brasil tem pior recessão da história. *Gl*, 07 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/03/economia-encolhe-36-em-2016-e-brasil-tem-pior-recessao-da-historia.html>. Acesso em: 19.03.2023.

DALEFFE, Adriano. *Extinção de contrato de concessão por rescisão: é possível contratualizar?* Orientador: Carlos Ari Sundfeld. 2021. 109 fl. Dissertação (Mestrado Profissional) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021.

FREIRE, Patrícia de Sá; SILVA, Talita Caetano; SOUZA, João Artur de. *Gestão do conhecimento para aceleração da curva da aprendizagem*. Curitiba: CRV, 2020.

FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Comado. Prorrogação Contratual e relicitação nº 13.448/17 – Perguntas e respostas. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEGISLAÇÃO informatizada. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-752-24-novembro-2016-783938-exposicao-demotivos-151447-pe.html>. Acesso em: 19.03.2023.

MARQUES JUNIOR, José Jair. Devolução de concessões e relicitação. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MISHNE, Judite Marks. *A curva da aprendizagem: elevando a competência acadêmica e social*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

OLIVEIRA, André Furtado de; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Entre a caducidade e a relicitação do contrato de concessão do Aeroporto de Viracopos (Campinas). In: ABRÃO, Carlos Henrique, et. al. (coord.). *Seguro, logística e infraestrutura: Brasil em crescimento*. São Paulo: Almedina Brasil, 2021.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate. *Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos*. Orientador: Sérgio Guerra. 2018. 237 fl. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020.

PEREIRA, Débora Barbosa da Costa. O instituto da relicitação nos contratos de concessões do programa de parceria de investimentos: valorização da parceria no setor de infraestrutura brasileiro. In: CAVALCANTI, Juliana Tôrres de Vasconcelos Bezerra (coord.). *Direito Administrativo: temas atuais e relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

RAGO, Maria Aparecida de Paula, et. al. *Economia brasileira: crise e estagnação*. São Paulo: Intermeios, 2018

RELICITAÇÃO Aeroporto de São Gonçalo do amarante. ANAC. Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/relicitacao-do-aeroporto-de-sao-goncalo-do-amarante-rn>. Acesso em: 31 jan. 2023.

RELICITAÇÃO Aeroporto Viracopos. ANAC. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/relicitacao-do-aeroporto-de-viracopos/justificativa>. Acesso em: 31 jan. 2023.

RESOLUÇÃO CPPI nº 210. *Portal Gov*. de 16 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cppi-n-210-de-16-de-dezembro-de-2021-372802126>. Acesso em: 31 jan. 2023

SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023, p. 412. v. 1.

SADDY, André. *Temas de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

SADDY, André; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade por inatividade da administração pública: um estudo específico do silêncio administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 109-133, jul./set. 2016.

SBERZE, Othavio Dias Reis; PEREIRA, Tiago Souza. Análise econômica das concessões aeroportuárias em relação aos problemas financeiros das concessionárias. *Revista de Gestão, Economia e Negócios*, São Paulo, v. II, n. 1, p. 01-19, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/regen>. Acesso em: 30 jan. 2023.

TAMÊGA, Flávia Mattioli. Relicitação: o instrumento que faltava para tratar situações imprevisíveis capazes de levar à inviabilidade de contratos de concessão e garantir maior segurança jurídica. In: POZZO, Augusto Neves Dal (coord.); ENEL, José Virgílio Lopes. *Tratado sobre o setor de rodovias no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2022.

TCU aprova concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN) com condicionantes. *Portal TCU*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aprova-concessao-do-aeroporto-de-sao-goncalo-do-amarante-rn-com-condicionantes.htm>. Acesso em: 19 mar. 2023.

TERMO aditivo BR 040. *Portal ANTT*. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1188642/VIA040-1TA-SEI_ANTT-4524547.pdf/73fa85ca-dbe2-a8e6-6ea8-ed9efaffcafb?t=1606139997490. Acesso em: 30 jan. 2023.

VORONOFF, Alice. TEIXEIRA, Jeaninny. Relicitação, promessa não realizada e a busca de alternativas pela ANTT. *GBA Associados*. Publicado em 19/05/2023. Disponível em: <http://www.gbalaw.com.br/relicitacao-promessa-nao-realizada-e-a-busca-de-alternativas-pela-antt/>. Acesso em 22 maio 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SADDY, André; SILVA, Matheus Alves Moreira da; FERNANDES, Ketlyn Gonçalves. Processo de relicitação segundo a Lei nº 13.448/2017: principais desafios jurídicos na implementação do instituto. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 271-297. ISBN 978-65-5518-581-2.

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO, PARTICIPAÇÃO SOCIAL E TECNOLOGIA: MAXIMIZAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTEXTO DIGITAL

THANDERSON PEREIRA DE SOUSA

1 Introdução

A realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) passou a ser exigida recentemente no Brasil com as Leis nº 13.848 e nº 13.874, ambas de 2019, conhecidas como Lei das Agências Reguladoras e Lei de Liberdade Econômica, respectivamente. Pela Lei nº 13.848/2019 a implementação ou proposição de modificação de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários serão precedidas de AIR, dando conhecimento das informações relativas e as consequências em potencial.

Nesse sentido, o estudo tem como problemática a averiguação da relação entre AIR, participação social e tecnologia no Brasil, a evidenciar se há ou não sinergia entre tais variáveis num contexto em que as relações entre Estado e sociedade se modificaram numa dimensão digital volátil e acelerada na revolução tecnológica.

Busca-se definir os contornos da AIR no cenário brasileiro, esclarecendo suas principais peculiaridades no ordenamento jurídico, seu contorno democrático pela participação social nas possibilidades que o instituto favorece e, também, como a tecnologia tende a auxiliar essa participação na persecução de eficiência e qualidade regulatórias. Metodologicamente utiliza-se abordagem dedutiva, apoiada nas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Em síntese de conclusão, percebe-se que a realização de AIR constitui forma para o aperfeiçoamento da atividade regulatória no Brasil, via Agências Reguladoras, com a corporificação de dados e possíveis consequências a orientar os decisores rumo à decisão mais adequada. A AIR está intrinsecamente ligada à participação social na medida em que tal participação, seja por consulta ou audiência pública – ou ainda por outro meio definido pelas Agências –, serve de mecanismo para apuração das percepções dos interessados e caminho para a legitimidade procedimental e, pois, democratização. Por fim, observa-se que a tecnologia é uma forte aliada das Agências Reguladoras no processo de AIR e na promoção da participação social, tendo destacada importância na Lei nº

13.848/2019 e na própria experiência das Agências com os sítios virtuais respectivos. A tecnologia tem servido como ferramental para a maximização democrática na AIR e, igualmente, para a qualidade da atividade regulatória.

2 Análise de Impacto Regulatório (AIR): um panorama do contexto brasileiro

Ainda que não se possa falar da AIR enquanto um novo instrumento, seja no plano internacional ou nacional, tal ferramenta passou a figurar recentemente, no Brasil, exigência com vistas a qualificar decisões estatais que afetem diretamente setores alcançados pelo exercício do poder regulamentador.¹

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em sua atuação internacional na coordenação e aperfeiçoamento de políticas regulatórias, recomendou, em 2012, que seus membros integrassem a AIR já nas fases iniciais de elaboração de políticas públicas regulatórias, modo viabilizador de identificação dos objetivos da atividade de regulação, sua necessidade e a melhor estratégia para performance efetiva e eficiente, além de considerar as inúmeras oportunidades que as abordagens de análise promovem para a qualificação das opções regulatórias.²

No Brasil, especificamente, a ideia de contemplação da intervenção estatal via regulação pode ser identificada mesmo antes das recomendações da OCDE, em 2007, com o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão da Regulação (PRO-REG), via Decreto nº 6.062. “A AIR é um procedimento de que se apropriaram as Agências Reguladoras, inicialmente pelas agências federais, destinatárias primárias do PRO-REG”.³

De modo geral, a AIR pode ser concebida como o conjunto de instrumentos que examinam, antecipadamente, as consequências da ação pública regulatória, “comunicando aos decisores informações que serão úteis”.⁴ Para aprofundar a compreensão e delinear particularidades que perpassam tal instrumento, define-se AIR como o procedimento impulsionado pela existência de um problema regulatório, ou seja, um revés de natureza coletiva a exigir intervenção do Estado regulador, mapeando antecipadamente a necessidade da intervenção, os interessados, as possibilidades para a realização da

¹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; GONDIM, Liliane Sonsol; SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 351-370, 31 ago. 2020. UPF Editora. <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v34i2.11304>. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11304>. Acesso em: 01 mar. 2023.

² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança*. 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2023, p. 06.

³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; GONDIM, Liliane Sonsol; SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 351-370, 31 ago. 2020. UPF Editora. <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v34i2.11304>. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11304>. Acesso em: 01 mar. 2023, p. 355.

⁴ KEGELS, Chantal; DEBEUCKELAERE, Katrien. L'analyse d'impact de la réglementation (AIR): un outil pour améliorer la prise de décision politique?. *Pyramides – Revue du Centre d'Études et de Recherches en Administration publique*, Bruxelles, v. 2, n. 2, p. 111-120, jun. 2000. Disponível em: <https://journals.openedition.org/pyramides/562#quotation>. Acesso em: 01 mar. 2023, p. 111.

ação regulatória e suas potenciais consequências, munindo os decisores de evidências que possam conduzir à escolha mais razoável e legítima.

Luiz Alberto Blanchet e Priscila Ton Bubniak entendem que a adoção da AIR tem um incentivo a partir da demanda pela promoção do bem-estar econômico e social, uma vez que “a regulação pode apresentar custos para a sociedade, ou se tornar um obstáculo ao desenvolvimento caso se torne excessiva”.⁵ Portanto, mostra-se útil para a consecução de estratégias reguladoras mais eficazes e eficientes, estando qualificada pela OCDE tanto como uma ferramenta quanto como um processo decisório.⁶

Ao dispor sobre estruturação, funcionamento, processo decisório e controle social das Agências Reguladoras, autarquias em regime especial, a Lei nº 13.848, de 2019, planejou a adoção da AIR, nos termos do seu artigo 6º, sempre que houver aplicação ou proposta de modificação de atos normativos “de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados, nos termos do regulamento, [...] que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo”.⁷

De acordo com a Lei nº 13.848/2019, cada Agência Reguladora disporá, em seus regulamentos, sobre conteúdo e metodologia da AIR, sua operacionalização, requisitos mínimos e casos de dispensa ou obrigatoriedade (art. 6º, §1º e §2º). Nos casos em que não houver AIR, haverá nota técnica ou documento do gênero que baseie a proposta de deliberação (art. 6º, §5º). Ainda, a referida lei configurou com caráter colegiado a decisão das agências (art. 7º).

Na sequência, a Lei nº 13.874, de 2019, conhecida como Lei de Liberdade Econômica, dispôs em seu art. 5º sobre a exigência da realização da AIR, considerando as propostas de mudança de atos normativos gerais (na mesma incidência que a Lei das Agências Reguladoras), mas ampliando o manejo da AIR, que então passa a ser estendido para órgão ou entidade da Administração Pública federal, abarcando autarquias e fundações públicas.⁸

Verifica-se, então, que no cenário brasileiro a adoção da AIR constitui caminho para a elaboração de políticas públicas de regulação baseadas em evidências, maximizando a performance regulatória do Estado na promoção da melhor estratégia possível – em termos de razoabilidade. A decisão regulatória baseada em dados obtidos a partir de metodologias bem definidas é caminho para o aperfeiçoamento da ação estatal, inclusive legitimando as estratégias indicadas pelos decisores.

⁵ BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-15, 22 dez. 2017, p. 06.

⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança*. 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2023, p. 25.

⁷ BRASIL. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em: 04 mar. 2023, p. 01.

⁸ BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 04 mar. 2023.

3 Contorno democrático da Análise de Impacto Regulatório (AIR): a participação social em perspectiva

A reconfiguração do Estado, sobretudo com o fim do seu monopólio em determinados serviços e atividades, então repassados ao setor privado,⁹ impõe o delineamento da função regulatória como um cenário de associação de inúmeros instrumentos para a definição de regras minimamente estáveis para a atividade econômica.¹⁰ Nesse quadrante, a AIR se manifesta como uma ferramenta baseada em evidências apta para o aperfeiçoamento da função regulatória exercida pelo Estado.

Todavia, em um contexto democrático, seria impensável que o exercício da função regulatória, via Agências Reguladoras, pudesse estar alheio ao princípio democrático, razão maior da própria existência pública. Ainda, outra insensibilidade estaria posta admitindo-se a AIR no Brasil sem a possibilidade de participação social. A participação social constitui-se como peculiaridade democratizante para o Estado regulador, uma vez que a ideia de participação “vincula-se ao pluralismo, caracterizado, na essência, pela multiplicidade dos grupos, pela multiplicidade das interações indivíduo-sociedade e dos interesses; o binômio pluralismo-participação é indissolúvel”.¹¹

Assim, a participação social na AIR é decorrência lógica da estrutura democrática e busca incluir, nos instrumentos e complexos de análise de alteração para regulação, os interesses de cidadãos e cidadãs a partir de suas próprias percepções – conformando o contorno democrático nesse cenário. “É de se destacar, sem dúvidas, que a qualidade da política regulatória passa, diretamente, pela viabilização da participação da sociedade, de uma forma geral, pois é desse modo que surgem espaços para diálogo.”¹²

Compreender, pois, o contorno democratizante na AIR exige uma análise conjunta da Lei nº 13.848/2019 e do Decreto nº 10.411/2020. Em que pese a avaliação de impactos pautar-se, essencialmente, por evidências que apontem para as consequências da regulação ou alteração de regulação, a verificação de todos os interessados, incluídos aqui cidadãos e cidadãs, também constitui forma de observação dos possíveis reflexos regulatórios.

Não à toa, a Lei nº 13.848/2019 estabelece, em seu 6º, §4º, que a manifestação do conselho diretor ou diretoria colegiada sobre o relatório de AIR, que tratará da adequação da proposta e sobre sua recomendação de adoção ou não, constituirá, junto com o relatório de AIR, o material que será disponibilizado para a realização de consulta ou audiência pública. A referida lei assevera, também, que as agências devem realizar consultas públicas e, por decisão colegiada, poderão convocar audiências públicas – artigos 9º e 10, respectivamente.¹³

⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 67.

¹⁰ SILVA, Rafael Silveira e et al. *Regulação no Brasil: de onde e por onde já caminhamos*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado Federal, 2020, p. 05.

¹¹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 229.

¹² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; GONDIM, Liliane Sonsol; SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 351-370, 31 ago. 2020. UPF Editora. <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v34i2.11304>. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11304>. Acesso em: 01 mar. 2023, p. 358.

¹³ BRASIL. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em: 04 mar. 2023, p. 01.

Na consulta pública, anterior à decisão, o conselho diretor ou diretoria colegiada tomarão as críticas, sugestões ou contribuições de agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços regulados, de modo que as informações levantadas nesse momento servirão de embasamento para a deliberação final. Importante esclarecer que, nesse caso, a lei efetivamente aumenta o ônus argumentativo das agências reguladoras, uma vez que todas as informações obtidas deverão contar com um posicionamento delas (art. 9º, §5º, Lei nº 13.148/2019).

Em outro quadrante, as agências, por decisão colegiada, poderão realizar audiências públicas para debater matéria relevante no que concerne à AIR, recebendo a manifestação oral dos interessados em sessões públicas, de forma que tais intervenções também sirvam de apoio para a decisão em matéria de regulação. No caso específico da audiência pública entende-se, pela redação do artigo 10 da Lei nº 13.848/2019, que não há obrigatoriedade de sua realização.

Em uma análise primeira da Lei nº 13.848/2019 haveria a possibilidade de identificar a participação social apenas após a concretização do relatório de AIR, interpretação que é rejeitada aqui, pois “cumpre esclarecer que a participação dos agentes econômicos, consumidores, usuários e público externo na AIR ocorre em dois momentos distintos: (a) no momento da elaboração do relatório; e, (b) no momento de avaliação do relatório e decisão”.¹⁴

Esse posicionamento se consolida por duas razões: (1) entende-se que pode haver a maximização da participação social na AIR pelo princípio democrático e por uma interpretação teleológica da Lei das Agências Reguladoras; e (2) o Decreto nº 10.411/2020 determina que o relatório de conformação da AIR conterá “considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise”.¹⁵

Percebe-se que a associação entre a Lei nº 13.848/2019 e o Decreto nº 10.411/2020 favorecem a participação social enquanto contorno democrático da AIR, ferramental essencialmente técnico e baseado em evidências. Além, implica a ampliação do debate coletivo em torno de normas de regulação que afetem o interesse geral da sociedade. Nessa orientação, “a participação popular na AIR se mostra como uma medida a incrementar o consensualismo na atuação administrativa, buscando alcançar os efeitos positivos em prol de uma melhor regulação que visa garantir o interesse público de forma eficiente, assim como o serviço adequado, quando se tratar de serviço público”.¹⁶

Relevante destacar que a participação social na perspectiva da AIR não possui somente caráter democratizante e contributivo-informacional, para além disso constitui

¹⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; GONDIM, Liliane Sonsol; SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 351-370, 31 ago. 2020. UPF Editora. <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v34i2.11304>. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11304>. Acesso em: 01 mar. 2023, p. 360.

¹⁵ BRASIL. *Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm. Acesso em: 06 mar. 2023, p. 01.

¹⁶ GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 279, n. 3, p. 275-300, 29 dez. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82965>. Acesso em: 06 mar. 2023, p. 287.

critério para a verificação de qualidade das análises realizadas no âmbito da regulação, tornando-se indispensável averiguar se as agências, de fato, envolveram a sociedade, coletaram dados, mapearam as percepções de grupos sociais e foram responsivas face às demandas identificadas.¹⁷

4 Tecnologias para a participação social na AIR: possibilidades para a maximização democrática e qualidade regulatória no contexto digital

Nota-se, pelo exposto na seção anterior, que a AIR, na qualidade de instrumento para o aperfeiçoamento da função regulatória, ganha contornos democráticos na medida em que é pavimentada, seja na Lei nº 13.848/2019 ou no Decreto nº 10.411/2020, a possibilidade de participação social, conduzindo a AIR para a obtenção não somente da legitimidade técnica, mas também da legitimidade procedimental (considerando a interação de todos os interessados).¹⁸

Ocorre, porém, que tratar da procedimentalização na AIR requer o reconhecimento das diferenças existentes entre os interessados no evento: agentes econômicos, consumidores e usuários. A distinção notória entre os interessados revela que há disparidade em termos de participação no processo de análise das consequências que a alteração ou ação regulatória podem provocar no ambiente econômico-social. Agentes econômicos podem provocar a captura de consultas ou audiências públicas. E, por outro lado, contata-se a fragmentação participativa de consumidores e usuários.¹⁹

Essa não é uma particularidade apenas brasileira. A experiência da França em matéria de AIR também indica a fragilização da participação social, sobretudo pela manifestação tendenciosa de grupos ligados aos agentes econômicos e o fenômeno do isolamento participativo dos interessados.²⁰

Nessa perspectiva, levanta-se a tese de que as novas tecnologias, decorrentes da revolução tecnológica, podem favorecer a maximização democrática e contribuir positivamente para a qualidade regulatória no Brasil, ao passo que podem potencialmente fortalecer a participação social e ampliar a legitimidade procedimental da AIR realizadas pelas agências. É conceber que a tecnologia, de fato, pode ser alinhada para evitar a fragmentação participativa e auxiliar na condução dos estudos de impactos da regulação estatal.

¹⁷ SAAB, Flavio; SILVA, Suylan de Almeida Midleje. Qual a qualidade da análise de impacto regulatório elaborada por agências reguladoras do Brasil? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 529-549, jul. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/rj/rap/a/3RtdtZrVhV7dFQsR5s3rch/?lang=pt>. Acesso em: 06 mar. 2023, p. 532.

¹⁸ Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; GONDIM, Liliane Sonsol; SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 351-370, 31 ago. 2020. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11304>. Acesso em: 01 mar. 2023.

¹⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; GONDIM, Liliane Sonsol; SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 351-370, 31 ago. 2020. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11304>. Acesso em: 01 mar. 2023, p. 364.

²⁰ GIBERT, Patrick. Réflexions sur l'appropriation française de l'analyse d'impact de la réglementation (A.I.R) dans le cas de la mise en œuvre des études d'impact des projets de loi. *Politiques et management public*, Paris, v. 35, n. 3/4, 2018, 243-272.

Klaus Schwab²¹ argumenta que a Quarta Revolução, a revolução tecnológica, é marcada pela (i) velocidade, com ritmo exponencial devido ao mundo multifacetado e interconectado; (ii) amplitude, com combinação de diversas tecnologias modificando a economia, a sociedade e as relações; e (iii) impacto sistêmico, implicando a reforma de sistemas dentro de países, sociedades e empresas. Continuamente, o autor, ao tratar de categorias impulsionadoras da Quarta Revolução, indica a dimensão digital como propulsiva das novas relações e formas de interação, sobretudo com a Internet das Coisas (*Internet of Things* – IoT). A IoT permeia a corporificação de uma infraestrutura global de rede para objetos físicos, com conectividade a qualquer hora e em qualquer lugar, indistintamente – manifestação do princípio da ubiquidade.²² Ademais, a IoT tornou as conexões mais inteligentes e presentes na vida dos indivíduos, de forma que os dispositivos tecnológicos digitais mediam o trato entre coisas e pessoas.²³ A IoT abrange, amplamente, a computação em nuvem, *big data*, *machine learning*, *crowdsourcing* e *blockchain*.²⁴

Outra tendência da tecnologia é a Inteligência Artificial (IA), que corresponde ao fenômeno em que uma máquina consegue imitar a capacidade humana, é o “uso de mecanismos informatizados que mimetizam as operações intelectuais humanas”.²⁵ Max Tegmark a assinala como uma espécie de “inteligência não biológica”.^{26 27}

Importa explicitar que, em um contexto cada vez mais tecnológico, estando assentada a configuração de uma Administração Pública cada vez mais digital,²⁸ a função regulatória não escapa alheia ao “novo mundo”.

A Lei nº 13.848/2019, por exemplo, diversas vezes destaca a internet como um canal útil para a AIR. Referida lei dispõe que as reuniões deliberativas terão suas pautas divulgadas com antecedência na internet, as atas disponibilizadas na internet em até cinco dias úteis contados da aprovação e as gravações, por fim, disponibilizadas em até quinze dias úteis (art. 8º). Aqui resta evidente o manuseio de um complexo de tecnologias para a transparência da decisão das agências reguladoras.

Nas consultas públicas, as agências devem divulgar no *Diário Oficial da União* e na internet o despacho ou aviso de abertura, momento do qual inicia o prazo de duração

²¹ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 17-18.

²² SANTAELLA, Lucia. *Comunicação ubíqua: repercussões na cultura e na educação*. São Paulo: Paulus, 2013.

²³ SANTAELLA, Lucia; GALA, Adelino; POLICARPO, Clayton; GAZONI, Ricardo. Desvelando a Internet das Coisas. *Revista GEMInS*, São Carlos, v. 4, n. 2, p. 19-32, 2013. Disponível em: <https://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/141>. Acesso em: 04 mar. 2022.

²⁴ Estas tecnologias serão abordadas, de forma mais detalhada, na redação final do produto da pesquisa que será empreendida.

²⁵ VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020, p. 183.

²⁶ TEGMARK, Max. *Vida 3.0: o ser humano na era da inteligência artificial*. Tradução Petê Rissatti. São Paulo: Benvirá, 2020, p. 50.

²⁷ Importante esclarecer que a IA não deve ser confundida com a IoT. A relação entre essas tecnologias é muito íntima, todavia a IA utiliza algoritmos para reproduzir a capacidade de compreensão humana e o faz a partir de dados obtidos por intermédio de dispositivos conectados à internet – IoT. Por sua vez, IoT depende da IA para processar e analisar os dados alcançados e construídos, dispensando a ação humana.

²⁸ SOUSA, Thanderson Pereira de; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Constitucionalismo e administração pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 177-194, 20 set. 2022.

da consulta. A internet também constitui espaço para depósito e divulgação dos documentos técnicos pertinentes à AIR, publicização das manifestações recebidas e os respectivos posicionamentos das agências (art. 9º). Nas audiências públicas, as agências têm de possibilitar o acesso, via internet, ao relatório de AIR, estudos, dados e material técnico (art. 10, §3º), além de providenciarem um relatório geral das participações após trinta dias do fechamento dos trabalhos (art. 12).

Já o Decreto nº 10.411/2020, que regulamenta a AIR, não faz a menção expressa da internet como instrumental para a participação social. Entretanto, permite que as agências tratem de formas de participação diversas, o que pode incluir a utilização de novas tecnologias como plataforma de integração dos interessados na AIR. De todo modo, por hierarquia normativa, a Lei nº 13.848/2019 viabiliza tal uso.

À vista do exposto, percebe-se que a construção jurídica da AIR no Brasil conta com a previsão inequívoca de sua abertura para o emprego de novas tecnologias na participação social, evidente o manejo da internet, da computação em nuvem e da estruturação de dados em plataformas de participação popular, por exemplo.

Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) possuem em seus sítios eletrônicos espaços destinados exclusivamente para a participação social, contendo informações pertinentes e hospedagem virtual dos documentos relativos. Reconhecimento especial merece a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), que dispõe de sistema próprio, o Sistema de Participação Social nas Decisões da ANA.²⁹ No sistema da ANA, os interessados em contribuir para o processo de AIR podem identificar-se com *login* próprio da agência ou com a *id Gov.br*, acessando espaço destinado para o recebimento de manifestações e contribuições.

Entende-se, então, que há uma sintonia entre a previsão da AIR no ordenamento jurídico brasileiro e a utilização de tecnologia para maximizar seu potencial, sobretudo na busca pela ampliação da participação social no processo decisório das agências reguladoras. Ainda, verifica-se a potencialidade que as novas tecnologias têm para o aspecto procedimental do fluxo de análise de impacto de normas regulatórias de interesse coletivo, de forma que há espaço para o alinhamento entre legitimidade técnica e legitimidade procedimental na AIR. Por fim, destaca-se que as novas tecnologias atualmente implicam a qualidade regulatória, uma vez que tendem desfragmentar a participação social. Doravante, é urgente trabalhar pedagogicamente a importância da participação ampla da sociedade no processo de regulatório.

5 Conclusões

A AIR, apesar de não constituir uma inediticidade no âmbito de avaliação regulatória, passou, recentemente, a ser exigida no plano jurídico no Brasil como um instrumento de verificação das consequências potenciais a partir da regulação e indicação

²⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. *Participe das decisões da ANA – Sistema de Participação Social nas Decisões da ANA*. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

de informações úteis ao processo deliberativo acerca da opção mais apropriada para a atuação das agências reguladoras. Pode-se afirmar que a essência da AIR é estimular o aperfeiçoamento da função regulatória do Estado e provocar aderência dos agentes econômicos, consumidores e usuários às normas editadas.

É nesse contexto que a Lei das Agências Reguladoras e a Lei de Liberdade Econômica, de 2019 e 2020 respectivamente, passaram a exigir a realização da AIR no sentido de qualificar, propriamente, a atividade regulatória no país, otimizando os comandos estatais e de modo a impulsionar o aperfeiçoamento, na medida do possível, das normas editadas para os setores afetados nos casos de interesse geral.

A Lei nº 13.848/2019 racionalizou o processo decisório das agências reguladoras e, nesse cenário, estabeleceu a exigência³⁰ da realização da AIR, incitando os agentes reguladores a buscarem uma decisão legitimada do ponto de vista técnico, mas também do ponto de vista procedimental, permitindo que haja a participação social na realização das análises de impacto. O Decreto nº 10.411/2020 regulamentou a AIR.

Interessante revelar que, na previsão da participação social, seja por consulta ou audiência públicas, ou mesmo por outras formas de participação de que as agências podem dispor, há um avanço legislativo no sentido de utilizar a tecnologia como auxiliar do processo de AIR. A Lei das Agências menciona diversas vezes a necessidade de transparência e disponibilização de documentos via internet. Assim, compreende-se que a tecnologia tem se alinhado para favorecer a realização de AIR de forma democrática, alcançando a legitimidade procedimental.

As agências brasileiras utilizam efetivamente a internet, interfaces virtuais, armazenamento em nuvem e fluxo de dados digitalizados para a integração da sociedade na AIR, contribuindo para a democratização da análise de impacto e, ainda, na viabilização de uma adesão efetiva dos interessados (agentes econômicos, consumidores e usuários) para com o sistema regulatório iniciado ou alterado, dando, assim, eficiência para a atividade das agências reguladoras no Brasil.

Por fim, além de reconhecer o alinhamento entre AIR, participação social e tecnologia, destaca-se que é preciso avançar na dimensão pedagógica sobre a importância da participação social nos processos de consulta e audiência públicas, evitando a captura do processo regulatório e permitindo que haja a visualização panorâmica das percepções reais de consumidores e usuários, sobretudo num contexto digitalizado em que as novas tecnologias redimensionaram a relação entre Estado e cidadãos e cidadãs.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. *Participe das decisões da ANA*: sistema de participação social nas decisões da ANA. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-15, 22 dez. 2017.

³⁰ Esclarece-se que há casos em que a Lei nº 13.848/2019 dispensa a realização de AIR: Art. 6º, “§5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão”.

- BRASIL. *Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm. Acesso em: 06 mar. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 04 mar. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 04 mar. 2023.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; GONDIM, Liliane Sonsol; SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 351-370, 31 ago. 2020. UPF Editora. <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v34i2.11304>. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11304>. Acesso em: 01 mar. 2023.
- GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 279, n. 3, p. 275-300, 29 dez. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82965>. Acesso em: 06 mar. 2023.
- GIBERT, Patrick. Réflexions sur l'appropriation française de l'analyse d'impact de la réglementation (A.I.R) dans le cas de la mise en œuvre des études d'impact des projets de loi. *Politiques et management public*, Paris, v. 35, n. 3/4, 243-272, 2018.
- KEGELS, Chantal; DEBEUCKELAERE, Katrien. L'analyse d'impact de la réglementation (AIR): un outil pour améliorer la prise de décision politique?. *Pyramides – Revue du Centre d'Études et de Recherches en Administration publique*, Bruxelles, v. 2, n. 2, p. 111-120, jun. 2000. Disponível em: <https://journals.openedition.org/pyramides/562#quotation>. Acesso em: 01 mar. 2023.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança*. 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2023.
- SAAB, Flavio; SILVA, Suylan de Almeida Midlej e. Qual a qualidade da análise de impacto regulatório elaborada por agências reguladoras do Brasil? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 529-549, jul. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/3RtdtZrVhV7dFQsR5s3rch/?lang=pt>. Acesso em: 06 mar. 2023.
- SANTAELLA, Lucia. *Comunicação ubíqua: repercussões na cultura e na educação*. São Paulo: Paulus, 2013.
- SANTAELLA, Lucia; GALA, Adelino; POLICARPO, Clayton; GAZONI, Ricardo. Desvelando a Internet das Coisas. *Revista GEMInIS*, São Carlos, v. 4, n. 2, p. 19-32, 2013. Disponível em: <https://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/141>. Acesso em: 04 mar. 2022.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
- SILVA, Rafael Silveira et al. *Regulação no Brasil: de onde e por onde já caminhamos*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado Federal, 2020.
- SOUSA, Thanderson Pereira de; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Constitucionalismo e administração pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 177-194, 20 set. 2022.
- TEGMARK, Max. *Vida 3.0: o ser humano na era da inteligência artificial*. Tradução Petê Rissatti. São Paulo: Benvirá, 2020.
- VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório, participação social e tecnologia: maximização democrática no contexto digital. *In*: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 299-309. ISBN 978-65-5518-581-2.

INVALIDAÇÃO E PRESERVAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

CARLOS ARI SUNDFELD

1 Introdução

Esta apresentação trata do regime da invalidação ou preservação em contratos administrativos (e outros ajustes bilaterais), após as modificações da nova Lei de Contratações Públicas (14.133, de 2021).

Há dois temas de interesse. Um, regulado de modo expresso nos arts. 147 e 148 da nova lei, são as hipóteses para as quais, constatada uma invalidade, mesmo assim a lei exige ou permite a preservação, total ou parcial, do contrato ou seus efeitos. O novo regime legal foi construído com evidente espírito de conservação, aposentando a ideia antiga de que, por força do princípio de legalidade, invalidar seria sempre a reação normal frente à invalidade (o que se pode chamar de “doutrina da nulidade absoluta”). Este é o objeto do primeiro tópico.

O segundo tópico é sobre outra discussão também fundamental, a da incidência da prescrição como óbice à invalidação do contrato inválido. Justifica-se retomá-la aqui, pois ela, que está na outra face do regime de invalidação no campo contratual administrativo, continua cercada de alguma confusão na vida prática.

2 Hipóteses de preservação no contrato administrativo inválido

2.1 Da doutrina da nulidade absoluta à segurança jurídica no contrato administrativo inválido

Os arts. 147 e 148 da nova Lei de Contratações Públicas, aprofundando a orientação que já havia sido adotada nos arts. 20, 21 e 24 da nova LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, com a redação da Lei nº 13.655, de 2018), buscou superar a doutrina da nulidade absoluta para o contrato administrativo, segundo a qual o reconhecimento de um vício relevante importaria,

sempre e necessariamente, a extirpação automática e completa do contrato viciado, para o passado e o futuro.³¹

Essa ideia tinha sido forte em textos normativos e entre publicistas em certa época. Sua expressão máxima foi a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal (STF), editada em 1969, segundo a qual a “Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”. Afirmar, sem ressalvas, a inviabilidade de os atos e contratos administrativos ilegais darem origem a direitos parece o mesmo que classificar toda ilegalidade como causa de nulidade absoluta, sem gradações. Assim, com essa súmula, o STF pareceu impor a doutrina da nulidade absoluta para o direito administrativo no Brasil.

Quando da nova LINDB, em 2018, e da nova Lei de Contratações Públicas, em 2021, essa doutrina já vinha sendo superada há algumas décadas, embora lentamente e com hesitações, nos âmbitos doutrinário, jurisprudencial e normativo, e isso em nome da preservação da segurança jurídica. As novas leis se incluem nesse movimento, tendo vindo para reforçá-lo e consolidá-lo.

A construção teórica de Couto e Silva – que se opôs à utilização isolada do princípio da legalidade para fundamentar a invalidação, e defendeu a observância do princípio da segurança jurídica, na tentativa de “contribuir para que a injustiça não continue a ser feita” em seu nome – havia sido influente para mitigar, pouco a pouco, o entendimento de que vícios de legalidade implicariam sempre a nulidade absoluta, isto é, a necessidade de invalidação e desfazimento dos efeitos dos atos e contratos.³² Outros acadêmicos passaram a estudar o regime da invalidade sob novas lentes, desenvolvendo o argumento de que a decisão entre invalidar ou não, e quanto à sua extensão, deveria compatibilizar os princípios da legalidade e da segurança jurídica.³³ O esforço acadêmico, para além de contribuir com a evolução teórica da matéria, veio a se refletir em um segundo movimento: na edição de leis gerais tratando desse problema.

No início da década de 1990, uma orientação pragmática seria acolhida pelo art. 59 da Lei nº 8.666/1993 (antiga Lei de Licitações e Contratações Públicas), segundo o qual a “nulidade não exonera a Administração de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável”. Esse dispositivo acabou, na prática, por viabilizar a estabilização de contratos administrativos que, embora nascidos com

³¹ Neste tópico, retomo e sintetizo análise anterior. Carlos Ari Sunfeld. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, pp. 72-82 e 91-109.

³² SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, 1987, p. 46-63; e O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 271-316.

³³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do estado*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2016; BAPTISTA, Patrícia. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*, 2006. 476 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo; GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013; SIMONETTI, José Augusto. *O princípio da proteção da confiança no direito administrativo brasileiro: estabilidade de atos e limitação da discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2010.

vício, já estivessem plenamente executados quando do reconhecimento do vício e envolvessem terceiros de boa-fé.

2.2 A positivação da segurança jurídica para o contrato administrativo inválido

Contudo, a grande mudança conceitual quanto à invalidação no campo administrativo viria a ocorrer com a edição das leis gerais de processo do final da década de 1990, as quais adotariam terminologia e soluções amplas – e muito impactantes.

A Lei Paulista de Processo Administrativo (10.177, de 1998) trouxe quatro regras marcantes quanto à preservação, total ou parcial, de atos e contratos administrativos viciados. A primeira é que nenhuma invalidação será cabível se do vício jurídico não resultar prejuízo – isto é, o ato ou contrato, apesar de viciado, será reconhecido como válido se não tiver gerado prejuízos (art. 10, II). A segunda é que, mesmo ocorrendo uma invalidação, seus efeitos tendem a ser relativos, pois não poderão atingir terceiros de boa-fé (art. 61). A terceira regra é que a convalidação formal, cabível quanto a vícios formais ou de competência, também é meio de evitar a invalidação (art. 11). De acordo com a quarta regra, após 10 anos, será inviável a invalidação, mesmo se tiver havido prejuízos – isto é, ocorrerá preclusão da autotutela de invalidação (art. 10, I). Essas orientações se distanciaram totalmente da concepção de nulidade absoluta, que em 1969 parecera inspirar a Súmula nº 473 do STF.

A Lei Federal de Processo Administrativo (9.784, de 1999), por sua vez, embora reproduzindo o texto da súmula quanto ao dever de a administração invalidar seus atos com vício de legalidade, em omissão eloquente, deixou de repetir a velha ideia, que estava nela, de que o nulo não daria origem a “direitos”. Quanto à caracterização ou não da invalidade em função da ocorrência de vícios jurídicos, a lei implicitamente considerou como válidos os atos e contratos produzidos no passado com base em interpretação alterada posteriormente, já que proibiu a aplicação retroativa de nova interpretação (art. 2º, parágrafo único, XIII), em preceito que viria a ser retomado e ampliado posteriormente pelo art. 24 da nova LINDB. Além disso, trouxe duas regras importantes sobre preservação. A primeira absorveu a distinção entre vícios sanáveis e não sanáveis, prevendo que os últimos podem ser convalidados pela Administração (arts. 53 e 55). A segunda regra previu a decadência, após 5 anos, da possibilidade de invalidação dos atos e contratos “de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários” (art. 54).

2.3 A preservação do contrato administrativo inválido na nova LINDB e na Lei nº 14.133

A nova LINDB pretendeu justamente reforçar esse amplo movimento de superação da doutrina da nulidade absoluta. E o fez trocando o velho cânone da desconstituição automática e geral, prospectiva e retroativa dos atos e contratos viciados e seus efeitos, por solução bem mais aberta, pragmática e realista.

Em primeiro lugar, a autoridade de controle, constatando a ilegalidade, terá de decidir sobre “a necessidade e adequação da (...) invalidação (...), inclusive em face das possíveis alternativas” (art. 20, parágrafo único). Isso significa que, para a nova LINDB,

invalidar não é reação necessária e única diante de vícios de legalidade, mesmo graves, em atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas.

Invalidades (defeitos quanto à legalidade) nem sempre autorizarão invalidações (ações de desfazer). O controlador pode, por exemplo, em juízo de pertinência, constatar que nenhuma invalidação é mais necessária, mesmo a situação tendo nascido inválida – desnecessidade que ocorrerá, p.ex., quando os efeitos do ato já tiverem se esgotado, não houver má-fé e não tiver havido prejuízo material para as partes e terceiros. Nesse caso, o controlador não só manterá intocada a situação jurídica, como se absterá de medidas alternativas. Mas ele pode, em outra hipótese, limitar-se a uma medida alternativa, se for essa a solução mais adequada para a crise de legalidade (ex.: imposição de sanção ou compensação por danos materiais ou morais); aí se absterá de impor invalidação, de qualquer grau (isto é, não imporá desfazimento, nem total, nem parcial).

Em segundo lugar, se o controlador concluir que o caso exige uma invalidação, terá de, a seguir, resolver sobre o seu grau, isto é, sobre as consequências que dela advirão (sua extensão material, temporal e subjetiva). Caberá a ele decidir, por um lado, quais efeitos, passados ou futuros, serão preservados, em que extensão e em relação a que sujeitos, bem como a partir de quando deixarão de ser produzidos os efeitos a serem atingidos pela invalidação. Por outro lado, caberá ao controlador decidir sobre outras medidas pertinentes de regularização (art. 21, *caput*, e parágrafo único)

Assim, para a nova LINDB, toda invalidação no campo administrativo é criativa ou constitutiva; isto é, cria um arranjo jurídico novo para, tanto quanto possível, fazer a normalização dos acidentes de legalidade. Se estiver em causa situação que já tenha gerado efeitos, a invalidação não será apenas declaratória, tampouco produzirá desconstituição geral automática.

O problema da invalidação de contratos administrativos não comporta resposta única, mesmo quando abordado abstratamente. As características do vício, o próprio objeto do contrato, seu preço e o momento em que se constata a invalidade são fatores que importam.

De acordo com o art. 20, parágrafo único, da nova LINDB, invalidação não é resposta para tudo. A invalidade nem sempre autoriza a ação de desfazer. A invalidação é só uma alternativa, cuja adoção depende da demonstração de “necessidade e adequação”, não bastando a simples constatação de invalidade, isto é, de que ocorreu um defeito quanto à legalidade – é preciso mais.

Segundo o art. 21 da nova LINDB, quando a invalidação for necessária e adequada, também terá de ser objeto de deliberação, e caso a caso, a sua extensão (suas “consequências”). O objetivo é que ocorra uma “regularização... proporcional e equânime”, que não cause “prejuízo aos interesses gerais”, tampouco imponha “aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, seja anormais ou excessivos”. Caso o vício esteja em contrato recém-celebrado de compra e venda de imóvel, por exemplo, seus efeitos poderão ser desconstituídos com alguma facilidade. A transferência do imóvel poderá ser desfeita e o pagamento restituído. Com essas providências, será possível desconstituir praticamente todos os efeitos do contrato irregular.

Contudo, não há como imprimir a mesma eficácia à invalidação de contrato de serviço de limpeza já executado. As prestações não podem ser materialmente desfeitas.

O proveito da administração contratante é irreversível. Ela se beneficiou do serviço e a declaração posterior de invalidade não alteraria esse fato. Não há sentido em obrigar o contratado a devolver o preço, pois isso geraria enriquecimento sem causa da contratante. Daí se reconhecer, nessas situações, a necessidade de preservar efeitos normais e irreversíveis do contrato, mesmo reconhecida sua invalidade de origem.

Esses dispositivos se aproximam do consequencialismo jurídico, no sentido de que, colocando em relevo as consequências práticas das distintas opções de regularização sobre as situações ilegais, impõem sua necessária consideração para resolver sobre a extensão do dever, da proibição ou da forma de invalidar em cada caso.

De outro lado, tratando ainda do tema da validade, a nova LINDB reconhece força normativa às interpretações adotadas no passado, em caráter geral, pelos poderes públicos e, por isso, considera válidos todos os atos e contratos que tenham surgido com base nessas interpretações, ainda que elas venham a ser alteradas posteriormente (art. 24). Em outros termos: a validade de atos e contratos do passado não pode ser aferida confrontando-os diretamente com a norma geral abstrata, devendo, isto sim, vir do seu confronto com a interpretação de caráter geral que, a respeito dessa norma, era adotada à época de sua edição. Para a nova LINDB, interpretações gerais têm valor de normas gerais, de modo que interpretação nova não pode retroagir para invalidar – isto é, para desconstituir – situação formada na vigência de interpretação geral anterior, de sentido diverso.

O referido art. 24, ao impedir que seja decretada invalidação de ato ou contrato produzido com base em “orientação geral” vigente à época, inclui nessa categoria as interpretações e especificações “contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária” e, ainda, aquelas “adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”. Portanto, ele não é restritivo quanto à origem da interpretação a que se atribui caráter normativo – se a interpretação é ou não interna à Administração envolvida – o que mostra tendência fortemente inclinada a ampliar a segurança jurídica e a preservação.

Todas essas diretrizes, das leis de processo administrativo e da nova LINDB, abriram uma trilha para a paulatina construção, para cada campo da ação administrativa (contratações, regulação, gestão de pessoas etc.), de critérios mais específicos para orientar a complexa conciliação entre a função de controlar desvios de legalidade e a necessidade jurídica de preservar situações – necessidade que parece reconhecida em definitivo.

Justamente as mesmas concepções da nova LINDB viriam a ser incorporadas em 2021 pela nova Lei de Contratações Públicas, que, no *caput* do art. 147, indica vários fatores que, por “medida de interesse público”, evitam a invalidação dos contratos nascidos com vício (fatores como os inconvenientes do adiamento da fruição do objeto contratado; os custos da deterioração, desmobilização e da nova mobilização; os ônus da nova licitação, etc.). Além disso, no parágrafo único, o art. 147 indica clara preferência por medida alternativa à invalidação: a continuidade do contrato, com compensação de perdas e danos, se existirem, e aplicação de penalidades, se cabíveis.

No art. 148, §1º, a lei impede a retroação dos efeitos da invalidação “caso não seja possível o retorno à situação fática anterior”; e autoriza a postergação por até um ano da eficácia da invalidação, para permitir a “continuidade da atividade administrativa”.

Por fim, o art. 149 repetiu a previsão da lei anterior (8.666, de 1993), de que a “nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável”. Como se vê, também aqui o legislador se afastou radicalmente da concepção que orientara a Súmula nº 473 do STF.

Assim, não deve ser invalidado contrato administrativo que, mesmo nascido com vício na origem, tem cláusulas compatíveis com o Direito e preço regular. Da mesma forma, não faz sentido invalidar o contrato viciado após o término da execução, se seu preço foi normal e o objeto bem executado. Contrato já extinto pelo esgotamento normal de seu objeto tem de ser preservado. Invalidação não é sanção. Invalidação de contrato só se justifica para desconstituir seus efeitos – se estes forem compatíveis com o Direito não há por que desfazer o contrato de que resultaram. Se o preço do contrato era coerente com o mercado, haverá a obrigação de a contratante remunerar o contratado, no modo acordado. Se houve vício de origem quanto a outros aspectos, irrelevantes quanto ao valor da remuneração, o vício não acarretará redução nos pagamentos, que incluem a margem de lucro (remuneração do capital proporcional comprometido pelo contratado na execução contratual).

A preservação do contrato, com a obrigação de pagar pelas prestações executadas, é devida mesmo quando o vício de origem tiver resultado de má-fé. É certo que má-fé tem consequência, mas em âmbito extracontratual: sendo prática ilícita, justifica a imposição de sanções, que tem de ocorrer nos termos da legislação sancionatória aplicável (Leis de Improbidade, Anticorrupção, da Concorrência, além da própria Lei nº 14.133, de 2021, arts. 155 e 156), que não prevê para esses casos o confisco administrativo, nem parcial, nem total.

O Superior Tribunal de Justiça tem, por um lado, reconhecido o direito de o contratado, mesmo de má-fé, ser compensado pelo que tiver executado em favor da administração pública.³⁴ Por outro lado, foi superado pela nova Lei de Improbidade Administrativa (14.230, de 2021, arts. 9º, §1º; 10, VIII; e 12, *caput*), o entendimento de que, no caso de vício de origem (como a fraude à licitação), haveria uma espécie de *presunção de dano*, que justificaria a devolução da margem de lucro. Esse posicionamento jurisprudencial era frágil, pois desconsiderava que lucro é a remuneração do capital proporcional e, portanto, é parte do benefício que a contratante tem com a prestação do serviço. O uso do capital proporcional precisa ser ressarcido, com o pagamento da margem de lucro, para que a execução do contrato viciado não gere enriquecimento sem causa da contratante.

Se é assim, a má-fé fica sem qualquer consequência? A resposta é negativa. A reação correta aos comportamentos de má-fé é a punição, mas ela deve seguir as previsões da legislação aplicável – que é ampla e rígida quanto a isso (e inclui sanções criminais,

³⁴ STJ. REsp nº 662.924-MT, 1ª Turma, rel. Ministro Luiz Fux, j. 16.06.2005. Há decisão da 2ª Turma do STJ no mesmo sentido, mas aplicando o Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, que possuía dispositivo semelhante ao art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993 (STJ. REsp nº 408.785-RN, rel. Ministro Franciulli Netto, j. 05.06.2003). Em outro caso, envolvendo ação de improbidade, o STJ reconheceu direito ao preço do serviço executado – mas, como sanção pela improbidade, entendeu que se devia descontar o lucro do contratado de má-fé: STJ. REsp nº 1.153.337-AC, 2ª Turma, rel. Ministro Castro Meira, j. 15.05.2012.

a suspensão do direito de contratar, multas elevadas, etc.). Mas o ponto a destacar é que, para tais casos, não existe em nosso Direito a sanção de confisco administrativo, nem parcial, nem total, das contrapartidas obtidas com o contrato. Assim, o confisco administrativo não pode ser usado como meio de restituir ou mitigar, em favor da administração contratante, o valor em si das prestações já executadas, que devem ser pagas mantidas com o contratado por seu inteiro valor, que inclui custos e lucro. A nova redação da Lei da Improbidade procurou refletir essa ideia, que é compatível com a lógica do art. 21 da LINDB e com a nova Lei de Contratações Públicas.

3 Prescrição na invalidação de contrato administrativo

3.1 Por que a prescrição existe?

A prescrição foi uma das formas encontradas pelo ordenamento para dar equilíbrio a uma delicada equação que envolve a situação de invalidade. A prescrição, enquanto não alcançado seu termo final, garante, por um lado, a possibilidade razoável de invalidação — protegendo o valor jurídico afetado pelo ato — e, por outro, após esse termo, garante estabilidade ao negócio jurídico inválido, e às situações jurídicas dele derivadas, impedindo que fiquem *ad aeternum* sujeitos a invalidação.

O pressuposto lógico do mecanismo é que, se a invalidade causar efetivo dano individual ou trauma social, algum legitimado irá reagir em prazo razoável, provocando a invalidação. Se, passado longo tempo, ninguém o tiver feito, a preservação definitiva fará sentido, e isso para não desfazer, quando já consolidada, situação jurídica que tem significado prático para os envolvidos. A eterna expectativa da invalidação geraria consequências negativas, na forma de instabilidade, insegurança e incerteza.³⁵

Muitas razões, portanto, de ordem ética ou prática, concorreram para o surgimento dos regimes de prescrição, bem como para sua extensão ao campo administrativo. A literatura contemporânea argumenta, por exemplo, que a invalidação de atos, contratos, ajustes ou processos administrativos, se feita muitos anos (ou décadas, e mesmo séculos) após sua concretização, seria difícil de compatibilizar com a aplicação da ideia de proteção da confiança do terceiro de boa-fé.³⁶

O ponto de vista aqui defendido é que legislação administrativa brasileira não acolheu a tese da imprescritibilidade, mesmo para casos de ilegalidade grave. Essa legislação, que tem regras próprias e expressas quanto ao ponto — afastando o regime do Código Civil — regula os prazos de prescrição administrativa e não faz distinções entre nulidade e anulabilidade, ou entre invalidade convalidável e não convalidável.

Assim, o regime geral da invalidação de contratos e ajustes é o da prescritibilidade, e isso tanto para a invalidação na esfera administrativa, como na judicial.

³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato Administrativo Inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 89.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 468-469; e FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 65-66.

3.2 Imprescritibilidade no direito privado?

Para atos e contratos de *direito privado*, há ainda certo dissenso sobre a atualidade e abrangência da velha máxima segundo a qual *nulidade não prescreve*, especialmente em face do art. 169 do Código Civil de 2022, segundo o qual “o negócio jurídico nulo não... convalesce pelo decurso do tempo”.

Em geral, as situações privadas para as quais, a pretexto de nulidade, se tem afastado a prescrição, ou envolvem ausência pura e simples de qualquer consentimento e mesmo falsificações (situações, umas e outras, que melhor se enquadrariam no conceito de *inexistência de ato*, e não no de *nulidade*),³⁷ ou têm a ver com questões extrapatrimoniais, de índole pessoal ou familiar, como aponta a boa síntese de Tepedino *et al.*: “As pretensões patrimoniais se submetem ao período prescricional do CC, ao passo que as consequências extrapatrimoniais, que dizem respeito especialmente à tutela da personalidade, ao *status personae* e às relações de família, encontram-se protegidas pela dicção do artigo em exame”.³⁸

Para essa última categoria de situações, de índole pessoal ou familiar, a doutrina privatista até reconhece a viabilidade de ações meramente declaratórias da nulidade, sem limitação de prazo, mas desde que não tenham quaisquer efeitos condenatórios ou desconstitutivos, muito especialmente de caráter patrimonial, os quais só são viáveis enquanto não esgotado o prazo prescricional máximo (10 anos).

É nessa linha a explicação de comentaristas do Código Civil, como Guimarães e Mezzalira (“É apenas a ação declaratória pura que é imprescritível; todas as pretensões que possam derivar de um negócio jurídico, ainda que absolutamente nulo, ficam inequivocamente sujeitas à prescrição”)³⁹, Sílvio Rodrigues (“Enquanto o ato nulo é imprescritível, a ação anulatória está sujeita à prescrição”)⁴⁰ e – citados por Tepedino *et al.* – também Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (“a imprescritibilidade dirige-se, apenas, à declaração de nulidade absoluta do ato, não atingindo as eventuais pretensões condenatórias correspondentes”) e Caio Mário da Silva Pereira, tratando dos direitos patrimoniais (“continuo sustentando que não há direitos imprescritíveis, e, portanto, perante o novo Código, a declaração de nulidade prescreve em dez anos (art. 205)”).

O art. 169 do Código Civil, quando dispôs, para os negócios privados, que “negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem de convalidação pelo decurso do tempo”, não tratou de prescrição judicial. Quanto à questão temporal, o correto é entender que não há convalidação pela mera passagem de algum tempo (ainda que significativo, mas inferior ao prazo de prescrição). Perceba-se: a norma proíbe tanto a

³⁷ Ausência de consentimento do cônjuge (ou outorga uxória) para a alienação de imóvel pertencente ao patrimônio do casal (STJ. REsp nº 38.549/SP. 3ª Turma, rel. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 8.6.2000); escritura de compra e venda forjada, que foi assinada supostamente à rogo, afirmando-se ser a vendedora analfabeta, quando na verdade nem o era, nem participou do ato ou tinha ciência dele (STJ. REsp nº 12.511-SP. 3ª Turma, rel. Waldemar Zveiter, j. 8.10.1991); e venda de imóvel gravado com cláusula de fideicomisso em favor de menor, sem que houvesse o consentimento de seu representante (STF. RE nº 54.798/GB. 1ª Turma, rel. Cândido Motta Filho, j. 11.11.1963).

³⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina de. *Código Civil Interpretado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v. I, p. 320.

³⁹ GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim; MEZZALIRA, Samuel. Código Civil Comentado, art. 169. *DireitoCom.com*. Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/artigo-169-9>. Acesso em: 27 mar. 2023.

⁴⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p. 289.

“confirmação” (expressa) como a “convalidação” pela passagem de um tempo qualquer, inferior ou mesmo próximo da prescrição (convalidação tácita pela inércia anterior à prescrição); mas não exclui a “prescrição” em si, que é um instituto processual, tem prazo determinado e previsível e, portanto, é outra coisa. O art. 169 diz apenas que a nulidade absoluta é insanável, não admitindo correção — nem a derivada de ato, nem a derivada de comportamento omissivo. Nulidade não se corrige, é certo, assim como um homicídio não pode ser revertido ou mitigado. Mas nem por isso as condenações judiciais contra os atos nulos ou contra os crimes são imprescritíveis. Convalidação por ato tácito, formado no curso do tempo anterior à prescrição, é coisa diversa da prescrição, que gera a impossibilidade de, após o prazo previa e rigidamente fixado em lei, pleitear judicialmente a anulação.

O fato de, no direito privado, o negócio jurídico nulo não ser convalidável, não quer dizer que a ação judicial voltada a invalidá-lo (isto é, desconstituí-lo por meio de condenação) também seja imprescritível. O Código Civil prevê, no art. 205 e ss., prazos prescricionais para a propositura de ações em geral — e isso inclusive para a invalidação de negócios jurídicos privados, sem distinguir os anuláveis dos nulos. Além disso, tem seção própria (que vai do art. 197 ao art. 201) para, de forma taxativa, enumerar uma a uma as “causas que impedem... a prescrição” — entre elas simplesmente não está a natureza ou gravidade do vício. Logo, a legislação civil foi expressa e clara: nenhum vício de nulidade impede a prescrição. Passado o prazo prescricional pertinente, é inviável pleitear em juízo a invalidação de negócio jurídico privado, mesmo nulo — embora, em certos casos, por razões ligadas a fatores pessoais ou familiares, admita-se a ação declaratória pura, sem efeitos condenatórios ou desconstitutivos em matéria patrimonial.

De qualquer modo, o art. 169 do Código Civil trata apenas de negócios jurídicos privados, não sendo aplicável diretamente a atos e contratos administrativos, que têm disciplina legal própria admitindo a prescrição da ação para invalidá-los por vícios de legalidade, mesmo quando graves.

3.3 Imprescritibilidade no Direito Administrativo?

Nos últimos anos, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça vêm afirmando que, em situações *flagrantemente inconstitucionais*, por violação de regra constitucional expressa, a invalidação no campo administrativo seria imprescritível.⁴¹

É uma tese difícil de discutir, pois ela parece muito embrionária, além de circunstancial, focada em casos envolvendo ausência indevida de concurso público. Nenhum dos acórdãos, afora os argumentos quanto à importância de respeitar normas constitucionais e quanto à gravidade de seu desrespeito, construiu propriamente uma teoria capaz de explicar a razão da diferença, para fins de prescrição, entre atos inconstitucionais e atos ilegais, tampouco demonstrou os fundamentos, extensão e consequências para tratá-los diferentemente quanto à prescrição.

⁴¹ STF. MS nº 28.279/DF. Plenário, rel. Ellen Gracie, j. 16.12.2010. Também STJ. AgRg no RMS nº 33.821-PB. 2ª Turma, rel. Assusete Magalhães, j. 25.04.2022, que cita os outros precedentes: STJ. REsp nº 1.293.378/RN, 1ª Turma, rel. Arnaldo Esteves Lima, DJe 05.03.2013; STJ. REsp nº 1.394.036/RN, 2ª Turma, rel. Mauro Campbell Marques, DJe 06.02.2015; STJ. AgInt no RMS nº 55.499/PR, 2ª Turma, rel. Herman Benjamin, DJe 18.10.2019.

Talvez por isso, os tribunais mostram desconforto ou hesitação em aplicar tal entendimento, havendo casos em que reconhecem prescrição mesmo para atos de provimento sem concurso público (que, na retórica dos outros casos, se enquadrariam na mesma categoria de *flagrantemente inconstitucionais*, e sua invalidação seria imprescritível).⁴²

De qualquer modo, nem o STF, nem o STJ aplicam a tese da imprescritibilidade quando o vício é apenas de ilegalidade, e não de inconstitucionalidade flagrante. A tendência de ambos é aceitar como regra a prescribibilidade das ações de invalidação no campo administrativo.

A questão subsequente é saber se, mesmo em relação a vício apenas de ilegalidade nesse campo, existiriam casos especiais de imprescritibilidade – e qual a possível razão disso. No campo privado, como se acabou de ver, há certas opiniões sustentando que, pelo Código Civil, a invalidação de contratos e atos nulos seria sempre imprescritível, ao contrário dos casos de mera anulabilidade; mas essa ideia é muito contestável. O que importa, no campo administrativo, é que essa polêmica não faz sentido, ao menos se for levada em conta a legislação editada especificamente para tratar do assunto.

Em virtude de norma legal que vigora há quase seis décadas no Brasil, a tese da imprescritibilidade da invalidação do nulo é inaplicável quanto a *atos e contratos administrativos com vícios de legalidade* (quaisquer que sejam). É que a Lei Federal nº 4.717, de 1965, após indicar os casos de nulidade e de anulabilidade no campo administrativo (arts. 2º a 4º), submeteu todos eles, sem exceção, à incidência da prescrição (art. 21). Logo, mesmo tendo vícios graves (sendo nulos), os atos e contratos administrativos editados contra a lei são estabilizados ao fim do prazo prescricional.

Atos e contratos administrativos viciados — isto é, produzidos em desacordo com as normas legais — podem ser do tipo convalidáveis ou não convalidáveis.⁴³ Os primeiros admitem que seus vícios sejam sanados por atos posteriores de confirmação; os segundos contêm invalidades que não podem ser supridas dessa forma. Mas uma coisa é a proibição da estabilização por decisão voluntária (por convalidação, um ato jurídico); outra a inviabilidade da estabilização pela ação de um tempo certo e previsível (por prescrição, um fato jurídico).

Se a norma veda a convalidação é justamente para que, pelas falhas que contém, o contrato fique sujeito à invalidação durante o prazo prescricional, como é normal. Mas não existe ligação necessária entre ser inconvalidável e ser imprescritível. A verdade é que o direito administrativo brasileiro, visando proteger valores relevantes (estabilidade, certeza e segurança das relações), limitou no tempo a possibilidade de desfazimento compulsório, pela própria administração ou pelo Judiciário, por razões de legalidade, de *quaisquer atos e contratos administrativos inválidos*.

Por outro lado, a ideia de ato ou contrato administrativo inexistente, como observa Couto e Silva, é fruto de construção da jurisprudência francesa para a resolução de situações concretas muito específicas. Nas palavras do autor, ao “aperceber-se da gravidade ou da extensão das lacunas verificadas nos fatos com pretensão ao reconhecimento jurídico, o juiz liberta-se das limitações e constrangimentos que a

⁴² STF. MS nº 22.357-0/DF. Plenário, rel. Gilmar Mendes, j. 27.05.2004. Também STJ. Recurso em MS nº 25.652-PB, 5ª Turma, rel. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16.09.2008.

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato Administrativo Inválido*, cit., p. 55 e ss.

invalidez lhe causaria (como, sobretudo, a impossibilidade de invalidação após o prazo de sessenta dias [prazo decadencial previsto no ordenamento jurídico francês]), invocando a inexistência do ato administrativo”.⁴⁴

Em complementação, Bandeira de Mello argumenta que há um objeto que se pode enquadrar na categoria dos chamados atos ou contratos administrativos inexistentes: os crimes. São casos que se encontram “no campo do impossível jurídico, como tal entendida a esfera abrangente dos comportamentos que o Direito radicalmente inadmitte, isto é, dos crimes, valendo como exemplos as hipotéticas, já referidas, de ‘instruções’ baixadas por autoridade policial para que subordinados torturem presos, autorizações para que agentes administrativos saqueiem estabelecimentos dos devedores do Fisco ou para que alguém explore trabalho escravo, etc.”.⁴⁵ Portanto, não criariam direitos subjetivos, “sendo, pois, revogáveis a qualquer tempo, do mesmo modo que, também a qualquer tempo, podem ter sua inexistência declarada”.⁴⁶

A se acolher essa construção, contratos administrativos inexistentes, por não serem Direito, poderiam ter sua “não existência” reconhecida a qualquer tempo, não se submetendo a prazos prescricionais. Mas não há como equiparar inexistência com vício grave de validade em contrato.

Logo, em princípio os atos e contratos administrativos podem ser desfeitos compulsoriamente por razões de legalidade, mas *desde que respeitados os respectivos prazos prescricionais*. Basta, portanto, o transcurso do tempo previsto em lei para que o Direito atue, estabilizando as situações criadas com vício de legalidade, mesmo se não convalidáveis por ato jurídico unilateral ou bilateral.⁴⁷

Trata-se de entendimento muito forte na doutrina⁴⁸ e hoje largamente reconhecido pelo Judiciário.⁴⁹

⁴⁴ SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 73.

⁴⁵ Celso Antônio, BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. cit., p. 470.

⁴⁶ SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. cit. p. 74.

⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146.

⁴⁸ SILVA, Almiro do Couto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 204, FGV, Rio de Janeiro, 1996, p. 25; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. v I, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 664; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 479; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 256; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 152; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 167.

⁴⁹ No STF, para um caso recente: MS nº 28.953/DF. 1ª Turma, rel. Cármen Lúcia, j. 28.2.2012: “Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Anulação de ascensões funcionais concedidas aos servidores do Tribunal Superior do Trabalho. Processo administrativo de anulação iniciado mais de 5 anos após a vigência da lei 9.784/1999. Decadência do direito de anular os atos de ascensão. Segurança concedida”. Essa orientação segue a linha estabelecida em STF. RE nº 85.179, 1ª Turma, rel. Bilac Pinto, j. 4.11.1977, relativo a situação de inércia da administração em anular os atos administrativos de nomeação, permitindo que o tempo consolidasse uma situação de fato e de Direito favorável a professoras, apesar de terem se inscrito em concurso contra uma restrição constante do edital. Foi a partir desse caso que o STF construiu densa jurisprudência em torno da segurança jurídica de atos administrativos irregulares. No mesmo sentido vem decidindo o STJ. Para uma decisão recente: RMS nº 24.430/AC. 5ª Turma, rel. Napoleão Nunes Mais Filho, DJe 30.3.2009: “1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder de autotutela do Estado, e na convalidação dos efeitos produzidos, quando, em razão de suas consequências jurídicas, a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação. 2. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o

3.4 Prazos para invalidar

A invalidação de contrato administrativo por vício de legalidade é sempre prescritível no Direito brasileiro, não se podendo obtê-la após o prazo que a lei presume necessário para a absorção do incômodo jurídico causado pela invalidade. Mas qual é esse prazo?

Para a invalidação de ato administrativo pela própria administração, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei Federal de Processo Administrativo, art. 54) previu prazo de 5 anos, sem fazer distinção alguma entre ato nulo e anulável.⁵⁰ Para a invalidação judicial não existe previsão de prazo fatal específico no direito administrativo – o que, como veremos em seguida, não importa em imprescritibilidade.

Já quanto ao contrato administrativo, ele não é passível de invalidação unilateral na via administrativa, pois as leis que conferem poderes de extinção do contrato pela própria administração não autorizam nessa hipótese a providência unilateral; este já era o regime na Lei nº 8.666/1993,⁵¹ que foi mantido pelos arts. 137 e 138, I, da Lei nº 14.133/2021. Assim, salvo acordo das partes, contrato administrativo só pode ser invalidado judicialmente.

E qual o prazo da ação de invalidação de contrato administrativo? Há orientações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça aplicando o prazo decadencial da própria Lei Federal de Processo Administrativo, de 5 anos;⁵² e outras pelo prazo prescricional de 10 anos do Código Civil, previsto em caráter geral e, assim, aplicável às situações, de direito privado ou de direito público, em que a lei não tiver

ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre a sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular. 3. O poder da Administração, destarte, não é absoluto, na seara da invalidação de seus atos, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo ou a convalidação dos efeitos jurídicos, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração. 4. O art. 54 da Lei 9.784/99, aplicável analogicamente ao presente caso, funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos (sejam eles nulos ou anuláveis) e permitindo, a *contrario sensu*, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno mínimo quinquenal, mediante a convalidação *ex ope temporis*, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício. 5. A efetivação do ato que reconheceu a isonomia salarial entre as carreiras de Perito Legal e Delegado de Polícia do Estado do Acre, com base apenas em parecer da Procuradoria-Geral do Estado, e o transcurso de mais de 5 anos, por inusitado que se mostre, consolidou uma situação fática para a qual não se pode fechar os olhos, vez que produziu consequências jurídicas inarredáveis. Precedente do Pretório Excelso. 6. Recurso Ordinário provido, para cassar o ato que suprimiu a verba de representação percebida pelos recorrentes”.

Para uma decisão anterior: STJ. RMS nº 11.147/ES. 6ª Turma, rel. Fernando Gonçalves, j. 07.06.2001: “Mandado de Segurança. Ato de redução de pagamento de aposentadoria após passados dez anos de sua concessão. Prescrição. 1 – É ilegal o ato administrativo que, ao corrigir erro, reduz o pagamento da aposentadoria cuja concessão ocorreu há mais de dez anos, porquanto atingido pelo instituto da prescrição. 2 – Recurso provido”.

⁵⁰ “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

⁵¹ SUNDNFELD, Carlos Ari. Contrato de concessão só pode ser anulado judicialmente. In: SUNDNFELD, Carlos Ari. *Pareceres*. v. II – *Direito Administrativo Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 317-325.

⁵² São exemplos os casos transcritos anteriormente: STF. MS nº 28.953/DF. 1ª Turma, rel. Cármen Lúcia, j. 28.2.2012. STJ. RMS nº 24.430/AC. 5ª Turma, rel. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 30.3.2009.

fixado prazo especial menor (art. 205).⁵³ No Código Civil anterior, de 1916, tal prazo era de 20 anos e foi reduzido pelo Código de 2002 para 10 anos.

Esse prazo não varia em função de o vício ser de anulabilidade ou de nulidade, pois, como visto, a Lei nº 4.717/1965, e as que se seguiram para tratar do tema em relação a esfera administrativa, inclusive a Lei Federal de Processo Administrativo, submeteram ambas as situações à mesma regra e prazo de prescrição, o que é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do estado*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.
- BAPTISTA, Patrícia. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*, 2006. 476 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 237, jul./set., p. 271-316, 2004.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 204, FGV, Rio de Janeiro, 1996.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, p. 46-63, 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim; MEZZALIRA, Samuel. Código Civil Comentado, art. 169. *DireitoCom.com*. Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/artigo-169-9>. Acesso em 27.03.2023.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.
- SIMONETTI, José Augusto. *O princípio da proteção da confiança no direito administrativo brasileiro: estabilidade de atos e limitação da discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Contrato de concessão só pode ser anulado judicialmente. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Pareceres*, v. II – *Direito Administrativo Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 317-325.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵³ Esse parece ser o posicionamento de BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. cit., p. 475.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina de. *Código Civil Interpretado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. I. p. 320.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SUNDFELD, Carlos Ari. Invalidação e preservação do contrato administrativo. *In*: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 311-324. ISBN 978-65-5518-581-2.

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PAPEL PREVENTIVO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NOS CONFLITOS DECORRENTES DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MIRELA MIRÓ ZILLOTTO

1 Considerações iniciais

A Sociedade da Informação, que amplia o intercâmbio cultural, o trânsito de dados e o alcance de relacionamentos interpartes, acaba por exigir maior velocidade e redução de incertezas na resolução de conflitos, o que impacta, essencialmente, as atividades administrativas. Tal demanda, portanto, influenciou a aderência aos chamados meios alternativos de solução de controvérsias pela Administração Pública, considerando a sua vantajosidade à resolução de conflitos entre particulares e o Poder Público.

No Brasil, esse avanço ocorreu, principalmente, com o impulso legal trazido pelas alterações na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), e em razão de leis setoriais como a Lei nº 9.478/1997 e a Lei nº 12.351/2010, da Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs (Lei nº 11.079/2004), das alterações na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), do Estatuto Jurídico das Estatais (Lei nº 13.303/2016) e das alterações à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (promovidas pela Lei nº 13.655/2018), além de posicionamentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais já consolidados nesse sentido. Estes, especialmente influenciados pelo fenômeno da abertura do Estado ao consenso, que cuida da “superação da atividade do controle-sanção, arraigada no positivismo proposto por Kelsen”, com o alcance do processo administrativo ao protagonismo, permitindo que os instrumentos consensuais de controle se beneficiem

dessa mudança, “sendo factível nos dias atuais substituir o controle-sanção pelo controle consenso; o controle-repressão, pelo controle-impulso”.¹

Partindo dessa premissa de controle estatal dialógico e ampliação do trânsito de dados pela Sociedade da Informação, ganham força, portanto, os meios alternativos para resolução de conflitos como Arbitragem, Mediação e Autocomposição no âmbito das contratações públicas, já que prezam, sobretudo, pela busca de uma solução consensual, mais célere e eficiente, e que atenda ao interesse de ambas as partes. É o que se nota da disciplina introduzida na Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas, Lei nº 14.133/2021, que inaugurou capítulo específico sobre o tema (capítulo XII, Título III).

Assim, considerando a importância da temática aqui proposta, a seguir serão analisadas as balizas de uma Administração Pública Consensual, especialmente aberta aos meios alternativos de solução de controvérsias, para, na sequência, adentrar ao objetivo do presente estudo que é expor aspectos relevantes da utilização desses mecanismos no âmbito das contratações públicas, notadamente em relação à importância da presença dos Comitês de Resolução de Disputas. Ao final, serão apresentadas as conclusões, demonstrando a necessária aderência aos meios alternativos de solução de controvérsias pela Administração Pública, como ferramentas de gestão e prevenção de litígios no âmbito das licitações e contratações públicas, eis que garantem maior eficiência à execução contratual.

2 Consensualismo e meios alternativos de resolução de controvérsias

Nos últimos anos houve aumento expressivo da aplicabilidade da Mediação, Arbitragem e Autocomposição no âmbito da Administração Pública, especialmente em razão da resposta afirmativa à pergunta que durante muito tempo entabulou discussões doutrinárias: a Administração Pública pode transacionar?

Em que pese a resposta afirmativa, não se olvida que as discussões sobre o tema ainda não cessaram, tendo como principal fonte de discordância o “lugar-comum” do Direito Administrativo pátrio: prerrogativa da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Assim, segundo Juliana Bonacorsi de Palma, os posicionamentos doutrinários divergentes resultam da existência de três premissas distintas em relação às funcionalidades das prerrogativas públicas: (i) as prerrogativas existem para tutelar o interesse público; (ii) as prerrogativas existem para sedimentar o princípio da supremacia do interesse público; (iii) as prerrogativas são instrumentos “para melhor consecução da finalidade pública”.²

Diante desse cenário, a viabilidade jurídica da transação pela Administração Pública tem como base fundamental a terceira premissa e se iniciou, especialmente, em razão de discussões em torno da utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos, considerando-se que “a garantia de acesso ao judiciário não pode ser transformada em

¹ PENA, Luciana Calado. O papel do controle consensual diante da crise de legitimidade do Estado. *Dissertação* (mestrado) – Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2012, p. 37.

² PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 149.

obrigatoriedade de acesso”.³ Dessa forma, a arbitragem, foi reconhecida como um dos principais mecanismos de consensualidade na prática do direito administrativo brasileiro, e, também, como técnica de gestão pública (aqui exaltada, portanto, a instrumentalidade do mecanismo), especialmente no âmbito de contratações públicas mais complexas, em razão das vantagens como flexibilidade, tecnicidade e celeridade, melhorando o fluxo daqueles contratos administrativos.⁴

Percebe-se, portanto, a evolução e prevalência do entendimento da instrumentalidade das prerrogativas públicas, mitigando-se a posição exclusiva de supremacia da Administração Pública. E tal evolução decorre essencialmente da valorização da cultura do diálogo, que impulsiona o processo de perda gradual do caráter exclusivamente unilateral, imperativo e impositivo do Estado, abrindo-se ala para uma atuação mais negocial.⁵ Da mesma forma, esse caráter instrumental tem fortalecido uma visão do agir estatal em função de resultados, é dizer, de uma administração pública que proporcione resultados concretos aos administrados, com valorização dos sistemas de controle da gestão administrativa e, sobretudo, dos resultados dessa gestão.⁶

Assim, seguindo as tendências do processo civil e penal, abriu-se campo ao direito administrativo concertado, ao governo por contratos, ao direito administrativo pactualista, ao direito administrativo cooperativo e à administração por acordos,⁷ desverticalizando as relações entre a Administração Pública e particulares, modificando-se o fundamento do “lugar-comum” da supremacia e indisponibilidade do interesse público, especialmente em razão da emergência de um conceito de atingimento do interesse público mais amplo e plural, e, de fato, instrumental.⁸ Natural, nesse sentido, que essa transformação recaia sobre a tarefa de equalizar os direitos fundamentais dos particulares e as atribuições da Administração Pública,⁹ caracterizada por uma atuação voltada ao consenso, ao negócio e ao diálogo, isto é, verdadeira técnica de solução obtida mediante a concordância entre as partes – Administração Pública e interessado – evitando-se a tomada de decisões unilateral e solitária da Administração Pública.¹⁰

³ TALAMINI, Eduardo; Franzoni, Diego. Arbitragem e empresas estatais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 19, n. 105, p. 15-45, set./out. 2017, p. 20.

⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 152 e 154.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos no procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago./set./out. 2011, p. 1. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/floriano-de-azevedo-marques-neto/os-acordos-substitutivos-do-procedimento-sancionatorio-e-da-sancao>. Acesso em: 05 out. 2021.

⁶ SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto Perez; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Org.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39-61.

⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 212.

⁸ Nesse sentido, importante a lição de Gustavo Justino de Oliveira quando destaca que “o direito administrativo contemporâneo passa a ser permeado e combinado com a lógica do consenso, da negociação e da multilateralidade” OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: *Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal*. Antônio Júdice Moreira (coord.). São Paulo: Almedina, 2020, p. 106.

⁹ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre; FIGUEROA, Rodrigo Ochoa. Breve ensaio sobre o consensualismo na Administração Pública e o contraponto entre o modelo burocrático e responsável (“gerencial”). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 13, n. 51, p. 187-203, jan./mar., 2013, p. 190.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 209.

É que, a Administração Pública não é mais tida como tutora exclusiva dos interesses públicos, de modo que “parece razoável que o poder público migre de uma estruturação piramidal para uma nova configuração, em que os poderes são ordenados como uma rede, articulada com os entes sociais”, e, diante disso, o consenso “assume importante papel no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados tutelados pela administração”.¹¹ Daí por que se afirmar, como destaca Celso Lafer, que, “o Estado é muito menos um ente soberano, dotado de poder de império e capaz de declarar a positividade da lei. Ele é muito mais um mediador, um fiador das negociações que se desenvolvem em grandes organizações”.¹²

Dessa forma, a própria essência da celebração de pactos se contrapõe às ideias de imperatividade e unilateralidade sustentadas pelo Direito Administrativo tradicional, provocando verdadeira relativização do paradigma da unilateralidade e da imperatividade em prol da afirmação da atividade consensual,¹³ de modo tal que o Estado, como fenômeno político, e a Administração Pública, como parte desse fenômeno, passaram a se dedicar permanentemente à construção do consenso da comunidade.¹⁴

Nesse sentido, Gustavo Justino de Oliveira é categórico ao afirmar que a ideia generalizada de que a Administração – quando ocupa um dos polos da avença – não poderia resolver seus conflitos de forma alternativa, devendo estes ser resolvidos pelo Judiciário, é infundada e “constitui um desrespeito monumental aos direitos e garantias do cidadão dispostos na Constituição de 1988”.¹⁵ Igualmente, Romeu Felipe Bacellar Filho destaca que a Administração Pública pode celebrar acordos com o fito de evitar litígios, sem que isso implique abrir mão do interesse público. Em suas palavras: “a transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda”.¹⁶ Da mesma forma, Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma asseveram que, embora seja possível a tomada de decisões unilaterais para a resolução de conflitos, essa atuação administrativa também pode ser objeto de incidência da consensualidade, sendo esta o próprio elemento de mutação de um direito administrativo burocrático, hierarquizado e formalista.¹⁷ Para esses autores, portanto, mostra-se paulatinamente mais eficaz e necessário o consenso

¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 157-158.

¹² LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 72.

¹³ SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 24, 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 337.

¹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Pragmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 157.

¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 193.

¹⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 24, 2011, p. 3-4. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 05 out. 2021.

na tomada de decisões administrativas, eis que decisões formadas em consenso tendem a ser menos desrespeitadas do que decisões impostas unilateralmente.¹⁸

Não se pode perder de mente, portanto, que o consensualismo é técnica de gestão administrativa,¹⁹ e, como tal, é apenas um dos meios a atingir a finalidade pública almejada – o que reforça ainda mais a fungibilidade de sua aplicação frente ao caso concreto. Assim, em nenhum momento se considera renunciar ao interesse público, de modo que a consensualização é prática lícita, legítima, e que vem em uma crescente, ainda que exista resistência atrelada à concepção impositiva, verticalizada e autoritária da Administração Pública.²⁰

A objeção central ao consensualismo, portanto, prende-se à equivocada premissa de que seria impossível negociar o interesse público, tendo em vista a indisponibilidade e supremacia que lhe são inerentes. Conforme destacado, contudo, o consensualismo não é instrumento de disposição do interesse público, mas mecanismo utilizado para atingi-lo com maior eficiência. Daí dizer que “jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”.²¹

Não sem razão, Adilson Abreu Dallari ressalta que quando a Administração Pública opta pela solução amigável, pelo consenso, pelo diálogo, não está, necessariamente, transigindo o interesse público, nem tampouco dispondo do mesmo, mas, sim, está escolhendo um meio à defesa do interesse público.²² Nessa mesma linha, Alexandre Santos de Aragão pontifica que o que se pretende com a abertura ao consensualismo – buscar o interesse público predominante em uma rede multipolar de interesses públicos – não implica disposição do interesse público, mas a sua efetivação por excelência.²³ A atividade consensual, dessa forma, deve ser reconhecida como a “vocação da Administração contemporânea”, agindo por meio de ações e serviços realizados com qualidade máxima em benefício da sociedade brasileira.²⁴

Acompanhando essa corrente do consensualismo, inúmeras são as referências no ordenamento pátrio autorizando o consenso, e, especialmente, a solução alternativa de controvérsias. É que, com a abertura do Estado ao consenso, há, agora, um sistema multiportas, com mais de uma ferramenta para a solução de conflitos envolvendo a

¹⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 24, 2011, p. 5. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹⁹ BAPTISTA, Patricia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 273.

²⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos no procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago./set./out. 2011, p. 9. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANAMATIELLO.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2008, p. 16. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 05 out. 2021.

²² DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e o particular. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 4, n. 13, jan./mar., 2002, p. 16.

²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 293-294.

²⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Pragmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 160.

Administração.²⁵ Dentre essas “portas”, pode-se elencar a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, logo em seu Preâmbulo, acena para a valorização da solução pacífica das controvérsias, repetindo o mesmo teor em seu artigo 4º. Além da Constituição, as alterações promovidas na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), as leis setoriais como a Lei nº 9.478/1997 e a Lei nº 12.351/2010, a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), as alterações promovidas na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), a Lei de Mediação, que trata da possibilidade de autocomposição de litígios entre particulares e a Administração Pública (Lei nº 13.140/2015), o Estatuto Jurídico das Estatais (Lei nº 13.303/2016) e as alterações à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (promovidas pela Lei nº 13.655/2018), além, claro, da Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas, que introduziu capítulo específico sobre o tema.

Percebe-se, portanto, que maior aplicabilidade de soluções alternativas de controvérsias decorre de uma cultura jurídica em que a consensualidade tem se afirmado como “técnica de desenvolvimento das atividades administrativas” preferível às vias tradicionais (unilateralidade e imperativismo). Isso porque muitas vezes a imposição de sanções pode não ser a melhor alternativa para atingir o interesse público. Conforme destacado, esse ideal foi sedimentado mediante as alterações promovidas na LINDB, com o permissivo geral de atuação consensual previsto no seu artigo 26, que autoriza a autoridade administrativa competente a promover acordos e compromissos com a finalidade de encerrar irregularidades, incertezas jurídicas e situações contenciosas.²⁶

Esse cenário, portanto, é marcado pelo abandono de um viés autoritário em benefício de um viés democrático, por meio da participação mais efetiva dos particulares nos conflitos envolvidos com a Administração Pública, sendo esta considerada uma das virtudes da Administração consensual por Fernando Dias Menezes de Almeida. Para o jurista, ainda, esse abandono permite “tanto uma maior possibilidade de realmente contribuírem com sua vontade para a formação dos atos, como uma maior possibilidade de os controlarem”.²⁷ Daí dizer que o consensualismo é instrumento de democratização e dialogicidade, permitindo maior eficiência na atuação administrativa, eis que decisões controladas, porque tomadas em conjunto, têm maior aceitabilidade do que aquelas impostas imperativa e unilateralmente pelo Estado. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que um direito eficiente não pode mais ser aquele monopolisticamente produzido pelo Estado, a ponto de, inclusive, comprometer a ordem jurídica. O direito eficiente deve ser aquele produzido em conjunto, mediante o controle,

²⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: *Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal*. Antônio Júdice Moreira (coord). São Paulo: Almedina, 2020, p. 107.

²⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi; GUERRA, Sérgio. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. P. 138, 140 e 143.

²⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 348.

o diálogo e o acordo.²⁸ Em obra mais antiga, o autor já acenava que desde a elaboração de uma norma até a sua fiscalização ou execução contenciosa, o consensualismo é “sinal de celeridade, de precisão e de acerto – numa palavra, de eficiência”.²⁹

Assim, pode-se dizer que os meios alternativos de solução de controvérsias são uma relevante ferramenta de tratamento adequado dos conflitos, mediante adoção de procedimentos que se adaptam às particularidades de cada caso e, por consequência, aumentam o grau de satisfação e cumprimento espontâneo da decisão. Esses meios, portanto, devendo ser reconhecidos como “autênticos instrumentos de ação pública e categoria jurídica autônoma do direito administrativo brasileiro”,³⁰ pelo que os mais conhecidos e, também, aplicáveis à Administração Pública, são a mediação, conciliação e arbitragem, mas outros têm sido incorporados pelo ordenamento pátrio, especialmente em razão das experiências internacionais, conforme se verá na sequência.

As figuras da mediação e conciliação estão expressamente previstas na Lei nº 13.140 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.³¹ A arbitragem, para além de sua reconhecida aplicabilidade à Administração Pública,³² inclusive em diplomas esparsos, como na Lei de Concessões,³³ na Lei das Parcerias Público-Privadas³⁴ e na Lei das Estatais,³⁵ por exemplo, também possui disciplina expressa na própria Lei da Arbitragem, em seu artigo 1º, §1º, para resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.³⁶

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Governo e Governança em tempos de Mundialização: reflexões à luz dos novos paradigmas do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, 2006, p. 6. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2476>. Acesso em: 10 out. 2021.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 47.

³⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: *Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal*. Antônio Júdice Moreira (coord.). São Paulo: Almedina, 2020, p. 112.

³¹ A expressa aplicabilidade da mediação, conciliação e autocomposição está disciplina no Capítulo II da norma em referência.

³² Sobre o tema, conferir as “ondas” da arbitragem com o Poder Público in. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Pragmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 161-164.

³³ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

³⁴ “Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...).

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

³⁵ “Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão:

(...)

Parágrafo único. A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.”

³⁶ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Todas as figuras acima elencadas são instrumentos benéficos porque, indo ao encontro do estabelecido pelo contexto da consensualidade, direcionam o conflito para técnicas mais céleres e eficazes de resolução, especialmente se comparados com a morosidade dos processos judiciais.³⁷ No tocante específico das contratações públicas, podem garantir melhor saúde à relação contratual, que não será levada ao Poder Judiciário, mas solucionada de forma administrativa.³⁸ Ainda, a maior tecnicidade e especialidade do terceiro envolvido no meio alternativo de solução de controvérsias adotado permite a diminuição de riscos e custos de transação, para além de aumentar a qualidade e aceitabilidade das decisões, já que os terceiros são reconhecidamente notórios especialistas nos temas e, a depender da modalidade, são escolhidos pelas partes. Não sem razão, pode-se dizer, inclusive, que os meios alternativos de solução de controvérsias podem ser vistos como instrumentos de governança e gestão pela Administração Pública, auxiliando o estabelecimento de relações mais saudáveis entre as partes.³⁹

Diante dessa evolução e mudança de comportamento da Administração Pública, portanto, a Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas incorporou expressamente tais instrumentos, inovando o novo regramento geral, inclusive, ao disciplinar os Comitês de Resolução de Disputa (provenientes do termo em inglês *Dispute Boards*).⁴⁰

3 Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas e os Comitês de Resolução de Disputa

Conforme visto anteriormente, os meios alternativos de solução de controvérsias são mecanismos legitimados pelo ordenamento jurídico e rotineiramente utilizados para dirimir conflitos que envolvem os interesses do Poder Público, sendo, dessa forma, importantes ferramentas de governança e gestão. Tal evolução, inclusive, foi introduzida de forma expressa na Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei nº 14.133/2021).

Assim, o novo marco legal das contratações públicas, além de prever a extinção dos contratos celebrados por intermédio dos meios consensuais ou de decisão arbitral, também dedicou um capítulo específico para tratar dos meios alternos de resolução de controvérsias (Capítulo XII, Título III), buscando, notadamente, a prevenção e a resolução administrativa de eventuais conflitos oriundos de contratos celebrados pelo Estado.

³⁷ Sobre o tema, Gustavo Justino de Oliveira destaca que “a escolha estratégica pela arbitragem, portanto, tem natureza de decisão administrativa técnica a ser tomada por todos os órgãos públicos competentes, e é indicado que seja motivada a partir de prévio estudo de impacto que avalie adequadamente ganhos de eficiência e de influência positiva nos custos de transação do contrato em espécie, gerados pelo uso da arbitragem.” OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo pragmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 189.

³⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 158 e 159.

³⁹ TALAMINI, Eduardo; Franzoni, Diego. Arbitragem e empresas estatais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 19, n. 105, p. 15-45, set./out. 2017, p. 41.

⁴⁰ Importante registrar que o novo marco geral de licitação e contratos não trouxe “inovações materiais consideráveis ao tema - a postura do legislador foi minimalista e não expansionista, positivando entendimentos e boas práticas de certo modo já sedimentados na temática - (...)” Mas, “a Lei Federal nº 14.133/21 deixa evidente o incentivo para a utilização da conciliação, da mediação, do comitê de resolução de disputas (*dispute boards*) e da arbitragem em conflitos contratuais, inclusive na extinção dos contratos administrativos.” OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MOREIRA, Matheus Teixeira. Quem tem medo da solução negociada de conflitos da nova Lei de Licitações? Coluna Público e Pragmático. *Revista Consultor Jurídico*, 13 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-13/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maos-dadas-rumo-transformacao-digital>. Acesso em: 10 out. 2022.

No que tange à previsão da extinção contratual, a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 138, enumerou três hipóteses aplicáveis: a) extinção unilateral; b) extinção consensual; e c) extinção por decisão arbitral:

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

- I – determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta;
- II – consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração;
- III – determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

Nota-se, portanto, a premissa trazida pelo legislador da busca pelo consenso entre as partes ao prever em dois, dos três incisos elencados, a possibilidade de extinção do contrato por meio de conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas ou decisão arbitral, incentivando a tomada de decisão consensual e, por conseguinte, evitando a exclusividade das decisões tomadas de forma unilateral pela Administração Pública.

No Capítulo XII do Título III do dispositivo legal em comento, o legislador foi além e disciplinou nos artigos 151 e seguintes a utilização dos meios alternativos para solução de controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, autorizando, inclusive, o aditamento de contratos para permitir a adoção de tais meios:

Art. 151. 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.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Assim, antes de seguir à análise dos chamados Comitês de Resolução de Disputa, importante fazer breves apontamentos ao termo “direitos patrimoniais disponíveis”, eis que tal disciplina também aparece no permissivo geral da Lei de Arbitragem, e é de suma importância para aplicação prática dos meios alternativos de solução de controvérsias no âmbito das contratações públicas.

Nesse sentido, parte-se do pressuposto da existência de dois significados possíveis em relação à indisponibilidade de direitos. O primeiro deles estaria relacionado à impossibilidade de renúncia ou negociação de um determinado direito material. Já o segundo, pode ser compreendido como imposição de intervenção judicial em uma

determinada demanda em oposição à possibilidade de resolução de forma espontânea e extrajudicial.⁴¹

A indisponibilidade tratada no novo marco jurídico das contratações públicas parece estar relacionada à primeira acepção, eis que flexibilizou a indisponibilidade da intervenção judicial ao permitir a adoção de soluções alternativas de controvérsias. Dessa forma, sempre caberá a adoção dessas ferramentas (disponibilidade da pretensão à tutela jurisdicional) quando a questão de fundo envolver direitos patrimoniais disponíveis no âmbito das contratações públicas. Nesse sentido, importante a análise dos vocábulos “patrimoniais” e “disponíveis” para compreensão efetiva daquilo que pode ser transacionado no âmbito das contratações públicas.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o vocábulo “patrimônio”, no Direito Administrativo, é amplo, abrangendo os seguintes aspectos: econômico, moral, cultural, histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, dentre outros. Contudo, para fins do presente estudo, e, “para fins de interpretação da expressão ‘direitos patrimoniais disponíveis’, o que interessa é o aspecto econômico”.⁴² Assim, pode-se dizer que o direito terá o caráter patrimonial não apenas quando estiver revestido de valor econômico, mas também quando puder ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.⁴³ Em relação ao vocábulo “disponível”, de acordo com Di Pietro, o mesmo não significa liberalidade, mas apenas que eles podem ser objeto de negociação pelo Poder Público.⁴⁴

No âmbito das contratações públicas, Romeu Felipe Bacellar Filho assevera que “quando o interesse em jogo – devidamente fundamentado – não se configurar como interesse público primário é perfeitamente possível acudir à arbitragem e à transação”.⁴⁵ No mesmo sentido, Gustavo Schiefler sustenta que “quando o litígio versar sobre cláusula contratual que representa uma prerrogativa legal da Administração Pública”, isto é, as cláusulas exorbitantes, o conflito não poderá ser solucionado por soluções alternativas.⁴⁶ Assim, a disponibilidade patrimonial estaria diretamente vinculada às cláusulas contratuais reconhecidas como cláusulas financeiras, já que as cláusulas exorbitantes são indisponíveis. Nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que as cláusulas financeiras são aquelas que disciplinam a remuneração do contratado e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo natureza tipicamente contratual e, por essa razão, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público. Agora, as cláusulas regulamentares referem-se ao objeto e à forma de execução do contrato, e

⁴¹ TALAMINI, Eduardo; Franzoni, Diego. Arbitragem e empresas estatais. P. 20. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 19, n. 105, p. 15-45, set./out. 2017, p. 18-19.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1052-1053.

⁴³ TALAMINI, Eduardo; Franzoni, Diego. Arbitragem e empresas estatais. P. 20. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 19, n. 105, p. 15-45, set./out. 2017, p. 28.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1052-1053.

⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito administrativo, a arbitragem e a mediação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Licitação e contratos administrativos*. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.337.

⁴⁶ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 272, p. 989-995, out. 2016, p. 2-3.

essas, sim, segundo a jurista, são fixadas e podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público, eis que decorrem do poder regulador deste.⁴⁷

Dessa forma, reconhece-se que não há possibilidade de adotar meios alternativos de solução de controvérsias em se tratando das prerrogativas que só o poder público pode exercer. É dizer, não pode um mediador, tribunal arbitral ou comitê de resolução de disputas, decidir sobre as prerrogativas da Administração previstas no artigo 104 da Lei nº 14.133/2021.⁴⁸ Importante destacar, contudo, que, em que pese não se possa transigir sobre as prerrogativas em comento, as soluções alternativas podem ser utilizadas para decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes da sua utilização, “como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro”.⁴⁹ Aqui a importância, portanto, de se compreender o anteriormente destacado, de que o direito terá o caráter patrimonial não apenas quando estiver revestido de valor econômico, mas também quando puder ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.⁵⁰ Dessa forma, de acordo com Di Pietro, pode-se afirmar que se trata de aspecto que se inclui no conceito de “direitos patrimoniais disponíveis” porque admite valoração econômica, e não porque a Administração Pública pode renunciá-los.⁵¹

Superada a questão daquilo que a Administração Pública pode transacionar no âmbito das contratações públicas, de acordo com a Nova Lei de Licitações e Contratos, e voltando à análise ao artigo 151 do referido diploma, que disciplina expressamente a possibilidade da adoção de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, “notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”, chama-se atenção à inclusão dos “comitês de resolução de disputas” na nova norma geral como um desses meios, e, que, tradicionalmente, são herança do direito americano, conhecidos como “dispute boards”.

Assim, em que pese a norma não regulamente os chamados “dispute boards”, indicando como será a sua disciplina, aplicabilidade e vigência nos casos concretos, a experiência internacional e nacional o definem como um mecanismo de solução de controvérsias que busca resolver conflitos administrativamente, especialmente em relação aos contratos de longa duração e de maior complexidade. Para Arnoldo Wald, portanto, “embora originalmente concebidos para os contratos de construção, a utilização dos dispute boards em outros tipos de contratos, (...) é crescente, e bastante

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. *Revista Consultor Jurídico*, 24 de setembro de 2015, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em: 05 out. 2021.

⁴⁸ A Nova Lei de Licitações e Contratos manteve o regime de cláusulas exorbitantes, ao qual denominou de prerrogativas da Administração, repetindo no seu artigo 104, o que afirmava o artigo 58 da Lei nº 8.666/93. NOHARA, Irene Patrícia. *Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 425.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. *Revista Consultor Jurídico*, 24 de setembro de 2015, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em: 05 out. 2021.

⁵⁰ TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem e empresas estatais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 19, n. 105, p. 15-45, set./out. 2017, p. 28.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvania. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. *Revista Consultor Jurídico*, 24 de setembro de 2015, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em: 05 out. 2021.

vantajosa em contratos de longo prazo ou de execução diferida”.⁵² Assim, em sua acepção básica, os Comitês de Resolução de Disputas podem ser considerados como “um mecanismo extrajudicial de solução e prevenção de conflitos por meio do qual as partes instituem, em geral, na ocasião da celebração do contrato, um especialista ou comitê de especialistas para acompanhar sua execução, prevenindo e solucionando eventuais litígios decorrentes do referido contrato”.⁵³

Considerando a temática proposta nesse estudo, veja-se que não há restrição ao tipo de contrato, mas sim à natureza da controvérsia, sendo aplicáveis, portanto, aos conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, e, especialmente, para a solução de controvérsias relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Sobre a sua composição, os Comitês de Resolução de Disputas podem ser compostos por um ou mais especialistas independentes, que serão responsáveis por acompanhar a execução do contrato de forma periódica. E, ao realizar esse acompanhamento periódico, proporcionam um gerenciamento de riscos que mitiga e previne a evolução de divergências e conflitos entre as partes relacionadas. Nesse sentido, Arnoldo Wald destaca que a composição e o número de especialistas irão variar de acordo com a “natureza do contrato, dos conflitos potenciais que lhe serão submetidos e dos valores envolvidos”; mas deve sempre comportar número ímpar, bem como contar com a colaboração de profissionais de diferentes áreas, de acordo com a necessidade do negócio e das partes.⁵⁴

Trata-se, assim, de um mecanismo de controle que envolve a presença de um terceiro à relação estabelecida entre as partes, e, em se tratando de contratações públicas, deve a escolha dos incumbidos para dirimir eventual conflito se dar em momento anterior à celebração do contrato, por meio de previsão no edital e no anexo referente à minuta do contrato.

Assim, esses comitês poderão acompanhar a execução do contrato desde o seu nascedouro, colocando aquele “em condições extremamente favoráveis para a compreensão de todas as etapas de execução do objeto e, conseqüentemente, na própria percepção, avaliação e resolução dos conflitos que dele decorram”.⁵⁵ Esse é considerado um dos diferenciais dos Comitês de Resolução de Disputas, isto é, o momento em que ele é formado. Já que, como a indicação dos especialistas ocorre no início da relação

⁵² WALD, Arnoldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 4. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5593094/mod_folder/content/0/WALD%2C%20Arnoldo.%20Dispute%20Resolution%20Boards%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20recente.pdf?forcedownload=1 Acesso em: 5 out. 2021.

⁵³ RODRIGUES, Marco Antonio; MELLO, Felipe Varela. Os dispute boards na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de abril de 2021, 15h09. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/rodrigues-varela-dispute-boards-lei-licitacoes>. Acesso em: 05 out. 2021.

⁵⁴ WALD, Arnoldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 4. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5593094/mod_folder/content/0/WALD%2C%20Arnoldo.%20Dispute%20Resolution%20Boards%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20recente.pdf?forcedownload=1 Acesso em: 5 out. 2021.

⁵⁵ GARCIA, Flávio Amaral. O Dispute Board e os contratos de concessão. *Revista Colunistas Direito do Estado*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 5 out. 2021.

contratual, ou seja, antes da ocorrência de qualquer conflito, quando aqueles forem requisitados a se manifestar, já terão acompanhado todo o processo de formação e execução do contrato, garantindo maior tecnicidade e celeridade às suas decisões ou orientações.

Como se pode notar, trata-se de um mecanismo que fornece o “acompanhamento gradativo dos conflitos que impactam especialmente no prazo e nos custos dos projetos”, o que torna, por si só, a busca pela jurisdição estatal menos atrativa.⁵⁶ Por isso, pode-se dizer que os comitês possuem uma dupla função preventiva, sendo a primeira de prevenir a judicialização de conflitos e a outra de ser “um mecanismo de gestão contratual preventivo e viabilizador de uma atuação *ex ante* do próprio conflito, dotado de uma racionalidade procedimental extremamente pragmática”.⁵⁷

Assim, são três as modalidades reconhecidas dos Comitês de Resolução de Disputas: o *dispute review board* (DRB), que faz apenas recomendações, aconselhamentos às partes, indicando sugestões de como atuar; o *dispute adjudication board* (DAB), que emite decisões obrigatórias, impondo soluções vinculantes às partes; e o *combined dispute board* (CDB), que é a junção das modalidades anteriormente citadas, podendo tanto emitir recomendações não vinculantes quanto proferir decisões vinculantes.⁵⁸

Importante destacar, nesses termos, que qualquer decisão proferida por um Comitê de Resolução de Disputas, seja ela uma recomendação ou uma obrigação, por ter natureza consensual, estará sempre sujeita a possível apreciação de jurisdição estatal, ou até mesmo, arbitral.⁵⁹ Da mesma forma, considerando o princípio da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, presente no âmbito das contratações públicas, uma vez autorizada a sua existência para resolução de controvérsias, a modalidade do Comitê de Resolução de Disputa também deve constar previamente da minuta contratual, especialmente em relação às regras que irão reger o procedimento a ser adotado.

Tal disciplina, portanto, permite maior segurança para utilização desse mecanismo alternativo, e, por consequência, amplia a confiança das partes envolvidas. E a confiança, como bem destaca Flávio Garcia, é o cimento dos Comitês de Resolução de Disputas, eis que, além das próprias partes indicarem os incumbidos de monitorar e acompanhar a execução contratual, as soluções por mecanismos endocontratuais permitem a criação “de laços de solidariedade, cooperação e comprometimento entre as partes contratantes”.⁶⁰

⁵⁶ RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os *Dispute Boards* no direito brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, v. 9, n. 2, p. 129-159, p. 133. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Mackenzie_v.09_n.02.08.pdf. Acesso em: 5 out. 2021.

⁵⁷ GARCIA, Flávio Amaral. O *Dispute Board* e os contratos de concessão. *Revista Colunistas Direito do Estado*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 5 out. 2021.

⁵⁸ RODRIGUES, Marco Antonio; MELLO, Felipe Varela. Os *dispute boards* na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de abril de 2021, 15h09. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/rodrigues-varela-dispute-boards-lei-licitacoes>. Acesso em: 05 out. 2021.

⁵⁹ WALD, Arnoldo. *Dispute Resolution Boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 3. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5593094/mod_folder/content/0/WALD%2C%20Arnoldo.%20Dispute%20Resolution%20Boards%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20recente.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 5 out. 2021.

⁶⁰ GARCIA, Flávio Amaral. O *Dispute Board* e os contratos de concessão. *Revista Colunistas Direito do Estado*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 5 out. 2021.

Não sem razão, de acordo com dados da Dispute Resolution Board Foundation,⁶¹ a eficácia dos Comitês de Resolução de Disputa pode ser identificada em relação à solução e celeridade dos processos. Assim, os dados indicam que 99% dos conflitos que usam *dispute boards* são encerrados em menos de 90 dias, e que 98% das disputas são resolvidos pelo mecanismo.⁶² Outro relevante fator, bem destacado por Maurício Brun Bucker, é de que, via de regra, os custos de instalação e manutenção de um Comitê de Resolução de Disputas variam em torno de 0,05% e 0,3% do valor global do contrato, o que é inferior aos custos de instalação de um tribunal arbitral, por exemplo.⁶³ Além disso, segundo o autor, a solução mais célere dos conflitos mediante os Comitês de Resolução de Disputas também reduz os “custos derivados de atrasos e paralisação da obra e de faturamentos que podem ser causados por demora na solução de disputas submetidas à arbitragem ou à jurisdição estatal”.

Para além de sua eficácia comprovada mediante dados, os Comitês de Resolução de Disputa também são considerados um importante mecanismo de transparência às contratações públicas, já que analisam e documentam o comportamento das partes durante toda a execução do contrato, garantindo, por conseguinte, a sua execução adequada, bem como uma atuação colaborativa entre as partes.⁶⁴ Pode-se dizer, nesses termos, que, por ser um mecanismo de transparência e colaboração, contribui, ademais, para a reputação das partes relacionadas, inclusive, conferindo-lhes vantagens econômicas,⁶⁵ seja em prol do interesse público, seja em prol do interesse privado.

Em síntese, portanto, inúmeros são os benefícios à utilização dos Comitês de Resolução de Disputas no âmbito das contratações públicas, conforme os principais elencados a seguir: 1) a sua formação no início da execução do contrato e o seu caráter permanente permitem o conhecimento e a respectiva solução dos conflitos em tempo real, sem a necessidade de criação do litígio; 2) a familiaridade dos *experts* indicados com o contrato garante maior celeridade e tecnicidade das decisões; 3) a confiança e o respeito das partes ao Comitê permitem comunicação aberta e cooperação entre as partes para solução das controvérsias de forma amigável; 4) a celeridade na solução das controvérsias reduz atrasos na execução do contrato, o que impacta diretamente a redução dos custos contratuais diretos e indiretos.⁶⁶

⁶¹ Dispute Resolution Board Foundation – DRBF. Concept. FAQs. Disponível em: <http://drbf.org.au/concept/faqs>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁶² BRASIL. Centro de Arbitragem e Mediação – CAM. *Resolução de Disputas. Dispute Boards*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁶³ BUCKER, Maurício Brun. Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil. 2010. *Dissertação* (mestrado em Engenharia Civil). Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo. P. 137. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3146/tde-20082010-161521/publico/Dissertacao_Mauricio_Brun_Bucker.pdf. Acesso em: 05 out. 2021.

⁶⁴ POLIDORO, Maúra Guerra. Dispute board é boa opção para resolução de disputas de alta complexidade. Revista *Consultor Jurídico*, 18 de maio de 2021, 7h13 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/polidoro-dispute-board-opcao-disputas-alta-complexidade>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁶⁵ Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁶⁶ WALD, Arnaldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 4-6. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5593094/mod_folder/content/0/WALD%2C%20Arnaldo.%20Dispute%20Resolution%20Boards%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20recente.pdf?forcedownload=1 Acesso em: 5 out. 2021.

É notório, portanto, o caráter antecipatório e preventivo dos Comitês de Resolução de Disputas, buscando solucionar impasses antes que venham afetar a execução do contrato. E como bem destaca Flávio Garcia, a Administração Pública deve sempre preferir instrumentos preventivos, que mitiguem ou evitem “a ocorrência de eventos ruinosos ao contrato e que causem efeitos indesejáveis aos interesses de ambas as partes”.⁶⁷

Como se pode notar, são inúmeras as vantagens da utilização de tal mecanismo no âmbito das contratações públicas, vez que tendem a ser proferidas decisões mais céleres, especialmente no âmbito do reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, além disso, são decisões mais técnicas, com maiores chances de aceitação e posterior cumprimento pelas partes. Diferente, portanto, de decisões unilaterais e impositivas.

4 Considerações finais

O ordenamento jurídico brasileiro vem evoluindo de forma constante no sentido de possibilitar e incentivar a adoção de meios extrajudiciais para a solução de conflitos que envolvam a Administração Pública, de modo a não deixar de lado nem o interesse público, nem o interesse privado, prezando pela busca da forma de resolução que melhor atenda ambas às partes, e, por conseguinte, a execução do contrato.

Esse cenário decorre, essencialmente, das inúmeras vantagens apresentadas quando da utilização desses instrumentos, especialmente, a celeridade, tecnicidade, transparência, mas, sobretudo, por serem utilizados como mecanismos de gestão e prevenção de conflitos.

No âmbito das contratações públicas, a adoção desses meios como ferramentas de gestão vai ao encontro das diretrizes da Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas, Lei nº 14.133/2021, que possui uma preocupação muito grande com o tema da gestão e planejamento das contratações.

Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 foi expressa em relação às boas práticas de governança, tendo introduzido em seu artigo 11, parágrafo único, obrigação ao Poder Público para que implemente processos e estruturas de gestão de riscos e controles internos para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, promovendo, assim, um ambiente íntegro e confiável, bem como eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. Além disso, o diploma em referência elevou a transparência ao patamar de princípio em seu artigo 5º e determinou de forma expressa o dever à Alta Administração de assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias.

Diante desse cenário, como os meios alternativos de solução de controvérsias previstos na Nova Lei de Licitações e Contratos são alinhados ao consenso, permitem maior flexibilidade, cooperação e confiança entre as partes, diminuindo o ambiente adversarial muitas vezes estabelecido entre a Administração Pública e o contratado,

⁶⁷ GARCIA, Flávio Amaral. O *Dispute Board* e os contratos de concessão. *Revista Colunistas Direito do Estado*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 5 out. 2021.

reduzindo assimetria de informação e aumentando a transparência, exatamente o que se espera dos princípios elencados no artigo 5º da Lei nº 14.133/2021.

Destaca-se, portanto, que se foi o tempo em que as contratações públicas deveriam ser pautadas na imperatividade do Estado. O autoritarismo mostra-se uma forma de atuação estatal em conflito com o seu tempo,⁶⁸ de modo que a imagem clássica de uma Administração pautada em formas unilaterais e autoritárias precisa ser superada, especialmente porque a busca do consenso pelos cidadãos deve ser o critério substancial, de justificação e de guia das decisões administrativas.⁶⁹

É preciso adequar o Direito Administrativo – e sobretudo as contratações públicas – ao seu tempo.⁷⁰ É preciso assumir a verdadeira vocação da Administração contemporânea: agir com qualidade, em benefício da sociedade brasileira.⁷¹

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito administrativo, a arbitragem e a mediação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Licitação e contratos administrativos*. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Centro de Arbitragem e Mediação – CAM. *Resolução de disputas*. Dispute Boards. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acesso em: 29 set. 2021.

BUCKER, Maurício Brun. Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil. 2010. *Dissertação* (mestrado em Engenharia Civil). Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo. P. 137. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3146/tde-20082010-161521/publico/Dissertacao_Mauricio_Brun_Bucker.pdf. Acesso em: 05 out. 2021.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre; FIGUEROA, Rodrigo Ochoa. Breve ensaio sobre o consensualismo na Administração Pública e o contraponto entre o modelo burocrático e responsável (“gerencial”). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 13, n. 51, p. 187-203, jan./mar., 2013.

DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e o particular. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 4, n. 13, jan./mar., 2002.

⁶⁸ VALLE, Vivian Lima López. Autoridade e consenso nos contratos administrativos: um reposicionamento do regime jurídico contratual brasileiro à luz da doutrina europeia dos contratos administrativos. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Íthala, 2016, p. 451.

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 294.

⁷⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 210.

⁷¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo pragmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 159.

DI PIETRO, Maria Sylvia. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. *Revista Consultor Jurídico*, 24 de setembro de 2015, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em: 05 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Dispute Resolution Board Foundation – DRBF. Concept. FAQs. Disponível em: <http://drbf.org.au/concept/faqs>. Acesso em: 29 set. 2021.

GARCIA, Flávio Amaral. O Dispute Board e os Contratos de Concessão. *Revista Columistas Direito do Estado*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 5 out. 2021.

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos*: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos no procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago./set./out. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/floriano-de-azevedo-marques-neto/os-acordos-substitutivos-do-procedimento-sancionatorio-e-da-sancao>. Acesso em: 05 out. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>. Acesso em: 05 out. 2021.

MEDAUAR, Odete. *D direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 210.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Governo e Governança em tempos de Mundialização: Reflexões à luz dos novos paradigmas do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2476>. Acesso em: 10 out. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 05 out. 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. *Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Pragmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: *Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal*. Antônio Júdice Moreira (coord.). São Paulo: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MOREIRA, Matheus Teixeira. Quem tem medo da solução negociada de conflitos da nova Lei de Licitações? Coluna Público e Pragmático. *Revista Consultor Jurídico*, 13 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-13/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maodadas-rumo-transformacao-digital>. Acesso em: 10 out. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi; GUERRA, Sérgio. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

PENA, Luciana Calado. O papel do controle consensual diante da crise de legitimidade do Estado. *Dissertação (mestrado)* – Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2012.

POLIDORO, Maúra Guerra. Dispute board é boa opção para resolução de disputas de alta complexidade. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de maio de 2021, 7h13 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/polidoro-dispute-board-opcao-disputas-alta-complexidade>. Acesso em: 29 set. 2021.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os Dispute Boards no direito brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, v. 9, n. 2, p. 129-159. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Mackenzie_v.09_n.02.08.pdf. Acesso em: 5 out. 2021.

RODRIGUES, Marco Antonio; MELLO, Felipe Varela. Os dispute boards na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de abril de 2021, 15h09. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/rodrigues-varela-dispute-boards-lei-licitacoes>. Acesso em: 05 out. 2021.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 272, p. 989-995, out. 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 24, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 05 out. 2021.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto Perez; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TALAMINI, Eduardo; Franzoni, Diego. Arbitragem e empresas estatais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 19, n. 105, p. 15-45, set./out. 2017.

VALLE, Vivian Lima López. Autoridade e consenso nos contratos administrativos: um reposicionamento do regime jurídico contratual brasileiro à luz da doutrina europeia dos contratos administrativos. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Íthala, 2016.

WALD, Arnoldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, p. 139-151, jul.-set. 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5593094/mod_folder/content/0/WALD%2C%20Arnoldo.%20Dispute%20Resolution%20Boards%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20recente.pdf?forcedownload=1 Acesso em: 5 out. 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZILLOTTO, Mirela Miró. A nova lei de licitações e contratações públicas e o papel preventivo dos comitês de resolução de disputas nos conflitos decorrentes dos contratos celebrados com a Administração Pública. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 325-342. ISBN 978-65-5518-581-2.

CENÁRIO ATUAL DO CONTROLE DAS CONCESSÕES PÚBLICAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

BENJAMIN ZYMLER
FRANCISCO SÉRGIO MAIA ALVES

1 Introdução

A implantação das concessões no Brasil decorreu da necessidade de conjugar esforços públicos e privados visando a realizar investimentos, em especial, na área de infraestrutura.

O advento das concessões e privatizações, ocorrido a partir da década de 1990, deveu-se, em grande parte, ao reconhecimento de que o Estado não possuía os recursos necessários para desenvolver a infraestrutura e remover os gargalos que dificultavam o desenvolvimento do Brasil. Além disso, havia a percepção de que determinados serviços públicos poderiam ser mais bem prestados pela iniciativa privada.

A partir da instituição do Programa Nacional de Desestatização, por meio da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, o Estado brasileiro passou a buscar novos mecanismos de oferta de serviços públicos, tendo se afastado gradualmente da prestação direta destes, delegando a sua prestação para a iniciativa privada.

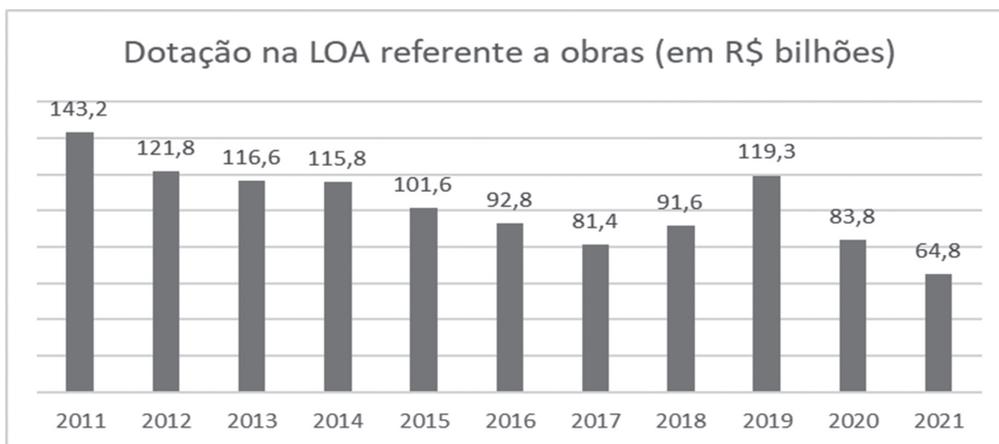
Nesses setores, o Poder Público priorizou a realização de atividades de regulação e fiscalização, por meio de agências autônomas criadas por lei. Tais entes nasceram para garantir um ambiente estável e economicamente atrativo para o setor privado e que, primordialmente, assegurasse a satisfação do interesse público.

A alteração na forma de prestação de serviços públicos exigiu um reposicionamento na atuação dos tribunais de contas, no controle dos atos de delegação daqueles para a iniciativa privada, bem como da esbarrada execução dos contratos pertinentes.

O objetivo deste trabalho é descrever o cenário atual da delegação de serviços públicos no país e da atuação do Tribunal de Contas da União na fiscalização das desestatizações.

2 Problemas e desafios da delegação de serviços públicos no Brasil

Em razão do delicado quadro fiscal brasileiro, que muito se agravou nos últimos anos, houve uma sensível diminuição dos investimentos diretos em obras federais e um aumento do número de projetos de desestatização. Apenas a título ilustrativo, ano a ano a dotação orçamentária para investimentos diretos em obras vem caindo, como pode ser visto no gráfico a seguir:



Fonte: TC 035.374/2020-9 – Consolidação do Fiscobras, exercício de 2021.

Como se observa, em 2021, os recursos destinados a esse tipo de investimento na Lei Orçamentária Anual (LOA) equivalem a 50% da média dos anos de 2011 a 2014.

Em contrapartida, tem-se percebido a tendência de aumento das desestatizações federais (concessões, permissões e privatizações).

Isso mostra um evidente reposicionamento do Estado na forma de prover a infraestrutura nacional, característica refletida no ordenamento jurídico.

Todavia, o esgotamento das fontes de financiamento público de projetos de investimento não é o único motivo para a busca de parcerias com o setor privado no Brasil. Segundo Vítor Rhein Schirato, as concessões se prestam a muitas outras possibilidades para além da simples substituição do Poder Público, constituindo importantes instrumentos na gestão e na organização dos serviços públicos. Com a estruturação adequada dos projetos concessórios, é possível extrair grandes benefícios aos usuários, a partir do encontro equilibrado da capacidade financeira do Poder Público com a capacidade empresarial da iniciativa privada. Para o autor, não cabe falar em oposição entre público e privado, mas, sim, da comunhão de esforços para o encontro de um modelo mais eficiente de satisfação das necessidades coletivas¹.

Não obstante, é possível apontar algumas disfuncionalidades na implantação do modelo de delegação da prestação de serviços públicos no Brasil, que deveriam ser

¹ SCHIRATO, Vítor Rhein. As concessões de serviços públicos em evolução. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 180, p. 27-43, dez. 2016, p. 42.

objeto de melhor atenção por parte das autoridades encarregadas de instrumentalizar as parcerias com o setor privado.

Infelizmente, percebe-se o avanço das privatizações e concessões, antes da definição do marco jurídico aplicável e da própria criação e estruturação dos agentes reguladores. Essa inversão da ordem natural das coisas implica dificuldades práticas na consecução de políticas públicas no setor de infraestrutura, as quais acabam culminando com o não atingimento completo dos objetivos buscados pela delegação de serviços públicos no país.

Outro desafio para a celebração de concessões reside na falta de projetos de qualidade.

No intuito de resolver essa questão, o BNDES apoia com recursos não reembolsáveis, provenientes do BNDES Fundo de Estruturação de Projetos (BNDES FEP), estudos técnicos destinados à preparação de projetos de infraestrutura formatados como concessões comuns ou parcerias público-privadas.

Para o alcance dos objetivos do BNDES FEP, a aplicação de seus recursos deverá destinar-se obrigatoriamente à realização de estudos técnicos que atendam, obrigatoriamente, às seguintes diretrizes:

- a) origem projetos, juridicamente viáveis e ambientalmente sustentáveis, e pesquisas de elevado benefício econômico e social, em consonância com a missão do BNDES, de implementação e resultados em curto, médio e longo prazos;
- b) proporcionem projetos que sejam viabilizados mediante relações jurídicas de longo prazo entre o poder público e a iniciativa privada, nas áreas de infraestrutura logística, energética, social e urbana, dentre outras, ou em áreas relacionadas com a integração regional.

Apontam-se, ainda, os seguintes problemas que impactam significativamente o desenvolvimento das concessões:

- a) instabilidade do marco regulatório;
- b) insuficiência das fontes de financiamento de longo prazo;
- c) variações cambiais abruptas, o que afeta em particular os investimentos externos;
- d) demora na apreciação das questões referentes ao meio ambiente, aos indígenas e ao patrimônio histórico.

Avalia-se que o equacionamento dessas questões tem potencial para destravar vultosos investimentos na área de infraestrutura.

3 Programa de Parcerias de Investimento (PPI)

Nesse contexto, cumpre citar a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), com o fito de:

- a) ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do país;

- b) garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas;
- c) promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;
- d) assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; e
- e) fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

Na implementação do PPI, o Governo Federal buscou observar os seguintes princípios, anunciados no art. 2º da aludida norma:

- I – estabilidade das políticas públicas de infraestrutura;
- II – legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; e
- III – garantia de segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos.

Como bem observado por Gustavo Eugênio Maciel Rocha, a Lei nº 13.334/2016 se destaca pela louvável iniciativa de consolidar em uma mesma norma a abrangência de todos os prováveis tipos de arranjos de parcerias com a iniciativa privada, desde os modelos usuais até os decorrentes de novos negócios público-privados.²

Essa característica é evidenciada logo no art. 1º, §1º, da referida norma, o qual considera como contrato de parceria, para os fins da lei, a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante.

4 Alterações promovidas pela Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017

A partir dos problemas verificados nas concessões, foram editadas medidas provisórias, posteriormente convertidas em lei, com o propósito de fornecer o arcabouço jurídico necessário para o equacionamento das questões tratadas no item 2 deste trabalho.

Nesse contexto, invoca-se a Lei nº 13.448/2017, que estabeleceu diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria definidos na Lei nº 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal.

Cabe salientar que as prorrogações e as relicitações de que trata aquela norma se aplicam apenas aos empreendimentos prévia e especificamente qualificados para esse fim no PPI.

² ROCHA, Gustavo Eugênio Maciel. PPI – Programa de Parcerias de Investimentos: inovações e desafios. In: SION, Alexandre Oheb. *Empreendimentos de infraestrutura e de capital intensivo: desafios jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 243.

A Lei nº 13.448/2017 previu a possibilidade de adoção dos seguintes mecanismos, que devem ser adotados visando a solucionar problemas ou incrementar/acelerar investimentos:

- a) prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste;
- b) prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste; e
- c) relicitação: procedimento que compreende a extinção amigável dos contratos de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.

O objetivo do tópico seguinte é discutir os principais aspectos envolvendo tais institutos.

4.1 Prorrogações contratuais

O instituto da prorrogação dos contratos de concessão foi objeto de acaloradas discussões quanto à sua constitucionalidade, devido à alegação de que a sua admissão implicaria a violação do princípio da licitação pública.

Não obstante, a questão encontra-se superada no atual estágio, tanto porque o STF³ já admitiu a prorrogação das concessões públicas, como o próprio TCU.⁴

Além disso, há forte embasamento na doutrina quanto à compatibilidade constitucional do instrumento. Nessa trilha, cabe invocar o trabalho de Felipe Montenegro Viviani Guimarães, no sentido de que o art. 175, parágrafo único, inciso I, da CF/1988 não fixou nenhum outro limite para a conformação do instituto jurídico da prorrogação do prazo de vigência das concessões de serviço público, havendo, portanto, amplo poder discricionário conferido ao legislador ordinário para tratar da matéria.⁵

Destacam-se os seguintes aspectos do instrumento em exame:

- a) as prorrogações poderão ocorrer por provocação de qualquer uma das partes do contrato, estando sujeitas à discricionariedade do órgão ou da entidade competente;
- b) exceto quando houver disposição contratual em contrário, o pedido de prorrogação contratual deverá ser manifestado formalmente ao órgão ou à entidade

³ RMS nº 34.203/DF, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Ministro Dias Toffoli, julgamento em 21.11.2017.

⁴ Acórdão nº 2.200/2015-Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes.

⁵ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Da constitucionalidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, ano 15, n. 279.3, p. 181-215, set./ dez. 2020, p. 202-203.

competente com antecedência mínima de vinte e quatro meses do término do contrato originalmente firmado.

- c) desde que já não tenha sido prorrogado anteriormente, o contrato de parceria poderá sê-lo por uma única vez, por período igual ou inferior ao prazo de prorrogação originalmente fixado ou admitido no contrato;
- d) a prorrogação antecipada dependerá da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente. Ela só poderá ocorrer nos contratos de parceria cujo prazo de vigência, à época da manifestação da parte interessada, encontrar-se entre cinquenta e noventa por cento do prazo originalmente estipulado;

A prorrogação antecipada estará, ainda, condicionada ao atendimento das seguintes exigências por parte do contratado, a depender do objeto contratual:

- a) concessões rodoviárias: a execução de, no mínimo, 80% das obras obrigatórias exigíveis entre o início da concessão e o encaminhamento da proposta de prorrogação antecipada, desconsideradas as hipóteses de inadimplemento contratual para as quais o contratado não tenha dado causa, conforme relatório elaborado pelo órgão ou pela entidade competente;
- b) concessões ferroviárias: prestação de serviço de transporte ferroviário adequado, entendendo-se como tal: o cumprimento das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por três anos dentro do intervalo de cinco anos, contados da data da proposta de antecipação da prorrogação; ou o cumprimento das metas de segurança definidas no contrato por quatro anos.

O termo aditivo referente às prorrogações deverá conter o respectivo cronograma dos investimentos obrigatórios previstos e incorporar mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos de obrigações, como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga.

Caberá ao órgão ou à entidade competente apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.

Além disso, as prorrogações dos contratos de parceria dependerão de avaliação prévia e favorável do órgão ou da entidade competente acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços.

Por fim, frisa-se que:

- a) as prorrogações deverão ser submetidas previamente à consulta pública pelo órgão ou pela entidade competente, em conjunto com os estudos acima citados;
- b) a consulta pública será divulgada na imprensa oficial e na internet e deverá conter a identificação do objeto, a motivação para a prorrogação e as condições propostas, entre outras informações relevantes, fixando-se o prazo mínimo de quarenta e cinco dias para recebimento de sugestões;
- c) o termo aditivo de prorrogação contratual deverá ser encaminhado ao Tribunal de Contas da União, em conjunto com os estudos citados e com os documentos comprobatórios do cumprimento das exigências estabelecidas na lei sob comento.

4.2 Relicitação

Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas na Lei nº 13.448/2017, a relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

A relicitação ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

Trata-se, portanto, de uma nova forma de extinção de contratos administrativos de concessões, de natureza consensual, aplicável a ajustes com problemas de cumprimento das obrigações contratuais, constituindo uma opção menos traumática às partes, que o requerimento da caducidade pela via de um processo litigioso.⁶

Caberá ao órgão ou à entidade competente, em qualquer caso, avaliar a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação do objeto do contrato de parceria, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros e a continuidade dos serviços envolvidos.

Sem prejuízo de outros requisitos definidos em ato do Poder Executivo, a instauração do processo de relicitação ficará condicionada à apresentação, pelo contratado:

- a) das justificativas e dos elementos técnicos que demonstrem a necessidade e a conveniência da adoção do processo de relicitação, com as eventuais propostas de solução para as questões enfrentadas;
- b) da renúncia ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para o enquadramento previsto no art. 38, §3º, da Lei nº 8.987/1995, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade;
- c) de declaração formal quanto à intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, ao processo de relicitação do contrato de parceria, nos termos da lei;
- d) das informações necessárias à realização do processo de relicitação, em especial as demonstrações relacionadas aos investimentos em bens reversíveis vinculados ao empreendimento e aos eventuais instrumentos de financiamento utilizados no contrato.

Qualificado o contrato de parceria para a relicitação, ficarão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso em face do contratado.

Não se aplicam ao contrato de parceria especificamente qualificado para fins de relicitação, até sua conclusão, os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei nº 11.101/2005, exceto na hipótese de não acudirem interessados para o processo

⁶ OLIVEIRA, Anderson Marcio de. A relicitação da Lei nº 13.448/2017 e a criação de uma nova hipótese de extinção dos contratos administrativos de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, p. 9-15, p. 14.

licitatório ou de não ser concluído o processo de relicitação no prazo de vinte e quatro meses, contados da data de qualificação.

Nessa última hipótese, o órgão ou a entidade competente adotará as medidas contratuais e legais pertinentes, revogando-se o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado.

A relicitação do contrato de parceria ficará condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, no qual constará, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

- a) a aderência irrevogável e irretroatável do atual contratado à relicitação do empreendimento e à posterior extinção amigável do ajuste originário, nos termos da lei;
- b) a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento;
- c) o compromisso arbitral entre as partes que preveja a submissão à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente;
- d) a previsão de que as indenizações apuradas serão pagas pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação; e
- e) a previsão de pagamento, diretamente aos financiadores do contratado original, dos valores correspondentes às indenizações devidas pelo órgão ou pela entidade competente.

Dos valores de indenização acima especificados deverão ser abatidas as multas e as demais somas de natureza não tributária devidas pelo anterior contratado ao órgão ou à entidade competente, inclusive o valor relacionado à outorga originalmente ofertada, calculado conforme ato do órgão ou da entidade competente.

O pagamento da indenização ao anterior contratado é condição para o início do novo contrato de parceria, consoante o §3º do art. 15 da Lei nº 13.448/2017.

O cálculo do valor das indenizações pode ser considerado um dos principais empecilhos para o rápido processamento das relicitações. No propósito de remediar esse problema, a Lei nº 14.368, de 14 de junho de 2022, incluiu os seguintes parágrafos ao art. 15 da Lei nº 13.448/2017:

§4º O procedimento de cálculo a que se refere o §3º deste artigo e sua conferência não obstam o processo licitatório de que trata o art. 13 desta Lei, nos termos de regulamento.

§5º Caso o valor inicial ofertado a título de outorga, na sessão de leilão da relicitação, seja menor que o valor do pagamento, ao anterior contratado, da indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, a União custeará a diferença, observadas as regras fiscais e orçamentárias.

Segundo o art. 16 da Lei nº 13.448/2017, não poderão participar do certame licitatório o contratado ou a Sociedade de Propósito Específico (SPE) responsável pela execução do contrato de parceria e os acionistas da SPE responsável pela execução do contrato de parceria titulares de, no mínimo, 20% do capital votante em qualquer momento anterior à instauração do processo de relicitação.

O órgão ou a entidade competente promoverá o estudo necessário à relicitação dos contratos de parceria, no intuito de assegurar sua viabilidade econômico-financeira e operacional.

Quando as condições de financiamento se mostrarem vantajosas para o Poder Público e viáveis para os financiadores, o órgão ou a entidade competente poderá, consultados os financiadores, exigir a assunção, pela futura SPE, das dívidas adquiridas pelo anterior contratado, nos termos estabelecidos pelo edital.

O órgão ou a entidade competente submeterá seus estudos à consulta pública, que deverá ser divulgada na imprensa oficial e na internet, contendo a identificação do objeto, a motivação para a relicitação e as condições propostas, entre outras informações relevantes, fixando-se prazo mínimo de quarenta e cinco dias para recebimento de sugestões.

Encerrada a consulta pública, os estudos deverão ser encaminhados ao Tribunal de Contas da União, em conjunto com os documentos comprobatórios do cumprimento dos requisitos estabelecidos para a relicitação.

Na hipótese de não acudirem interessados para o processo licitatório, o contratado deverá dar continuidade à prestação do serviço público, até a realização de nova sessão para recebimento de propostas.

As disposições da Lei nº 13.448/2017 não obstam nem alteram a condução, pelo órgão ou pela entidade competente, no exercício das suas competências regulatórias, dos procedimentos de reequilíbrio econômico-financeiro instaurados em contratos não alcançados por essa norma ou em razão de eventos distintos daqueles nela previstos.

A inclusão de investimentos não consignados no contrato original e não realizados na forma estabelecida na mencionada lei continuará sendo possível, observados os regulamentos aplicáveis à espécie.

Não são alcançados por essa lei os procedimentos de extensão do prazo contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, definida como a alteração do prazo de vigência do contrato destinada a compensar eventuais desequilíbrios econômico-financeiros, quando cabível, conforme regras contratuais, editalícias ou regulamentares.

Quando houver estudo ou licitação em andamento para substituição de contrato em vigor e não houver tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do contrato, o órgão competente poderá estender o prazo do contrato por até 24 meses, a fim de evitar descontinuidade na prestação do serviço.

As contendas surgidas em decorrência dos contratos de parceria nos setores de que trata a Lei nº 13.448/2017 podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias, após decisão definitiva da autoridade competente. Tais instrumentos podem ser utilizados para a discussão dos chamados direitos patrimoniais disponíveis, assim delimitados no §4º do art. 31 da referida norma:

- I – as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- II – o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e
- III – o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Importante mencionar, ainda, que os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de prevê-las, conforme o §5º do art. 31 da Lei nº 13.448/2017.

5 Alterações promovidas pela Lei nº 13.499, de 26 de outubro de 2017

Visando a solucionar problemas verificados no pagamento de outorgas no setor aeroportuário, foi editada a Medida Provisória nº 779, de 19 de maio de 2017, posteriormente convertida na Lei nº 13.499/2017. A aludida norma passou a admitir a celebração de aditivos contratuais que versem sobre a alteração do cronograma desses pagamentos nos contratos de parceria celebrados até 31.12.2016, observado o disposto no ato de regulamentação do então Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (Portaria nº 135, de 28 de março de 2017).

A alteração do cronograma será admitida somente uma vez, observadas as seguintes condições:

- a) manifestação do interessado no prazo máximo de 180 dias, contado da data de publicação da medida provisória;
- b) inexistência de processo de caducidade instaurado e adimplência do interessado com as outorgas vencidas até a data da assinatura do aditivo;
- c) apresentação, pelo contratado, de pagamento antecipado de parcela de valores das contribuições fixas;
- d) manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumidas;
- e) durante o período remanescente do contrato, limitação do saldo da reprogramação aos valores das contribuições fixas antecipadas; e
- f) limitação de cada parcela de contribuição reprogramada a até 50% acima do valor da parcela da contribuição originalmente pactuada para cada exercício.

Salienta-se que a observância das condições dispostas nessa lei não implica a alteração das condições do contrato de parceria, considerando-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro.

6 Atuação do TCU na fiscalização das desestatizações

A mudança no modo de prestação de serviços públicos no país se refletiu na forma de atuação do TCU, que tem, ano a ano, buscado aperfeiçoar a sua atuação de controle, não somente nas fiscalizações em obras públicas, mas também em desestatizações e em outros temas estruturantes do setor.

Antes, porém, é preciso mencionar que o *papel do Tribunal no controle das desestatizações não se confunde* com o realizado pelas *agências reguladoras*. Conforme a ampla jurisprudência do TCU, este *realiza uma fiscalização de segunda ordem sobre aquelas*, atuando de forma complementar, especificamente se for constatada a prática de atos ilegais.

Nessa perspectiva, o TCU deve respeitar as escolhas regulatórias das agências que estejam dentro da ordem jurídica, prestigiando a avaliação destas quanto à melhor maneira de satisfazer o interesse público. Dito de outra forma, o Tribunal deve *atuar com cuidado para não invadir o âmbito de ação exclusivo da entidade reguladora*.

São vários os precedentes do TCU que reverberam essa posição:

A fiscalização do TCU, em processo de regulação, deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório, não devendo versar sobre esse jogo regulatório em si mesmo considerado (Acórdão nº 1.703/2004-Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler)

No que tange ao acompanhamento de outorgas ou execução contratual de serviços públicos concedidos, a fiscalização exercida pelo TCU, nas atividades regulatórias, possui caráter de ancilaridade ao Poder Concedente. Trata-se de um controle de segunda ordem, cujos limites se estabelecem na esfera de discricionariedade conferida ao agente regulador (Acórdão nº 2.138/2007-Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler).

O controle do TCU sobre os atos de regulação é de segunda ordem, na medida em que o limite a ele imposto esbarra na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulador. No caso de ato discricionário praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe ao TCU, tão somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas. Não é suprimida a competência do Tribunal para determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que viciado em seus requisitos, a exemplo da competência, da forma, da finalidade ou, ainda, inexistente o motivo determinante e declarado. Em tais hipóteses e se a irregularidade for grave, pode até mesmo determinar a anulação do ato (Acórdão nº 602/2008-Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler).

O controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre a área-fim das agências reguladoras deve ser um controle de segunda ordem, vocacionado para exarar determinações apenas quando for constatada a prática de atos ilegais (Acórdão nº 620/2008-Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler).

A fiscalização do TCU sobre as agências reguladoras é de segunda ordem, cabendo a estas a fiscalização de primeira ordem, bem como as escolhas regulatórias, e ao TCU verificar se não houve ilegalidade ou irregularidade na atuação dessas autarquias especiais (Acórdão nº 2.302/2012-Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro).

Ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas (Acórdão nº 2.314/2014-Plenário. Relator: Ministro José Jorge).

A atuação do controle externo nas atividades finalísticas das agências reguladoras limita-se a fiscalização de segunda ordem, respeitando os limites de atuação e a autonomia funcional daquelas entidades, não cabendo ao TCU avaliar, em casos concretos

específicos, a correção das normas editadas por entidades regulatórias (Acórdão nº 2.071/2015-Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo).

A Aneel detém a competência administrativa primária para resolver disputas que envolvam relações jurídicas estabelecidas entre concessionárias e produtores independentes de energia elétrica. Ao TCU compete exercer fiscalização de segunda ordem, com o objetivo de verificar a regularidade da atuação da Agência (Acórdão nº 4.773/2016-Primeira Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler).

A competência do TCU para fiscalizar as atividades-fim das agências reguladoras caracteriza-se como controle de segunda ordem, cabendo respeitar a discricionariedade das agências quanto à escolha da estratégia e das metodologias utilizadas para o alcance dos objetivos delineados. Isso não impede, todavia, que o TCU determine a adoção de medidas corretivas a ato praticado na esfera discricionária dessas entidades, quando houver violação ao ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da finalidade, da economicidade e da modicidade tarifária na prestação dos serviços públicos (Acórdão nº 1.166/2019-Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes).

Todavia, não se pode olvidar as críticas existentes de parte da doutrina quanto à atuação do TCU, em determinados casos concretos, emitindo decisões a respeito de matéria de competência finalística das agências reguladoras, o que implicaria uma atuação contrária à orientação reproduzida acima.

Apesar de reconhecer a competência do Tribunal em proceder ao controle finalístico das agências reguladoras, inclusive por força da previsão expressa contida na Lei nº 13.848/2019, Luciana Luso de Carvalho defende uma espécie de autocontenção do TCU, que deveria buscar construir um diálogo institucional com as agências reguladoras, a fim de extrair um ponto de equilíbrio entre o controle externo e a regulação, com o objetivo de promover o desenvolvimento dos serviços públicos que são essenciais para o cidadão e estratégicos para a economia.⁷

Retornando às mudanças na forma de atuação desta Corte de Contas, foi aprovada a Instrução Normativa TCU nº 81, de 20 de junho de 2018, que flexibilizou o escopo do acompanhamento dos processos de desestatização, que passa a ser definido com base em critérios de materialidade, relevância, oportunidade e risco. Em suma, foi permitida a utilização de técnicas de amostragem ou outros métodos simplificados para selecionar os empreendimentos que deverão ser examinados individualmente.

A atuação do Tribunal tem se pautado pela construção de um diálogo racional e profícuo entre poder concedente, agências reguladoras e controle externo, característica que pode ser considerada um fator estabilizador da avaliação dos processos de desestatização. A partir de uma interação dialética, os modelos de concessão, de permissão, de PPP e de privatização são aprimorados como resultado de convencimentos recíprocos e de uma troca recíproca de teses e antíteses até se extrair a síntese.

Desse modo, é preciso pontuar que a atuação do Tribunal visa a conferir segurança jurídica, qualidade e economicidade às desestatizações, sem perder de vista sua atuação de segunda ordem. Busca-se respeitar a atuação discricionária das agências reguladoras, sem foco na ação punitiva.

⁷ CARVALHO, Luciana Luso de. *As agências reguladoras federais de serviços públicos e o controle do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 303.

No período compreendido pelo ciclo do Fiscobras 2021, o TCU analisou 29 processos de desestatizações dos diversos setores da infraestrutura.

Em 2022, o Tribunal apreciou as seguintes desestatizações:

- a) sétima rodada de concessões aeroportuárias (TC nº 041.500/2021-0, Relator Ministro Walton Alencar, Acórdão nº 1.228/2022-Plenário);
- b) privatização da Eletrobras (TC nº 008.845/2018-2, Relator Ministro Aroldo Cedraz, Acórdãos nºs 296/2022-Plenário e 1.103/2022-Plenário);
- c) cessão onerosa de uso da Ferrovia Interna do Porto de Santos (Fips), de titularidade da Santos Port Authority (SPA) (TC nº 000.731/2022-6, Relator Ministro Antônio Anastasia, Acórdão nº 1.579/2022-Plenário);
- d) a prorrogação antecipada do contrato de concessão da Ferrovia Malha Regional Sudeste (MRS) (TC nº 025.914/2021-9, Relator Ministro Jorge de Oliveira, Acórdão nº 1.234/2022-Plenário);
- e) privatização da empresa Veículo de Desestatização MG Investimentos S.A. (VDMG), no âmbito da desestatização da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) (TC nº 004.587/2022-7, Relator Ministro Vital do Rêgo, Acórdão nº 1.951/2022-Plenário);
- f) privatização das Centrais de Abastecimento de Minas Gerais S.A. (Ceasa Minas), sociedade de economia mista de capital fechado repassada ao controle da União por meio da Lei estadual de Minas Gerais nº 12.422/1996 e do Decreto estadual de Minas Gerais nº 40.963/2000 (TC nº 042.705/2021-5, Relator Ministro Benjamin Zymler, Acórdão nº 2.097/2022-Plenário); e
- g) transferência do controle acionário e celebração de termo de ajustamento de conduta no âmbito da concessão da BR-163/MT (TC nº 019.064/2022-5, Relator Ministro Bruno Dantas, Acórdão nº 2.139/2022-Plenário).

Em 2023, cabe destacar que os seguintes julgados envolvendo concessões públicas:

- a) desestatização relativa a concessões florestais nos estados de Santa Catarina e Paraná (TC nº 006.351/2022-0, Relator Ministro Antônio Anastasia, Acórdão nº 252/2023-Plenário);
- b) desestatização do Porto de Itajaí/SC, por meio de concessão dos serviços públicos de administração e exploração direta e/ou indireta das instalações portuárias nele existente (TC nº 039.017/2021-4, Relator Ministro Walton Alencar, Acórdão nº 245/2023-Plenário);
- c) desestatização do Porto Organizado de São Sebastião, no Estado de São Paulo, para a concessão dos serviços públicos de administração portuária e a exploração das instalações portuárias e das áreas não afetas às operações portuárias (TC nº 017.293/2022-7, Relator Ministro Walton Alencar, Acórdão 244/2023-Plenário);
- d) desestatização referente ao acompanhamento do Leilão de Transmissão Aneel nº 2/2022 para a concessão da prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica, por um período de até trinta anos, prorrogáveis por igual período, cujo objeto abrange a construção, operação e manutenção de instalações de transmissão que passarão a integrar a Rede Básica do Sistema Interligado

- Nacional (SIN) (TC nº 014.254/2022-0, Relator Ministro Antônio Anastasia, Acórdão nº 10/2023-Plenário);
- e) acompanhamento do processo de relicitação, previsto na Lei nº 13.448/2017 e no Decreto nº 9.957/2019, da concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante/RN (ASGA) (TC nº 028.391/2020-9, Relator Ministro Aroldo Cedraz, Acórdão nº 8/2023-Plenário); e
- f) quarto estágio do processo de desestatização do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex), instituído pela Lei nº 13.155/2016 e incluído no Programa Nacional de Desestatização (PND) por meio do Decreto nº 9.155/2017 (TC nº 010.604/2016-2, Relator Ministro Aroldo Cedraz, Acórdão nº 4/2023-Plenário).

Conclusões

As concessões públicas constituem um importante instrumento para a prestação de serviços públicos e para a realização dos investimentos necessários ao desenvolvimento do país.

Após três décadas, desde a retomada do movimento de desestatização no Brasil, é possível perceber avanços nos arranjos regulatórios existentes, que parecem adequados, *a priori*, para a atração da iniciativa privada, na oferta de expertise técnica e de recursos para a solução dos gargalos de investimentos no país.

Todavia, há inúmeros desafios a serem superados, seja por conta dos recorrentes cenários de crise econômica, inclusive em nível global, seja por aspectos próprios do país, relacionados à complexidade burocrático-institucional do Estado.

Nessa perspectiva, os diversos atores envolvidos na operacionalização e controle das concessões devem buscar soluções conjuntas, objetivando induzir a obediência às regras e a melhoria de qualidade na oferta de serviços públicos no país.

Sob a perspectiva do TCU, este deve respeitar as escolhas regulatórias das agências que estejam dentro da ordem jurídica, prestigiando o juízo destas quanto à melhor maneira de satisfazer o interesse público. O Tribunal somente deve se valer de sua competência corretiva em situações de frontal violação à ordem jurídica.

Agindo dessa forma, as instituições contribuirão para a melhoria do ambiente de negócios e para o fortalecimento da segurança jurídica das concessões, o que impactará, em último grau, na oferta de serviços públicos adequados e com preço justo, em benefício da sociedade.

Referências

CARVALHO, Luciana Luso de. *As agências reguladoras federais de serviços públicos e o controle do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Da constitucionalidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, ano 15, n. 279.3, p. 181-215, set./ dez. 2020.

OLIVEIRA, Anderson Marcio de. A relicitação da Lei nº 13.448/2017 e a criação de uma nova hipótese de extinção dos contratos administrativos de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, p. 9-15.

ROCHA, Gustavo Eugênio Maciel. PPI – Programa de Parcerias de Investimentos: inovações e desafios. *In: SION, Alexandre Oheb. Empreendimentos de Infraestrutura e de Capital Intensivo: Desafios Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As concessões de serviços públicos em evolução. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 180, p. 27-43, dez. 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZYMLER, Benjamin; ALVES Francisco Sérgio Maia. Cenário atual do controle das concessões públicas pelo Tribunal de Contas da União. *In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). Novas leis: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 343-357. ISBN 978-65-5518-581-2.

PARTE II

TEXTOS VENCEDORES DO CONCURSO
DE ARTIGOS JURÍDICOS

CORRUPÇÃO E OPACIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: A NECESSIDADE DE UMA FASE INTERNA TRANSPARENTE VIA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN*

KETLYN GONÇALVES FERNANDES

1 Introdução

A corrupção é uma mazela que assola o Brasil historicamente em diversas frentes. Segundo Guilherme Sena,¹ a corrupção é um fenômeno social que tem corroído severamente o patrimônio público do Estado brasileiro e prejudicado significativamente a efetividade e a eficiência das políticas públicas no país.

Ademais, quando se fala em corrupção no Brasil, o que vem à mente dos brasileiros são os grandes escândalos envolvendo contratação de obras e serviços pelo Estado. A palavra “licitação”, por exemplo, é automaticamente associada aos enormes prejuízos aos cofres públicos e à sociedade como um todo.² Principalmente, a fase interna dos procedimentos de contratações públicas, marcada pela escassa transparência, compreendida “entre muros”, num ambiente opaco, apresenta elevado índice quantitativo de corrupção.

Diante desse cenário marcado pela desconfiança da população brasileira diante das contratações públicas, que, efetivamente, concentram grande parte dos casos de corrupção, faz-se necessário pensar em medidas inovadoras capazes de reverterem esse quadro. Nesse sentido, o presente trabalho se destina a demonstrar de que maneira a tecnologia *blockchain* pode ser utilizada pela Administração Pública para aprimorar a fase interna das contratações públicas, com a necessária diminuição da sua opacidade, de modo a combater a corrupção.

¹ SENA, G. M. A. de. *Corrupção no Brasil: fatores históricos e socioculturais e ações educativas para prevenção*. Trabalho de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra como requisito à obtenção do diploma do Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia. Rio de Janeiro: SG, 2018, p. 12. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/38927/1/Guilherme_Monteiro_Andrade_de_Sena.pdf. Acesso em: 24 ago. 2022.

² OLIVEIRA, Nelson. Nova Lei de Licitações é esperança contra corrupção e desperdício de verbas. *Agência Senado*. Brasília-DF, 5 de abr. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/12/nova-lei-de-licitacoes-e-esperanca-contra-corrupcao-e-desperdicio-de-verbas>. Acesso em: 24 ago. 2022.

Para a consecução desse fim, adotou-se o método de pesquisa exploratório, quanto ao objetivo, por meio do estudo de caso das Operações Especiais empreendidas pela Controladoria-Geral da União (CGU) em 2021 e 2022; quanto aos procedimentos, foram empreendidas a pesquisa bibliográfica, análise documental e entrevista. No que tange à abordagem, o tratamento das informações e dados levantados utilizou, num primeiro momento, a abordagem quantitativa, de modo a conhecer o volume de casos de corrupção nas contratações públicas e, posteriormente, a qualitativa, para identificar a natureza das irregularidades na fase interna dos casos analisados.

Desse modo, procedeu-se à análise da tecnologia *blockchain* como ação estratégica do Governo Digital brasileiro, sendo apresentados conceito, componentes estruturantes e as características cardeais, além de destacar os notáveis benefícios delas decorrentes para a Administração Pública.

Ressalta-se que o presente trabalho não intenciona exaurir toda a discussão acerca das tecnologias objeto de estudo. Efetivamente, preocupou-se em destrinchar o seu funcionamento para elucidar as características e os benefícios trazidos que as tornam um instrumento a ser utilizado pela Administração Pública. Sendo assim, não serão aqui discutidos eventuais riscos tecnológicos, de governança de dados ou regulatórios. O exame de tais objetos certamente merece destaque em um estudo próprio capaz de abranger todas as suas especificidades.

Adquirido o conhecimento necessário acerca das tecnologias em questão, fora possível adentrar ao tema da corrupção nas contratações públicas. Neste ponto, a metodologia baseou-se, além de pesquisa bibliográfica, na análise de índices e dados acerca da percepção e custos da corrupção no Brasil e no mundo de maneira geral. A partir dessas informações, passou-se à análise específica da corrupção no âmbito das contratações públicas, apresentando dados acerca dos prejuízos percebidos nessa seara em decorrência da corrupção e o volume gasto com contratações realizadas de 2020 a 2022.

Em seguida, de modo a reforçar a relevância do objeto de pesquisa, foram analisadas as operações especiais empreendidas pela CGU em conjunto com os órgãos de Defesa do Estado em todo o Brasil, nos anos de 2021 e 2022, de modo a enumerar quantas destas envolviam contratações públicas e, principalmente, identificar quais aspectos foram o cerne das corrupções investigadas, destacando-se os pontos focais de corrupção na fase interna do procedimento.

Desse modo, detectados os pontos focais de corrupção nessa seara, o presente trabalho se propôs a relacioná-los às principais fragilidades nos procedimentos de contratação pública, percebidos nas fases interna. Assim, ao facilitar a identificação dos problemas, foi possível indicar de que maneira a tecnologia *blockchain* poderia atuar neles. Destaca-se que o presente artigo não se destina a analisar os pontos focais de corrupção alocados na fase externa e na fase de fiscalização, uma vez que merecem e requerem estudo profundo e específico.

Finalmente, demonstrou-se que a cada fragilidade encontrada, haveria uma solução proporcionada por determinada característica das tecnologias citadas e, conseqüentemente, haveria um aprimoramento do procedimento. Assim, restaram elucidadas as razões e os meios pelos quais a tecnologia *blockchain* pode ser utilizada

pela Administração Pública enquanto um instrumento de combate à corrupção nas contratações públicas ao aprimorar a fase interna e reduzir a sua opacidade.

2 Governo Digital e introdução da tecnologia *blockchain* na Administração Pública brasileira

Com o advento da Quarta Revolução Industrial, também conhecida como Revolução 4.0, as tecnologias digitais, fundamentadas no computador, *software* e redes, embora não sejam novas, causam rupturas à terceira revolução industrial por se tornarem mais sofisticadas e integradas e por estarem transformando a sociedade global.³ É nesta conjuntura que surge o conceito de Governo Digital, também conhecido como Governo 4.0, superando o chamado Governo Eletrônico – *e-gov*, designando o uso das TICs como meio de contato do Estado com a população.⁴ Ana Cristina Viana⁵ entende que o Governo Digital é marcado pelo amadurecimento do emprego das novas tecnologias pelos governos, como *Big Data*, Internet das Coisas, Inteligência Artificial, *cloud computing* e *blockchain*.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em face da tendência tecnológica iminente sobre a Administração Pública, sugere que o uso das tecnologias pelos governos pode aumentar a confiança pública por meio de serviços e políticas com melhores desempenhos e respostas, mobilizando o apoio público para políticas governamentais inovadoras.⁶

O Brasil, diante do desejo de tornar-se membro pleno da OCDE,⁷ a partir de 2015 iniciou suas atividades no sentido de sair do paradigma do Governo Eletrônico para evoluir para o Governo Digital. Assim, com o Decreto nº 8.638, de 15 de janeiro de 2016,⁸ instituiu a Política de Governança Digital e previu a necessidade de uma Estratégia de Governança Digital (EGD), a qual foi lançada em 2016 e revisada em 2018, tornando-se documento complementar da nova Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital), a qual trouxe 100 (cem) ações estratégicas⁹ para acelerar a transformação no Brasil. Dentre estas ações, a EGD 2020-2022 promete um Governo inteligente, com iniciativas que abordam a inclusão da tecnologia *blockchain* na Administração Pública

³ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. Tradução de Daniel Moreira Miranda, p. 19.

⁴ KREUZ, L. C.; VIANA, A.A. 4ª Revolução Industrial e governo digital: exame de experiências implementadas no Brasil. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, Argentina, v. 5, n. 2, p. 267-286, jul./dez. 2018, p. 275 Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/9092>. Acesso em: 5 set. 2022.

⁵ *Ibid*, p. 127

⁶ OCDE. *Recommendation of the Council on Digital Government Strategies*. 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022, p. 5

⁷ Agência O Globo. Guedes quer acelerar entrada do Brasil na OCDE após convite. *Economia IG*. [S.l], 25 jan. 2022. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2022-01-25/guedes-entrada-brasil-ocde-negociacao.html>. Acesso em: 6 set. 2022.

⁸ BRASIL. *Decreto nº 8.638, de 15 de janeiro de 2016*. Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8638.htm. Acesso em: 2 set. 2022.

⁹ Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Estratégia Brasileira para a Transformação Digital – Ações Estratégicas*. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/estrategia-digital-acoes>. Acesso em: 6 set. 2022.

Federal,¹⁰ reconhecendo a importância dessa tecnologia e demonstrando o interesse em incrementar seus processos e operações com as variadas vantagens que ela traz.

Assim, embora a tecnologia *blockchain* tenha, muitas vezes, seu conceito atrelado ao *Bitcoin*, uma moeda digital desenvolvida por um autor desconhecido sob o codinome Satoshi Nakamoto, em 2008, com a publicação do documento intitulado “*Bitcoin: A Peer-To-Peer Electronic Cash System*”,¹¹ conceito de *blockchain*, ainda que sem esta nomenclatura, remonta à década de 1990, com a publicação, pelos pesquisadores Stuart Haber e W. Scoult Toretta, do artigo “How to Time-stamp a Digital Document”.¹² Nesse estudo, os cientistas expõem sua preocupação com a facilidade com a qual os documentos podem ser alterados no mundo digital, dificultando a certificação de quando fora criado ou alterado pela última vez. Assim, propõem procedimentos computacionais para *Time-stamp the datas*, que em tradução livre seria “marcar o tempo dos dados”, tornando inviável retroceder ou antecipar documentos.

Nesse sentido, conceitua-se o *blockchain* como uma estrutura de dados que armazena transações organizadas em blocos, os quais são encadeados sequencialmente,¹³ e, segundo a OCDE, é um tipo de livro-razão distribuído (Distributed Ledger Technology – DLT), criptografado com transações mantidas por partes em uma rede. Sem uma única autoridade central controlando o livro-razão, é uma maneira extremamente segura e transparente de armazenar informações em um registro imutável e cronológico.¹⁴

Os blocos são compostos por um **cabeçalho** e pelos **dados** que o compõe. Nesse cabeçalho serão encontrados: (i) o número único que referencia o bloco, de acordo com a ordem de sua inserção na cadeia; (ii) o horário de criação do bloco; (iii) o *Hash* do bloco anterior; e (iv) o *Hash* do próprio bloco, formada pela junção de todas as informações anteriores mais os dados. O restante que compõe o bloco são os dados efetivamente inseridos, como a lista de transações, documentos, arquivos e demais informações que se queira registrar. O *Hash* é uma função matemática responsável por transformar uma quantidade de dados de tamanho indefinido, em uma cadeia única de caracteres de tamanho fixo, sendo a identificação única de um bloco.¹⁵

¹⁰ Anexo do Decreto nº 10.332/2020: Iniciativa 8.3. Disponibilizar, pelo menos, nove conjuntos de dados por meio de soluções de blockchain na administração pública federal, até 2022. Iniciativa 8.4. Implementar recursos para criação de uma rede blockchain do Governo federal interoperável, com uso de identificação confiável e de algoritmos seguros.

¹¹ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. [S.l]: [s.n], 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹² HABER, Stuart. STORNETTA, W. Scott. How to Time-Stamp a Digital Document. *Journal of Cryptology*, [S.l], v. 3, n. 2, p. 99-111, jan. 1991, p. 1 Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/BF00196791>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Levantamento da tecnologia blockchain*. Brasília: TCU, Secretaria das Sessões, 2020. 39 p, p. 10. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/levantamento-da-tecnologia-blockchain.htm>. Acesso em: 16 set. 2022.

¹⁴ OECD. Global Blockchain Policy Center. *Decoding Blockchain for Government*. 2020, p. 1 Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/blockchain/OECD-Blockchain-Policy-Centre-Flyer.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Levantamento da tecnologia blockchain*. Brasília: TCU, Secretaria das Sessões, 2020. 39 p, p. 10. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/levantamento-da-tecnologia-blockchain.htm>. Acesso em: 16 set. 2022.

Além disso, segundo a OCDE,¹⁶ a tecnologia *blockchain* pode ser classificada quanto (i) a abertura da plataforma e (ii) ao nível de permissão requerida para adicionar informações à rede. Em relação à primeira, tem-se a possibilidade de ser pública, quando o acesso é aberto para qualquer pessoa ler e visualizar, ou privada, quando apenas um selecionado grupo de usuários tem a permissão para criar transações e realizar a verificação de novos blocos. Já em relação ao nível de permissão necessária à adição de informações à rede, esta pode ser não permissionada, quando qualquer pessoa pode contribuir com a rede, seja adicionando dados ou validando blocos, ou permissionada, restringindo estas atividades a um grupo de usuários determinados.

Assim, caso alguém mal-intencionado tente alterar ou apagar os dados do Bloco 1, no momento em que qualquer alteração ocorrer, mesmo que ínfima, o *Hash* deste Bloco 1 será alterado imediatamente. Como o *Hash* do Bloco 2 é composto também pelo *Hash* original do Bloco 1, a rede *blockchain* detectará que houve uma alteração e que os caracteres não coincidem, o que invalidaria todos os blocos seguintes, como um efeito avalanche.

A partir disso, é possível destacar as principais características da tecnologia *blockchain*. A primeira seria a Transparência e auditabilidade/rastreabilidade, pois o fato de que todos os nós da rede, ou seja, todos os dispositivos conectados na *blockchain*, possuam a mesma cópia do livro-razão permite que todos os membros vejam o histórico de todas as transações em tempo real. Isso confere uma hipertransparência, além de trilhar um caminho de rastreabilidade completa das operações, possíveis de serem auditadas por qualquer usuário;

Em segundo lugar, tem-se uma rede distribuída, descentralizada e disponível por não estar centralizada em um único servidor, mas sim em uma rede *P2P*, diminuindo o risco de ataques cibernéticos, eliminando a necessidade de uma autoridade central e aumentando a confiabilidade das transações, uma vez que todas devem ser aceitas e validadas por cada nó. Além disso, permite o uso compartilhado entre diversas organizações e colaboradores, criando um governo hiperconectado. No mesmo sentido, caso um nó sofra um ataque, ficando indisponível, a rede *blockchain* continua Disponível em: outros nós, pois todos possuem uma cópia sincronizada. Assim, diz ser uma tecnologia disponível e resiliente, pois mesmo em face de adversidades, a rede se mantém operante e restaura o *status quo ante* com o mecanismo já aqui detalhado.¹⁷

Por fim, tem-se a Imutabilidade e Integridade, já que o uso de criptografia com a função *Hash* faz com que cada adulteração seja automaticamente percebida pela rede e imediatamente invalidada, restaurando a rede no nó fraudulento. Por isso, trata-se de um registro imutável que se mantém íntegro.

Na Administração Pública, as tecnologias descentralizadas e distribuídas em geral, como a *blockchain*, viabiliza a integração e compartilhamento de processos e informações, além de ser uma aliada na consecução de um governo hiperconectado, partilhando os dados entre diferentes esferas estatais e até mesmo com o setor privado

¹⁶ OECD. *The OECD Blockchain Primer*. 2018. 12 p, p. 5. Disponível em: <https://www.oecd.org/finance/OECD-Blockchain-Primer.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Levantamento da tecnologia blockchain*. Brasília: TCU, Secretaria das Sessões, 2020. 39 p, p. 19. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/levantamento-da-tecnologia-blockchain.htm>. Acesso em: 16 set. 2022.

e a sociedade.¹⁸ No que tange à Transparência, Auditabilidade ou Rastreabilidade, a grande vantagem percebida é a possibilidade de alinhar a tecnologia *blockchain* ao combate a fraudes e corrupção em geral, inclusive na fase interna do procedimento licitatório, objeto deste artigo.

Em suma, os benefícios da tecnologia para o setor público são a capacidade de o governo prestar serviços com maior eficiência e segurança, automação aprimorada, transparência e auditabilidade, beneficiando assim a sociedade.¹⁹ Um dos desafios, no entanto, é a escassa colaboração entre os entes públicos. Quanto mais entes fizerem uso da rede, mais resiliente ela será. Assim, para alcançar um projeto de fato descentralizado é preciso que variados entes cooperem e colaborem para adotar essa tecnologia. Em face desse desafio, portanto, é crucial que se estruture uma governança de rede de modo a identificar os principais papéis e responsabilidades.²⁰

A escolha do tipo de plataforma *blockchain* e a escolha do protocolo de consenso também podem ser consideradas grandes desafios. Isso porque requer um estudo que mensure os impactos no negócio, considerando todo o escopo do projeto, o que se quer alcançar, qual problema se quer solucionar e os principais riscos. A escolha de uma rede pública, privada, permissionada ou não permissionada, assim como o protocolo de consenso, determina a maneira como serão visualizadas e inseridas transações na rede, o que depende fortemente do caso de uso ou necessidade do projeto. Uma escolha errada pode mitigar ou até excluir todos os benefícios aqui citados.

3 Contratações públicas: o cerne da corrupção

A corrupção pode ser definida como um “comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares, de grupo fechado) de natureza pecuniária ou para melhorar o *status*, ou que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamento ligados a interesses privados”.²¹ Segundo a Transparência Internacional, a corrupção é o abuso de poder confiado a alguém para obtenção de ganho privado.²² Trata-se de uma mazela percebida globalmente e que chega a custar pelo menos US\$2,6 trilhões, correspondente a 5% do World Gross Domestic Product (WGDP)²³, o Produto Interno Bruto (PIB) mundial. Na União Europeia

¹⁸ *Ibid*, p. 31

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Levantamento da tecnologia blockchain*. Brasília: TCU, Secretaria das Sessões, 2020. 39 p, p. 37. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/levantamento-da-tecnologia-blockchain.htm>. Acesso em: 16 set. 2022.

²⁰ *Ibid*, p. 28.

²¹ KLITGAARD, R. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1994, p. 30, *apud* PEREIRA, JOSÉ. Reforma do Estado e controle da corrupção no Brasil. *RAM. Revista de Administração Mackenzie*, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 39-58, jul. 2008, p. 7. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/RAM/article/view/35> t. Acesso em: 4 set. 2022.

²² Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>.

²³ UNITED NATIONS. *Global Cost of Corruption at Least 5 Per Cent of World Gross Domestic Product, Secretary-General Tells Security Council, Citing World Economic Forum Data*. Security Council 8346TH Meeting Coverage. [S.l.], 2018. s/p. Disponível em: <https://www.un.org/press/en/2018/sc13493.doc.htm>. Acesso em: 2 set. 2022.

(UE), estima-se que a corrupção custe 120 milhões de euros por ano, o que representa cerca de 1% do PIB da UE.²⁴

No Brasil, a corrupção tornou-se verdadeiro alicerce de sustentação do poder, constituindo relações cujos interesses políticos e de empresas se unem para práticas desonestas, que geram prejuízos milionários ao erário.²⁵ Segundo estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) realizado em 2019, a corrupção consome 8% de tudo que é arrecadado no país, cerca de R\$160 bilhões por ano, o que seria capaz de cobrir o rombo do orçamento federal à época estimado em R\$139 bilhões²⁶ e, ainda, desbloquear 14,5% da verba para custeio e investimento de universidades federais, cerca de R\$3,23 bilhões bloqueados em maio de 2022 para cumprir o teto de gastos em vigor desde 2017.²⁷

Como observado e reafirmado pela OCDE, “corrupção é uma das questões mais corrosivas do nosso tempo. Destrói recursos públicos, amplia as desigualdades econômicas e sociais, cria descontentamento e polarização política e reduz a confiança nas instituições. A corrupção perpetua a desigualdade e a pobreza, impactando o bem-estar e a distribuição da renda e prejudicando oportunidades para participar igualmente na vida social, econômica e política”.²⁸

De modo a alertar os tomadores de decisão dos setores público e privado sobre esses prejuízos e riscos, o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) se mostra como o principal indicador de corrupção no mundo, elaborado pela Transparência Internacional a partir da avaliação de 180 países, atribuindo notas em uma escala de 0 e 100, sendo 0 altamente corrupto e 100 altamente íntegro.²⁹ Segundo o IPC 2021, o Brasil alcançou a nota 38, ficando abaixo da média global (43 pontos) pela 7ª vez consecutiva e demonstrando o terceiro pior resultado desde 2015. Ainda, o Brasil ficou 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).

O cerne do problema da corrupção, no Brasil e no mundo, está nas contratações públicas,³⁰ abrangendo compras, obras e serviços, por meio de licitação, dispensas e

²⁴ EUROPEAN COMMISSION. *Report from the Commission to the Council and the European parliament – EU Anti-corruption report*. [S.l.], 2014, p. 3. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:058aefc0-d9b7-11e3-8cd401aa75ed71a1.0013.01/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 6 set. 2022.

²⁵ ANDRADE JÚNIOR, Edimário Freitas de. Epítome sobre a licitação como instrumento da corrupção. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 402-422, jul./dez. 2018, p. 405. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332435622_Epitome_sobre_a_licitacao_como_instrumento_da_corrupcao. Acesso em: 4 set. 2022.

²⁶ KIRSCHKE, Wilson. Brasileiro trabalha 29 dias por ano para pagar conta da corrupção, diz instituto. *G1 – Globo*. 2019. s/p. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/06/05/brasileiro-trabalha-29-dias-por-ano-para-pagar-a-conta-da-corruptao-diz-instituto.ghtml>. Acesso em: 2 set. 2022.

²⁷ CASTRO, Ana Paula. RODRIGUES, Mateus. VIEIRA, Lígia. Governo bloqueia 14,5% da verba para custeio e investimento de universidades federais. *G1 – Globo*. 27 de maio de 2022. s/p. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/05/27/governo-bloqueia-145percent-da-verba-para-custeio-e-investimento-de-universidades-federais.ghtml>. Acesso em: 2 set. 2022.

²⁸ OCDE. *Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública*. 2017, p. 2. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: 2 set. 2022.

²⁹ Transparência Internacional. *Índice de Percepção da Corrupção 2021*. 2022. Disponível em: <https://www.un.org/press/en/2018/sc13493.doc.htm>. Acesso em: 2 set. 2022.

³⁰ ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Alisson Carvalho de. Compliance inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 83-98, jan./mar. 2020, p. 3. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p83. Acesso em: 11 set. 2022.

inexigibilidades. Pode-se dizer que se trata da atividade governamental mais vulnerável à corrupção, muito em face do volume de transações envolvidas, dos interesses financeiros em jogo e pela estreita interação entre servidores e empresas.³¹

Segundo a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,³² artigo 3º, a licitação tem por objetivo a garantia do princípio da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A Nova Lei de Licitações (NLL), Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021,³³ por sua vez, introduziu novos objetivos, previstos no artigo 11, como assegurar a justa competição, evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos e incentivar a inovação. No que tange aos princípios regentes da licitação, a NLL prevê os já dispostos pela antiga lei de licitações nº 8.666/1993, a saber, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da igualdade, mas também introduz outros tantos, como o do planejamento, da transparência e da celeridade.

Em análise dos objetivos e princípios, percebe-se que a licitação preza pela competitividade em condições de igualdade e pela moralidade administrativa, motivo pelo qual o texto legal prevê critérios objetivos de julgamento de propostas e diversos procedimentos que vinculam a Administração Pública. Extraí-se, portanto, que a finalidade principal é selecionar a proposta que melhor atenta os interesses públicos, evitando que administradores inescrupulosos possam beneficiar particulares e, conseqüentemente, gerar prejuízos à Administração Pública.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho,³⁴ a licitação veio prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outros levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa. Daí a vedação que se lhe impõe, de optar por determinado particular.

Todavia, apesar de todo o esforço legal para tornar a licitação o caminho mais probo para a consecução dos objetivos estatais, na verdade, ela tem se transformado numa maneira de acobertar a fraude e dar um ar de segurança àqueles que se aproveitam do dinheiro público.³⁵ Infelizmente, o rito licitatório não se mostra suficiente no combate à corrupção, pelo contrário, se tornou inclusive um instrumento à prática de atos ilegais,³⁶ um veículo para formar conluíus e trazer um véu de legalidade para práticas ilícitas.³⁷

Mundialmente, estima-se que as contratações públicas representem de 10% a 25% da despesa pública global, ao mesmo tempo que aproximadamente 10-30% do custo

³¹ OCDE. *Preventing corruption in public procurement*. [S.l.], 2016, p. 6. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em: 1 set. 2022.

³² BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 3 set. 2022.

³³ *Id. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 3 set. 2022.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 472.

³⁵ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 212.

³⁶ ANDRADE JÚNIOR, Edimário Freitas de. Epítome sobre a licitação como instrumento da corrupção. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 16, n.2, p. 402-422, jul./dez. 2018, p. 19. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332435622_Epitome_sobre_a_licitacao_como_instrumento_da_corrupcao. Acesso em: 4 set. 2022.

³⁷ *Ibid*, p. 3

de investimento em projetos são consumidos pela corrupção.³⁸ No Brasil, segundo levantamento realizado pelo Tribunal de Contas da União, a contratação pública envolve de 10% a 15% do PIB Nacional, com valores de aproximadamente R\$500 bilhões/ano.³⁹ No ano de 2020, o valor total das contratações na Administração Pública Federal no Brasil chegou a R\$94,55 bilhões, diminuindo em 2021 para R\$55,28 bilhões e, até a data de fechamento desta pesquisa, o valor em setembro de 2022 correspondia a R\$16,98 bilhões.⁴⁰

Isso posto, com o conhecimento dos valores gastos em contratações de maneira geral, é importante analisar o quantitativo da corrupção nessa seara. Para tanto, foram analisadas as operações especiais empreendidas pela CGU em conjunto com os órgãos de Defesa do Estado em todo o Brasil, nos anos de 2021 e 2022, de modo a enumerar quantas destas envolviam contratações públicas e, principalmente, identificar quais aspectos foram o cerne das corrupções investigadas.

Diante disso, constatou-se que das 57 operações especiais realizadas em 2021, 48 tinham como objeto indícios de fraude e corrupção em contratações públicas, ou seja, cerca de 84% das investigações. Já em 2022, até junho deste ano, tinham sido deflagradas 15 operações especiais, das quais somente 2 não focavam em alguma irregularidade concernente às contratações realizadas pelos entes federativos, totalizando 87% de ações nesta seara. Além desses dados, também foi possível quantificar os valores apurados como prejuízos para a Administração Pública. Em 2021, o montante ultrapassou R\$1 bilhão de reais, enquanto em 2022, até junho, o valor já estava próximo de R\$145 milhões.

Em face desses vultosos prejuízos à Administração Pública, fez-se relevante analisar, também, quais foram os pontos focais de corrupção nas contratações públicas, ou seja, as ocorrências mais frequentes, de modo a identificar as fases com mais fragilidades e riscos dos procedimentos licitatórios. Desse modo, será possível relacionar de que maneira a tecnologia *blockchain* pode agregar valor à integridade pública em se tornando um instrumento de combate à corrupção ao diminuir a opacidade da fase interna.

4 Pontos focais de corrupção no procedimento licitatório: a opacidade da fase interna e seu aprimoramento via tecnologia *blockchain*

Inicialmente, sabe-se que o procedimento licitatório pode ser dividido em uma fase interna e uma fase externa. A fase interna é composta pelos atos preparatórios, marcada, em resumo, pela requisição do objeto pela área demandante, pela estimativa de valor

³⁸ WORLD BANK. *Enhancing Government Effectiveness and Transparency – The fight against corruption*. Washington, DC: World Bank, 2020, p. 19. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/governance/publication/enhancing-government-effectiveness-and-transparency-the-fight-against-corruption>. Acesso em: 1 set. 2022.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de levantamento – Acórdão 2622/2015 – TCU – Plenário*. Relator Ministro Augusto Nardes. Data da sessão: 21 de outubro de 2015. s/p. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/*KEY%253A%2522ACORDAO-COMPLETO-1539501%2522/DIRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 6 set. 2022.

⁴⁰ Id. Controladoria-geral da União. *Portal da Transparência – Licitações*. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2022>. Acesso em: 6 set. 2022.

com a realização da pesquisa de preços e pela elaboração das minutas do instrumento convocatório e do contrato.⁴¹

Quando da publicação e divulgação do instrumento convocatório, dá-se início à fase externa, a qual observará, segundo a Lei nº 8.666/1993, sequencialmente a etapa de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal-trabalhista), de julgamento e classificação das propostas e, por fim, homologação e adjudicação. Já na nova dinâmica trazida pela NLL, em seu artigo 17, após a divulgação do edital se dará a apresentação das propostas/lances, passando direto para o julgamento destas e somente depois será realizada a habilitação dos licitantes, finalizando com a homologação e adjudicação.

Essa nova dinâmica, a saber, a inversão das fases de habilitação e julgamento, tornou-se a regra geral, mas, na verdade, já havia previsão nesse sentido nas licitações de Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, artigo 13), de concessão e permissão de prestação de serviço público (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, artigo 18-A) e na modalidade pregão (Lei nº 10.520, de 17 de julho 2002, artigo 4º, incisos XI e XII).

Além disso, após essas etapas, a Administração chama o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou instrumento equivalente,⁴² que deverá ser executado fielmente pelas partes. Assim, é possível inferir a existência de uma fase pós-procedimental marcada pelo acompanhamento e fiscalização do contrato firmado,⁴³ responsável por verificar se o objeto está sendo devidamente executado.

A partir da análise do escopo das operações especiais da CGU mencionadas, foram percebidos os seguintes pontos focais de corrupção nas contratações públicas: (i) pagamentos antecipados e/ou pagamentos sem a devida contraprestação; (ii) sobrepreço; (iii) empresas sem capacidade técnico-operacional; (iv) restrição da competitividade com favorecimento e direcionamento da licitação; (v) fraudes documentais; e (vi) pesquisa de preços simulada ou inexistente.

Identificados os pontos focais de corrupção, torna-se factível definir em quais fases ao longo do processo licitatório mais são percebidas fragilidades a serem superadas, para, então, aduzir quais aspectos da tecnologia *blockchain* a tornam um importante instrumento.

Desse modo, tem-se que os pontos “(ii) sobrepreço”, “(iv) restrição da competitividade com favorecimento e direcionamento da licitação” e “(vi) pesquisa de preços simulada ou inexistente” integram a fase interna, especificamente na etapa de pesquisa de preços e elaboração do edital. Os pontos “(iii) empresas sem capacidade técnico-operacional” e “(v) fraudes documentais” integram a fase externa, especificamente nas etapas de habilitação e julgamento. Por fim, o ponto “(i) pagamentos antecipados e/ou pagamentos sem a devida contraprestação” integra a fase de Fiscalização contratual.

Como o presente artigo objetiva discutir e aprimorar a opacidade da fase interna, serão aprofundados os estudos somente acerca dos pontos focais que nela se localizam.

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 119.

⁴² Artigo 64 da Lei nº 8.666/1993 e artigo 90 da Lei nº 14.133/2021.

⁴³ Artigo 67 da Lei nº 8.666/1993 e artigo 117 da Lei nº 14.133/2021.

A corrupção que marca a fase externa e a fase de fiscalização merece e requer análise em estudo específico.

Nesse sentido, a partir da análise qualitativa, foi possível quantificar os pontos de corrupção mais frequentes na fase interna do procedimento licitatório. Assim, em 2021, constatou-se que 28 contratações (58%) apresentaram sobrepreço; 23 contratações (48%) foram fraudadas por meio da restrição da competitividade, com consequente favorecimento e direcionamento da escolha da empresa a partir de conluíus entre empresas e/ou empresas e agentes públicos; e, por fim, 6 contratações (13%) apresentaram pesquisa de preços simuladas ou até mesmo inexistente.

Já no ano de 2022, até junho, 6 contratações (46%) apresentaram sobrepreço; 8 contratações (62%) foram fraudadas por meio da restrição da competitividade, com consequente favorecimento e direcionamento da escolha da empresa a partir de conluíus entre empresas e/ou empresas e agentes públicos; e, por fim, 2 contratações (15%) apresentaram pesquisa de preços simuladas, realizada com empresa já em conluio ou até propostas apresentadas pela mesma pessoa, mas em empresas diferentes. É notório, portanto, o volume de casos de corrupção com origem na fase interna das contratações públicas.

Em primeiro lugar, constatou-se a concentração dos casos durante a pesquisa de preços, especificamente na sua realização simulada ou até sua inexistência e, principalmente, a ocorrência de sobrepreço. A pesquisa de preços, ou pesquisa de mercado como também é chamada, tem a finalidade de aferir a existência de recursos a serem eventualmente pagos e estimar o valor da futura contratação, sendo esta a referência utilizada durante a análise das propostas dos licitantes.⁴⁴ Dessa forma, a NLL determina que o valor estimado deve ser compatível com os praticados pelo mercado e estabelece uma série de parâmetros para a realização dessa estimativa, como a consulta em painel de preços, em contratações similares na Administração Pública, dados de mídia especializada, pesquisa com o mínimo de três fornecedores e pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas.⁴⁵

No entanto, trata-se de uma previsão recente publicada em 2021 e que demonstra um avanço na disciplina do procedimento para pesquisa de preços. No âmbito da Lei nº 8.666/1993, a disposição era demasiadamente simplória, apenas citando a necessidade de pesquisa de mercado, o que criou um ambiente extremamente propício para estimativas inadequadas e fraudulentas. Apesar de a NLL tornar a pesquisa de preços mais orientada, as previsões não são o bastante para coibir a prática de simulações. Nesse sentido, observou-se a recorrência de sobrepreço, quando a cotação de um bem ou serviço é superior ao valor praticado pelo mercado.⁴⁶

⁴⁴ CHAVES, E. dos S. Aspectos importantes da fase interna da licitação: uma análise sobre o conjunto de elementos necessários e suficientes para a caracterização do objeto do processo licitatório. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, Fortaleza: TCE-CE, v. 13, n. 1, p. 149-170, jun. 2015. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/26>. Acesso em: 9 set. 2022, p. 162

⁴⁵ Art. 23, §1º, incisos I a V, da NLL.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório do Acórdão nº 1372/2019-TCU-Plenário*. Relatoria do Ministro Benjamin Zymler. Data da sessão: 12 de junho de 2019, p. 4. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2336564%22>. Acesso em: 9 set. 2022.

Além disso, apesar da existência de diversos bancos de dados que auxiliam na pesquisa, como os portais de Compras Governamentais,⁴⁷ o Painel de Preços do Ministério da Economia,⁴⁸ o Banco de Preços em Saúde⁴⁹ e o Portal de Licitações do Banco do Brasil,⁵⁰ é justamente esta dispersão de dados que, por vezes, pode dificultar a realização da pesquisa.

Em segundo lugar, a restrição da competitividade do certame com favorecimento e direcionamento da licitação é outro grande receio nas contratações públicas. Essa restrição se dá principalmente durante a definição do objeto, com condições editalícias tão específicas capazes de definir de antemão o vencedor da futura licitação,⁵¹ que já está em conluio com agentes públicos. Assim, as cláusulas restritivas acabam por deslocar o interesse público em favor de interesses privados e podem ser observadas em exigências de capacidade econômica exagerada, certificados de qualidades muito específicos como requisito para habilitação, alvará de funcionamento no local da contratação, entre outros.⁵²

O motivo pelo qual as ocorrências acima tratadas são pontos focais de corrupção pode ser encontrado no fato de que os trâmites ocorrem dentro dos muros da Administração, a portas fechadas, quando na maioria dos casos nem é sabido que se está produzindo um novo certame.⁵³ Trata-se de um ambiente opaco marcado pela ausência de transparência nas tomadas de decisões, sendo, assim, um momento considerado propício para conluíes e fraudes.

É neste cenário de ausência de transparência que a implementação da tecnologia *blockchain* pode aprimorar o procedimento da fase interna, mais especificamente em relação à preparação editalícia e à pesquisa de preços. Isso porque, como visto no tópico 2, a rede *blockchain* permite uma hipertransparência pelo fato de ser um livro-razão copiado a todos os nós da rede.

A introdução dessa inovação nas contratações públicas, com a exigência de que todo o procedimento se dê nesta rede, inclusive a fase interna, mostra-se como um instrumento inibidor de práticas de conluio para favorecimento de empresas e sobrepreço. Assim, todos os contatos com fornecedores, estudos realizados, justificativas para definição do objeto e requisitos de habilitação estarão incluídos em uma rede com alta rastreabilidade e Auditabilidade. Isso aumentaria o risco para um agente público mal-intencionado

⁴⁷ BRASIL. *Portal de compras*. Brasília, DF: Governo Federal, 2019. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br>. Acesso em: 9 set. 2022.

⁴⁸ Id. Ministério da Economia. *Painel de preços*. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2019. Disponível em: <http://paineldeprescos.planejamento.gov.br/>. Acesso em: 9 set. 2022.

⁴⁹ Id. Ministério da Saúde. *Banco de preços em saúde*. [S. l.]: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: <http://bps.saude.gov.br>. Acesso em: 9 set. 2022.

⁵⁰ BANCO DO BRASIL. *Licitações-e*. [S. l.]: Banco do Brasil, 2019. Disponível em: <http://www.licitacoes-e.com.br>. Acesso em: 9 set. 2022.

⁵¹ FORTINI, Cristiana. MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/240>. Acesso em: 24 ago. 2022, p. 96

⁵² ANDRADE JÚNIOR, Edimário Freitas de. Epítome sobre a licitação como instrumento da corrupção. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 402-422, jul./dez. 2018, p. 413. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332435622_Epitome_sobre_a_licitacao_como_instrumento_da_corrupcao. Acesso em: 4 set. 2022.

⁵³ FORTINI, Cristiana. MOTTA, Fabrício. *Op cit* p. 96.

direcionar o certame, na medida em que todas as suas ações, que devem ocorrer dentro na rede, poderiam ser verificadas e controladas por todos os nós da rede.

É, nesse ponto, um trabalho de prevenção que a tecnologia *blockchain* desempenharia, já que seria como um inibidor de conluios.

Especificamente em relação ao problema do sobrepreço, tem-se que, além da transparência como forma de controle, a introdução de uma tecnologia com a característica de ser descentralizada e com a capacidade de criar um governo hiperconectado, como visto na seção 2, pode aprimorar significativamente a realização da pesquisa de preço e atuar, também, como um controle dos preços praticados para obstar sobrepreços.

Isso porque espera-se aderência de diversas instituições e entes federativos, estes que se tornariam nós da rede *blockchain*, devendo, também, realizarem o procedimento de suas contratações públicas pelo sistema, o que aumentaria o banco de dados de empresas contratadas, valores estimados e liquidados, eventuais inexecuções, sanções etc. Assim, inúmeras informações que hoje encontram-se espalhadas em diversas bases, sítios, painéis e plataformas, estariam ao fácil alcance para os demais nós da rede. Eventuais discrepâncias de valores sobre mesmos objetos, portanto, seriam facilmente identificados pelos demais agentes, minimizando a ocorrência dos problemas destacados.

A ideia de se utilizar tal tecnologia para aprimorar a pesquisa de preços de instituições já foi, inclusive, implementada no âmbito da Administração Pública Federal, com o projeto Sistema de Contratos Distribuídos (SCD).⁵⁴

O projeto SCD foi uma iniciativa de experimentação da tecnologia *Blockchain*, concebida após assinatura de um Acordo de Cooperação Técnica (ACT) entre Banco do Brasil e SERPRO em 2018. O objetivo inicial do SCD era desenvolver um sistema descentralizado e permissionado, com uma consulta pública, que facilitasse a busca por informações de Contratos de Bens e Serviços de Tecnologia da Informação (TI) realizados por empresas públicas federais, iniciando pela pesquisa de preços, facilitando o processo de novas contratações por meio desse compartilhamento. Embora o escopo inicial tenha sido contratos de TI, a pretensão era incluir todos os tipos de contratos e que, futuramente, o sistema fosse capaz de fazer a sua gestão via *smart contracts* para automatizar os processos licitatórios.

A motivação para tanto foi a dificuldade enfrentada pelas empresas públicas em obter informações sobre processos públicos de compra, como a consulta pública, a oferta pública e as aquisições de bens ou contratações de serviços. Até então, as empresas públicas compartilhavam essas informações por *e-mail* e/ou alguns sítios específicos, sem a abrangência necessária. Havia, também, “problemas de disponibilidade e padronização das informações neles armazenadas, uma vez que os normativos atuais não prescrevem adequadamente quais campos devem ser armazenados, dificultando, portanto, a consulta de informações. Diante dessas limitações, decidiu-se pela construção de um novo sistema, baseado em *blockchain*, como alternativa às manutenções evolutivas no sistema Comprasnet”.⁵⁵

⁵⁴ As informações que se seguem foram obtidas por meio da plataforma Fala BR com as Manifestações nº 18882.000290/2022-92 e nº 18870.002221/2022-52, respondidas pelo Serviço de Informação ao Cidadão do Banco do Brasil – SICBB e pela Superintendência de Inteligência do SERPRO, respectivamente.

⁵⁵ BRASIL. *Apêndice 1 – Levantamento da tecnologia blockchain*. Brasília: TCU, Secretaria das Sessões, 2020. 62 p, p. 21. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/levantamento-da-tecnologia-blockchain.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

Assim, a implementação da tecnologia *blockchain* permitiria o compartilhamento dessas informações diretamente entre as empresas públicas por uma maneira oficial e padronizada, garantindo a confiabilidade dos dados com a substituição de informações inconsistentes registradas na rede por uma transação de correção, sendo o registro mais novo considerado como o válido.⁵⁶ Um dos impactos seria agilizar os processos de compras, uma vez que o compartilhamento dos contratos possibilitaria uma comparação de preços com base histórica, aprimorando a dificultosa pesquisa de preços.

O desenvolvimento inicial da rede envolveu a participação do Banco do Brasil (BB), Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Caixa Econômica Federal (CEF) e Serpro. O objetivo era expandir para as demais empresas públicas e para órgãos de controle, no entanto, em contato com o Analista da Superintendência de Inteligência de Negócio do SERPRO, Marco Tulio da Silva Lima, obteve-se a informação de que o SCD não mais se encontra em produção.

Dentre os motivos para a paralisação do projeto, foram citadas, principalmente, dificuldades políticas. Isso porque o ACT firmado entre as empresas públicas, cuja vigência era de 26.04.2018 a 25.10.2018, não fora renovado em razão da mudança de governo que, conseqüentemente, ocasionou mudanças de diretorias, de estrutura e departamento, gerando uma descontinuidade e desinteresse no projeto.

Desse modo, percebe-se que as relações políticas se mostram como um entrave à implementação de projetos inovadores que, como demonstrado, tem um enorme potencial de aprimoramento das contratações públicas, e, neste caso em específico, atuaria como um instrumento de redução da opacidade da fase interna, auxiliando no combate à corrupção marcada por pesquisas de preços fraudulentas e sobrepreço.

5 Conclusão

O problema da corrupção no Brasil, em específico nas contratações públicas em sua opaca fase interna, pode ser mitigado e reduzido com a implementação de medidas inovadoras como a tecnologia *blockchain*. Não é a tecnologia por si própria, no entanto, que mudará conjunturas enraizadas na sociedade brasileira. Na verdade, a introdução de tais tecnologias nos processos de contratações públicas ocasionará um incremento tecnológico dos processos.

Este trabalho buscou demonstrar de que maneira a tecnologia *blockchain* realizará tal aprimoramento dos processos, em específico os das contratações públicas e sua fase interna marcada pela ausência de transparência, de modo que torne possível o combate à corrupção nesta seara.

Os resultados obtidos mostraram fragilidades nas diversas fases do procedimento de contratação. Analisaram-se, no entanto, os problemas encontrados especificamente na fase interna, a saber, sobrepreço, restrição da competitividade com favorecimento e direcionamento da licitação e pesquisa de preços simulada ou inexistente.

Assim sendo, a partir das análises realizadas, pode-se inferir que práticas corruptas podem ser prevenidas, amenizadas, obstadas e detectadas, principalmente, pelo

⁵⁶ BRASIL. *Apêndice 1 – Levantamento da tecnologia blockchain*. Brasília: TCU, Secretaria das Sessões, 2020. 62 p, p. 21. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/levantamento-da-tecnologia-blockchain.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

incremento de maior transparência nos fazeres públicos. Desse modo, a tecnologia *blockchain* se afirma como instrumento capaz de atingir tal objetivo em decorrência da sua própria natureza de funcionamento que eleva os níveis de transparência, auditabilidade, rastreabilidade, disponibilidade e imutabilidade.

Vale salientar que a aplicação dessa tecnologia só será eficaz na medida em que a rede de blocos for composta pelo maior número de nós possíveis, ou seja, é preciso que diferentes e numerosos órgãos, instituições e entes federativos façam a adesão à rede descentralizada. A variedade de informações disponibilizadas na cadeia em face da multiplicidade de participantes é que tornará viável a criação de um governo hiperconectado e hipertransparente, capaz de tornar a fase interna dos processos de contratações públicas mais íntegra e confiável.

O desafio, portanto, é político. Para potencializar os benefícios será preciso uma atuação conjunta de entidades consorciadas, com definição de papéis e responsabilidades, uma implementação gradual em caráter experimental e a disseminação do conhecimento acerca das tecnologias tanto no âmbito interno das instituições quanto na população.

Além disso, é importante definir o tipo de plataforma *blockchain* e o protocolo de consenso para que intensifique os benefícios aduzidos. Sendo assim, no tocante às contratações públicas, conclui-se pela necessidade de uma rede pública permissionada. Pública, pois permitirá que tanto os nós da rede quanto a população em geral visualizem as futuras transações realizadas, aumentando o controle social e a confiabilidade; permissionada, pois, na fase interna, é preciso que somente os nós integrantes e responsáveis pelas contratações possam visualizar informações acerca das pesquisas de preço de modo a resguardar a competitividade e evitar conluios, além de participar do mecanismo de consenso que permite possuir uma chave de acesso capaz de realizar transações e incluir blocos.

Dessa maneira, a tecnologia *blockchain* será a novidade que permitirá a redução da opacidade da fase interna nas contratações públicas, tornando-se instrumento no combate à corrupção para um futuro melhor e almeja-se, certamente, a sua expansão para outros âmbitos.

Referências

AGÊNCIA O Globo. Guedes quer acelerar entrada do Brasil na OCDE após convite. *Economia IG*. [S.l.], 25 jan. 2022. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2022-01-25/guedes-entrada-brasil-ocde-negociacao.html>. Acesso em: 6 set. 2022.

ANDRADE JÚNIOR, Edimário Freitas de. Epítome sobre a licitação como instrumento da corrupção. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 402-422, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332435622_Epitome_sobre_a_licitacao_como_instrumento_da_corrupcao. Acesso em: 4 set. 2022.

BANCO DO BRASIL. *Licitações-e*. [S. l.]: Banco do Brasil, 2019. Disponível em: <http://www.licitacoes-e.com.br>. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL. *Apêndice 1 – Levantamento da tecnologia blockchain*. Brasília: TCU, Secretaria das Sessões, 2020. 62 p. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/levantamento-da-tecnologia-blockchain.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

BRASIL. Controladoria-geral da União. *Portal da Transparência – Licitações*. s/d. s/p. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2022>. Acesso em: 6 set. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 10.332, de 28 de abril de 2020*. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10332.htm. Acesso em: 6 de maio de 2022.

BRASIL. *Decreto nº 8.638, de 15 de janeiro de 2016*. Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8638.htm. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 3 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 3 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. *Painel de preços*. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2019. Disponível em: <http://paineldeprescos.planejamento.gov.br/>. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Banco de preços em saúde*. [S. l.]: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: <http://bps.saude.gov.br>. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL. *Portal de compras*. Brasília, DF: Governo Federal. 2019. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br>. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Levantamento da tecnologia blockchain*. Brasília: TCU, Secretaria das Sessões, 2020. 39 p. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/levantamento-da-tecnologia-blockchain.htm>. Acesso em: 16 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de levantamento – Acórdão 2622/2015 – TCU – Plenário*. Relator Ministro Augusto Nardes. Data da sessão: 21 de outubro de 2015. s/p. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/?KEY%253A%2522ACORDAO-COMPLETO-1539501%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 6 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório do Acórdão nº 1372/2019-TCU-Plenário. Relatoria do Ministro Benjamin Zymler*. Data da sessão: 12 de junho de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2336564%22>. Acesso em: 9 set. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CASTRO, Ana Paula; RODRIGUES, Mateus; VIEIRA, Lígia. Governo bloqueia 14,5% da verba para custeio e investimento de universidades federais. *G1 – Globo*. 27 de maio de 2022. s/p. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/05/27/governo-bloqueia-145percent-da-verba-para-custeio-e-investimento-de-universidades-federais.ghtml>. Acesso em: 2 set. 2022.

CHAVES, E. dos S. Aspectos importantes da fase interna da licitação: uma análise sobre o conjunto de elementos necessários e suficientes para a caracterização do objeto do processo licitatório. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, Fortaleza: TCE-CE, v. 13, n. 1, p. 149-170, jun. 2015. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/26>. Acesso em: 9 set. 2022.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

EUROPEAN COMMISSION. *Report from the Commission to the Council and the European parliament – EU Anti-corruption report*. [S. l.], 2014. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:058aecf0-d9b7-11e3-8cd4-01aa75ed71a1.0013.01/DOC_1&format=PDF.. Acesso em: 6 set. 2022.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/240>. Acesso em: 24 de agosto de 2022.

HABER, Stuart. STORNETTA, W. Scott. *How to Time-Stamp a Digital Document*. *Journal of Cryptology*, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 99-111, jan. 1991. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/BF00196791>. Acesso em: 15 set. 2022.

ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Alisson Carvalho de. *Compliance inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225,

p. 83-98, jan./mar. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p83. Acesso em: 11 set. 2022.

KIRSCHER, Wilson. Brasileiro trabalha 29 dias por ano para pagar conta da corrupção, diz instituto. *G1 – Globo*. 2019. s/p. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/06/05/brasileiro-trabalha-29-dias-por-ano-para-pagar-a-conta-da-corrupcao-diz-instituto.ghtml>. Acesso em: 2 set. 2022.

KLITGAARD, R. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1994, apud PEREIRA, JOSÉ. Reforma do Estado e controle da corrupção no Brasil. *RAM. Revista de Administração Mackenzie*, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 39-58, jul. 2008. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/RAM/article/view/35> t. Acesso em: 4 set. 2022.

KREUZ, L. C.; VIANA, A.A. 4ª Revolução Industrial e governo digital: exame de experiências implementadas no Brasil. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, Argentina, v. 5, n. 2, p. 267-286, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/9092>. Acesso em: 5 set. 2022.

Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Estratégia brasileira para a transformação digital – ações estratégicas. s/d. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/estrategia-digital-acoes>. Acesso em: 6 set. 2022.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. [S.l.]: [s.n.], 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

OCDE. *Preventing corruption in public procurement*. [S.l.], 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em: 1 set. 2022.

OCDE. *Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública*. 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: 2 set. 2022.

OCDE. *Recommendation of the Council on Digital Government Strategies*. 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>. Acesso em: 5 de setembro. 2022.

OCDE. Global Blockchain Policy Center. *Decoding Blockchain for Government*. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/blockchain/OECD-Blockchain-Policy-Centre-Flyer.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

OCDE. *The OECD Blockchain Primer*. 2018. 12 p. Disponível em: <https://www.oecd.org/finance/OECD-Blockchain-Primer.pdf> Acesso em: 17 set. 2022.

OLIVEIRA, Nelson. Nova Lei de Licitações é esperança contra corrupção e desperdício de verbas. *Agência Senado*. Brasília-DF, 5 de abr. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/12/nova-lei-de-licitacoes-e-esperanca-contracorrupcao-e-desperdicio-de-verbas> Acesso em: 24 de agosto de 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SENA, G. M. A. de. *Corrupção no Brasil: fatores históricos e socioculturais e ações educativas para prevenção*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra como requisito à obtenção do diploma do Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia. Rio de Janeiro: SG, 2018. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/38927/1/Guilherme_Monteiro_Andrade_de_Sena.pdf Acesso em: 24 de agosto de 2022.

Transparência Internacional. *Índice de Percepção da Corrupção 2021*. 2022. Disponível em: <https://www.un.org/press/en/2018/sc13493.doc.htm>. Acesso em: 2 set. 2022.

UNITED NATIONS. *Global Cost of Corruption at Least 5 Per Cent of World Gross Domestic Product, Secretary-General Tells Security Council, Citing World Economic Forum Data*. Security Council 8346TH Meeting Coverage. [S.l.], 2018. Disponível em: <https://www.un.org/press/en/2018/sc13493.doc.htm> Acesso em: 2 set. 2022.

WORLD BANK. *Enhancing Government Effectiveness and Transparency – The fight against corruption*. Washington, DC: World Bank, 2020. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/governance/publication/enhancing-government-effectiveness-and-transparency-the-fight-against-corruption>. Acesso em: 1 set. 2022.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERNANDES, Ketlyn Gonçalves. Corrupção e opacidade nas contratações públicas: a necessidade de uma fase interna transparente via tecnologia *blockchain*. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 361-378. ISBN 978-65-5518-581-2.

VIOLÊNCIA SEXUAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA VISÃO PARA O FUTURO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

MARIA LUIZA MIRANDA DA COSTA

1 Introdução

Com a ampliação das discussões relativas à violência sexual, aprofunda-se também o debate acerca do papel do Estado para a prevenção e a repressão à prática desse ilícito. Para além da esfera criminal, a liberdade sexual constitui bem jurídico tão valioso que se faz necessária a sua proteção por todos os ramos do Direito, destacando-se, no contexto administrativo, a atividade correcional, manifestada pelo aumento do número de processos administrativos disciplinares (PADs) instaurados na esfera federal para a apuração e a eventual sanção da prática dessa modalidade de violência.

Nesse contexto, a adoção de medidas administrativas voltadas à inibição desse ilícito encontra fundamento na existência de deveres funcionais e proibição de condutas específicas, legalmente estabelecidas pelo Regime Jurídico Único (RJU), implementado pela Lei nº 8.112/90, que dispõe também acerca dos procedimentos disciplinares e da aplicação de penalidades. Com o escopo de aprimorar as atividades estatais, bem como de promover um ambiente de trabalho saudável, os servidores públicos federais estão especialmente sujeitos a esse Regime, o que implica o dever de adotar um padrão de conduta compatível com suas atribuições e seus deveres funcionais.

O ato de violência sexual, notadamente, é aberrante e incompatível com o comportamento esperado de um servidor público. Possui antijuridicidade expressa, inclusive, pelo tratamento penal gravoso conferido a várias espécies desse ilícito, ramo legal em que impera o princípio da *ultima ratio*, e se confunde com a prática de irregularidades funcionais previstas pelo RJU, como têm concluído as comissões de PAD nos últimos anos.

Entretanto, não há disciplina normativa específica para a repressão da violência sexual nesse âmbito, de modo que a apuração administrativa é efetivada mediante um “encaixe” da conduta às irregularidades tipificadas pelo RJU, com a aplicação da sanção correspondente, havendo dificuldade em razão da variedade de enquadramentos

possíveis, que correspondem a penalidades diversas. Consequentemente, o tratamento correcional conferido a esse ilícito é variável e incerto, com tipificações divergentes e sanções distintas, apesar de visar à proteção ao mesmo bem jurídico, acarretando insegurança jurídica da tutela da liberdade sexual na Administração Pública Federal.

Um dos encaixes promovidos pelas comissões processantes tipificava a violência sexual como ato de improbidade administrativa, passível de demissão, nos termos do artigo 132, IV, do RJU. Tal medida se justificava pela antiga redação do artigo 11 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), que definia ato de improbidade administrativa como aqueles que contrariam os princípios da Administração Pública, permitindo interpretação extensiva, de modo que a ofensa à liberdade sexual, por contrariar a moralidade administrativa, seria sempre ato ímprobo, independentemente da forma com que se manifestasse.

Com a entrada em vigor da Lei nº 14.230/21, contudo, esse enquadramento não é mais possível, dado que referido artigo 11 tornou-se taxativo, dispondo como ato ímprobo a “ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas”, não havendo nos incisos qualquer disposição que remeta ao bem jurídico em estudo. Isso, somado à ausência de previsão expressa ao princípio da moralidade, torna completamente desprotegida a liberdade sexual sob a égide da probidade administrativa.

A partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de análise dados quantitativos referentes à PADs da Administração Pública Federal e de estudo comparativo entre legislações, pretende-se investigar reflexos da novidade legislativa no âmbito do tratamento disciplinar atribuído aos atos de violência sexual. Partindo da hipótese de que a Lei nº 14.230/21 promove o enfraquecimento da tutela da liberdade sexual ao ampliar a insegurança jurídica vislumbrada, serão investigadas as tipificações legais empregadas para enquadrar o ilícito, as sanções aplicadas e, por fim, as alterações trazidas pela referida lei, a fim de se verificar quais os efeitos trazidos pela eliminação da possibilidade de enquadrar a violência sexual como ato de improbidade administrativa.

2 A insegurança jurídica no tratamento disciplinar da violência sexual

O tratamento correcional conferido à prática de violência sexual na Administração Pública Federal não é uniforme, de acordo com um estudo temático realizado em 2020 pela Controladoria-Geral da União.¹ Entre os PADs analisados, que datam de janeiro de 2015 a outubro de 2019, constatou-se a promoção do enquadramento disciplinar da violência sexual mediante a utilização de diversos dispositivos legais estabelecidos pelo RJU, devido à ausência de tipificação disciplinar específica para esse gênero de ilícito.

Para além da possibilidade de tipificação de atos de assédio sexual como improbidade administrativa, nos PADs relacionados a violência sexual que concluíram pela responsabilidade do servidor acusado, as comissões processantes entendiam que havia

¹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Assédio sexual: tratamento correcional do assédio sexual no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR)*. 2020, p. 05. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20211011192530/https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/campanhas/integridade-publica/assedio-moral-e-sexual/Assdiosexual.pdf>. Acesso em: 19 set. 2022.

outras nove possibilidades de enquadramento das condutas, segundo as disposições do RJU.² Essas hipóteses variavam entre violações aos deveres funcionais estabelecidos (constantes no artigo 116), prática de condutas vedadas (inseridas no artigo 117) e prática de infrações cuja penalidade cominada é a demissão (segundo a redação do artigo 132, todos da Lei nº 8.112/90).

Da violação de deveres funcionais, eram utilizados para enquadramento da violência sexual:³ exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo, ser leal às instituições a que servir, observar as normas legais e regulamentares, manter conduta compatível com a moralidade administrativa, ser assíduo e pontual ao serviço e tratar com urbanidade as pessoas. Já em relação à prática de condutas proibidas ao servidor, o enquadramento cingia-se à manifestação de apreço ou desapeço no recinto da repartição. A todas essas condutas, é cabível a advertência ou a suspensão de até noventa dias, com dosimetria que acompanha as particularidades de cada caso, circunstâncias agravantes e atenuantes.⁴

Por fim, das condutas que implicam a penalidade demissória eram utilizadas para enquadramento: valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de terceiro, incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição, e improbidade administrativa. Nesses casos, não há possibilidade de dosimetria, sendo vinculada a demissão em razão da taxatividade do dispositivo normativo, conforme entendimento exarado nos pareceres vinculantes AGU nºs GQ-177 e GQ-183.⁵

A prática de violência sexual corresponde simultaneamente a várias infrações funcionais que se amoldam devidamente ao ilícito, em razão da ausência de determinação legal dos conceitos jurídicos aplicáveis em esfera disciplinar, permitindo exercício interpretativo mais amplo no momento da subsunção da norma ao caso concreto. Assim, as comissões de PAD, ao promover o enquadramento das condutas, partem de juízo subjetivo à medida que a lei se utiliza de expressões fluidas, que impossibilitam, a princípio, a adoção de uma solução única para a situação posta.⁶

A redação normativa indeterminada coíbe a restrição da norma a apenas uma hipótese, de modo que uma ideia inicialmente vaga se mantenha indefinida mesmo após sua incidência sobre a realidade,⁷ o que pode ser positivo para a construção de um Direito capaz de acompanhar a mobilidade da vida social, sem exaurir a atividade legislativa.⁸ Contudo, ao se tentar determinar o conceito jurídico para aplicá-lo ao caso concreto, abre-se margem para o exercício da subjetividade do aplicador da lei.

² BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Op cit*, p. 17.

³ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Op cit*, p. 16.

⁴ BRASIL. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, Art. 165, §2º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1812cons.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

⁵ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, 2020, p. 347.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 6 tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

⁷ CARVALHO, Raquel. Conceito jurídico indeterminado: discricionariedade ou vinculação?. Raquel Carvalho. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2019/06/11/conceito-juridico-indeterminado-discricionariedade-ou-vinculacao/>. Acesso em: 22 set. 2022.

⁸ DEL CLARO, Maria Ângela Marques. O Direito Administrativo e a Doutrina dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, jun. 2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v40i0.1741>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1741>. Acesso em: 04 fev. 2022, p. 165.

Com efeito, a descrição legal das irregularidades puníveis com advertência ou suspensão baseia-se em palavras de sentido amplo, cujo significado pode ser determinado pela visão individual da autoridade competente. Expressões como “dedicação”, “zelo” e “ser leal”, por exemplo, são adotadas cotidianamente e não possuem delimitação normativa. O significado a ser adotado reside, assim, em experiências passadas, pelas crenças e ideologias, de modo que a mesma conduta pode ser por um considerada zelosa e, por outro, não. O mesmo pode ser verificado nos demais incisos referentes aos demais deveres funcionais.

Relativamente à conduta vedada descrita como “valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”, não há juízo de subjetividade. Assim, não é difícil a aplicação do inciso ao caso concreto, dado que a situação descrita pela lei pode ser apurada com certa facilidade, especialmente no contexto da violência sexual. Porém, a problemática do dispositivo reside em sua restrição. É de simples visualização o “valimento do cargo” em situações em que existe influência da posição hierárquica, mas pode não abranger situações de ofensa praticada entre indivíduos de mesma hierarquia. Por esse motivo, esse enquadramento, apesar de devido, não é extensível a todas as hipóteses de violência sexual, acarretando a fragilidade da tutela do bem jurídico em estudo.

Destacada subjetividade volta a ser observável na definição de “incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição”. Incontinência pública e conduta escandalosa não são sinônimos, como também é prescindível a prática simultânea das duas condutas para a correspondência ao tipo.⁹ A primeira refere-se ao comportamento de “pessoa depravada, de procedimentos vulgares, escandalosos, que chocam os valores morais e os costumes”¹⁰ e requer que seja praticada na presença de terceiros para a configuração da irregularidade.¹¹ A segunda refere-se ao “comportamento que não se ajusta aos limites da decência, ou seja, que mereça censura de seus semelhantes”¹² e não possui a indiscrição como requisito. Ambas não se relacionam diretamente à violência sexual, e nota-se que o caráter frequentemente discreto desse ilícito torna dificultosa sua caracterização como “incontinência pública”. Ademais, a percepção de ato escandaloso é relativa e é estritamente ligada à esfera íntima e aos costumes dos membros da comissão processante, dado que algo considerado chocante para um, pode não ser para outro.

O enquadramento da violência sexual como ato de improbidade administrativa, contudo, não possui tamanha carga de subjetividade e tampouco é restritivo, amoldando-se a várias manifestações do ilícito. Isso porque, anteriormente às alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, o artigo 11 da LIA tipificava como ímproba “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às

⁹ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, 2020, p. 287.

¹⁰ ALVES, Léo da Silva. *Curso de Processo Disciplinar*. Brasília: Cebrad, 2008., p. 130.

¹¹ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de processo administrativo disciplinar*. Brasília, 2020, p. 286.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança nº 18.728 – RO (2004/0107688-4)*. Recorrente: Joel de Oliveira. Recorrido: Estado de Goiás. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 24 de março de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401076884&dt_publicacao=06/04/2015. Acesso em: 23 set. 2022.

instituições, e notadamente”.¹³ Devido à sua redação ampla, que permite interpretação extensiva, os atos que acarretam a violação dos princípios administrativos, explícitos ou implícitos, também poderiam ser enquadrados como improbidade administrativa, dispensando-se a ocorrência de dano ao patrimônio público, nos termos do artigo 21, inciso I, da LIA, revogado pela Lei nº 14.230/21.

Isso não significa que toda e qualquer inobservância aos princípios norteadores da Administração caracteriza improbidade. De forma geral, qualquer conduta contrária aos deveres legal e constitucionalmente estabelecidos é inválida, em função da cogência do respeito aos princípios norteadores.¹⁴ Invalidez, contudo, não é sinônimo de improbidade.

Para definir a linha tênue que distingue ambos os conceitos, o Superior Tribunal de Justiça proferiu entendimento em que define o ato ímprobo como aquele que viola o dever de probidade, sendo esse o “dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”,¹⁵ como também que é pressuposto da improbidade a presença de má-fé por parte do sujeito ativo da antijuridicidade.

Era também entendimento pacífico do Tribunal que, para a configuração do ato de improbidade do artigo 11, bastava o “dolo genérico”,¹⁶ ou seja, era suficiente que o servidor tivesse intento de praticar os elementos objetivos que formavam o ato de improbidade, não sendo necessário que o agente possua finalidade específica para a configuração do tipo, ou seja, causar prejuízo à Administração Pública.¹⁷

Preenchidos os requisitos citados, havia ato de improbidade administrativa. A violência sexual apresenta a irregularidade da conduta, expressa por sua antijuridicidade; possui o elemento volitivo, dado que o dolo é pressuposto dessa espécie de conduta; e, por fim, há o detrimento de prerrogativas ou facilidades decorrente do cargo ou da função pública buscando proveito pessoal, a vantagem sexual. Ademais, representa profunda ofensa aos princípios da moralidade e da legalidade administrativas.

A legalidade vincula os atos dos agentes públicos ao estrito cumprimento das disposições legais, não se permitindo excessos ou exiguidades no exercício da gestão da coisa pública, dada a supremacia do interesse público. Ao proteger a legalidade, a LIA visava punir o agente desonesto, não o inapto para o exercício de suas atividades,

¹³ BRASIL. Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, Art. 11, *caput*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

¹⁴ GARCIA. Emerson. A moralidade administrativa e a sua densificação. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 3, n. 35, abr. 2002. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/854/840>. Acesso em: 24 ago. 2022, p. 09.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 909.446 – RN (2006/0269878-5)*. Recorrente: Francisco Carlos de Oliveira e outros. Recorrido: Ministério Público do estado do Rio Grande do Norte. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 06 de abril de 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602698785&dt_publicacao=22/04/2010. Acesso em: 12 jan. 2022

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 772.241 – MG (2005/0129312-3)*. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Marcos Raymundo Pessoa Duarte e outro. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 24 de junho de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4388762/recurso-especial-resp-772241-mg-2005-0129312-3/inteiro-teor-12205202>. Acesso em: 12 jan. 2022.

¹⁷ HOLANDA JR, André Jackson de. DE TORRES, Ronny Charles L. *Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 370.

sendo imprescindível a presença de má-fé.¹⁸ Assim, o agente que dolosamente perverte as prerrogativas e atribuições conferidas pelo Estado para a consecução de finalidades estritamente particulares, em detrimento da finalidade cogente da Administração Pública, incorre em improbidade administrativa por ofensa à legalidade.

A moralidade, no contexto administrativo, não se refere a uma posituação da moral subjetiva, e sim a “*standard* de conduta informado pelos valores retirados das demais normas regentes da atividade estatal”,¹⁹ como um conjunto de princípios e normas que compõem a moralidade jurídica, de modo que somente se pode falar em ofensa a ela caso haja violação ao Direito.²⁰ Consequentemente, a violência sexual é flagrantemente contra a moralidade administrativa e constitui ato ímprobo, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça,²¹ dispensando-se o juízo acerca da gravidade do fato, dada a proteção abstrata do bem jurídico.

Das hipóteses de enquadramento utilizadas pelas comissões de PAD, a improbidade administrativa é a que melhor se amoldava ao ilícito, pois pode ser objetivamente verificada, reduzindo a subjetividade da apreciação dos casos, e é ampla, abrangendo qualquer manifestação de ofensa à liberdade sexual. Por esses motivos, era possível pacificar o entendimento correicional para que toda forma de violência sexual fosse equiparada à improbidade, aferindo segurança jurídica ao procedimento disciplinar.

Acompanhando o enquadramento das condutas, tem-se a aplicação da penalidade correspondente, conforme as disposições do RJU. Dos PADs relacionados a violência sexual no âmbito da Administração Pública Federal que resultaram em penalização dos acusados, foram aplicadas as penalidades de advertência (41), suspensão (90) e demissão (95).²² A diversidade de resultados pode ser traduzida como reflexo da insegurança jurídica trazida pela variedade de enquadramentos possíveis ao ilícito, tendo em vista que as penalidades são correspondentes à irregularidade tipificada.

Isso porque, uma vez definido o enquadramento, a pena é vinculada, restando pouca ou nenhuma margem de discricionariedade para a decisão administrativa. Assim, enquadramentos diferentes ensejam penalidades diferentes, uma contradição no contexto da proteção de um mesmo bem jurídico tão caro quanto a liberdade sexual.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 1.069.262 – SP (2017/0052485-6)*. Agravante: Rodrigo Maia Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. OG Fernandes. São Paulo, SP, 28 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860180386/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1069262-sp-2017-0052485-6/inteiro-teor-860180395>. Acesso em: 24 set. 2022.

¹⁹ GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e a sua densificação. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 3, n. 35, abr. 2002. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/854/840>. Acesso em: 24 set. 2022, p. 09.

²⁰ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 113-114.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.255.120 – SC (2011/0118722-1)*. Recorrente: V P DE A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Rel. Min. Humberto Martins. São Paulo, SP, 23 de maio de 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/23343768/inteiro-teor-23343769>. Acesso em: 24 set. 2022.

²² TOMAZELLI, Idiana. Dois terços dos processos por assédio sexual na administração federal terminam sem punição. *Folha de S.Paulo*, Brasília, 4 jul. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/07/dois-tercos-dos-processos-por-assedio-sexual-na-administracao-federal-terminam-sem-punicao.shtml>. Acesso em: 26 set. 2022.

A punição tem fundamento na atribuição de coatividade à norma, principal atributo para qualificá-la como jurídica.²³ Mediante a punição, o indivíduo seria compelido a submeter-se ao ordenamento jurídico, com vistas a não ser a ele atribuído o mal.²⁴ Assim, a punição deve atingir a finalidade a que se destina, prevenir e combater um ilícito, mediante a observância de direitos e garantias fundamentais e devendo ser, no mínimo, proporcional e eficaz à finalidade a que se destina.

Disso se extrai que a variação de penalidades aplicadas, por si só, demonstra enfraquecimento do poder coativo da norma, pois muitas das vítimas deixam de denunciar os casos de violência sexual por diversos motivos, entre eles o medo de represália ou retaliação, medo de transferência, receio de exposição extrema no ambiente de trabalho e familiar, dificuldade de abordagem do assunto e descrédito diante da resolução do problema,²⁵ este último diretamente relacionado à insegurança jurídica destacada. Com a subnotificação, são reduzidas as medidas aplicáveis para o combate do ilícito e, conseqüentemente, reduz-se o poder da norma.

O combate à violência sexual na esfera correcional decorre, para além do exercício do dever-poder disciplinar, da necessidade de proteção e amparo às vítimas, à credibilidade e à imagem da Administração Pública, particularmente prejudicados pelo ilícito. Entre os reflexos da ofensa à liberdade sexual no ambiente laboral, destacam-se desde sintomas físicos (depressão, angústia, estresse, crises de competência, crises de choro, mal-estar físico e mental, cansaço exagerado, falta de interesse pelo trabalho, irritação constante, aumento de peso ou emagrecimento exagerado, aumento da pressão arterial, problemas digestivos, tremores e palpitações, sentimento de culpa, pensamentos suicidas, entre outros) bem como redução do desempenho laboral das vítimas, que passam a relacionar o ambiente de trabalho à violência sofrida.²⁶ Conseqüentemente, tem-se a queda da qualidade da prestação do serviço público a partir do adoecimento mental e emocional de todos os que estão sujeitos ao ambiente hostil, tendo em vista que o próprio receio de sofrer a violência sexual causa efeitos similares à efetiva ocorrência do ilícito.

Por esses motivos, a punição atribuída ao agente que incorrer na prática de violência sexual, além de suficiente, deve ser proporcional à gravidade do ilícito, em observância aos direitos e garantias fundamentais atreladas ao Estado Democrático de Direito. Entre elas, o princípio da proporcionalidade rege o *ius puniendi*, fazendo-se necessário investigar as penalidades aplicadas segundo ele, que se divide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.²⁷

²³ BECKENKAMP, Joãosinho. Sobre a moralidade do direito em Kant. *Revista Internacional de Filosofia da Moral: Ethic@*, Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 63-83, jun. 2009. DOI: <https://doi.org/10.5007/1677-2954.2009v8n1p63>. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/BECSAM>. Acesso em: 24 set. 2022.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 35.

²⁵ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Assédio sexual: tratamento correcional do assédio sexual no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR)*. 2020, p. 05. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20211011192530/https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/campanhas/integridade-publica/assedio-moral-e-sexual/Assdiosexual.pdf>. Acesso em: 19 set. 2022.

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Assédio Moral e Sexual: previna-se*. 2016, p. 22. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/sc/arquivos/cartilha-assedio>. Acesso em: 25 set. 2022.

²⁷ DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022, p. 34.

É adequada a norma quando estabelece uma medida que condiz com a persecução dos fins a que ela se propõe, possuindo aptidão para a promoção do resultado pretendido.²⁸ É necessária quando o cidadão recebe a menor desvantagem possível para a consecução do objetivo da norma, relacionando-se à ideia de imprescindibilidade.²⁹ Por fim, é proporcional em sentido estrito quando a restrição promovida é fundamentada em face da importância da realização do direito fundamental a que ela colide.³⁰

Disciplinarmente, a advertência é aplicada “nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave”,³¹ e terá seu registro cancelado após o decurso de três anos de efetivo exercício, se o servidor não incorrer em nova infração disciplinar.

Similarmente, a suspensão é devida em caso de “reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias”, e terá seu registro cancelado tal qual a advertência, com o diferencial de que se exige, no cancelamento da suspensão, o decurso de cinco anos de efetivo exercício. Cabe destacar que a aplicação de ambas as penalidades deve observar as circunstâncias agravantes e atenuantes, a natureza e a gravidade da infração, os antecedentes funcionais e os danos que dela provierem para o serviço público, por disposição do RJU, no artigo 128, e da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), no artigo 22, §2º, o que atribui certa discricionariedade no momento da atribuição da penalidade.

Tem-se que a advertência é penalidade demasiadamente branda a ser aplicada no contexto da violência sexual. Por se tratar de penalidade única, deixa de promover qualquer proteção à vítima, pois sequer impede o convívio entre ela e seu agressor, de modo que é possível ocorrer, mesmo após a pena, reincidência da conduta ou retaliação à vítima. Além disso, é a penalidade mais branda entre as dispostas no RJU e não protege a imagem ou a credibilidade da Administração, que se mostra relativamente tolerante à prática de violência sexual.

É possível tecer considerações semelhantes relativamente à suspensão. Apesar de não ser uma penalidade única, mostra-se uma penalidade amena. Ao término do seu prazo, de no máximo noventa dias, o agressor torna a conviver com a vítima, com consequências similares à advertência: a Administração segue transparecendo certa tolerância ao ilícito.

Assim, nem a advertência nem a suspensão são proporcionais. São inadequadas, dado que não condizem com a persecução da finalidade almejada. Não observam o critério da necessidade, pois, apesar de conferirem pouco prejuízo ao agente penalizado, não são suficientes para satisfazer os objetivos da norma. Por fim, não são proporcionais em sentido estrito, porque são brandas demais e não representam espelhamento harmônico à gravidade da violência sexual em abstrato.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 382.

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 383.

³⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Op. cit.*, p. 40.

³¹ BRASIL. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, Art. 129. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8112cons.htm. Acesso em: 24 set. 2022.

Por outro lado, a demissão, apesar de não admitir dosimetria, está em maior conformidade com o princípio da proporcionalidade que as demais penas. Atende à adequabilidade na medida em que o prejuízo pessoalmente causado ao agressor, por si só, atribui caráter fortemente coercitivo à norma, atingindo sua finalidade. Observa a necessidade, pois, apesar de grave, corresponde à seriedade do ilícito e, se comparada às outras duas sanções, cumpre melhor os objetivos da norma. Por fim, é proporcional em sentido estrito por evitar, de forma em tese permanente, o contato entre vítima e agressor; impede a reincidência e a eventual retaliação, dada a remoção do servidor dos quadros de pessoal, e demonstra a absoluta intolerância à prática de violência sexual na Administração, conferindo a ela credibilidade e protegendo sua imagem perante a sociedade.

Tendo em vista que a demissão é a penalidade disciplinar atribuída à prática de ato de improbidade administrativa, tem-se que esse é não somente o enquadramento mais adequado em função da definição legal, mas também por cominar a sanção que melhor promove a coatividade da norma. A uniformização do entendimento para que toda prática de violência sexual fosse atrelada à improbidade representaria, portanto, significativo avanço na tutela administrativa da liberdade sexual, bem como maior proteção à imagem e à credibilidade administrativas.

3 Alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21

É sabido que a Lei nº 14.230/21 trouxe numerosas modificações, sendo inclusive chamada de “Nova Lei de Improbidade Administrativa”. Entre elas, são relevantes para o presente estudo a nova redação do artigo 11, que restringe as hipóteses de improbidade que ofendem os princípios da Administração, e a disposição do artigo 1º, §2º, que determina a exigência de dolo específico para a configuração de ato ímprobo.

Atualmente, é ato de improbidade que atenta contra os princípios administrativos a “ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas”.³² Houve a supressão do vocábulo “moralidade”, que já não é mais citado pela nova lei em nenhuma de suas disposições. Ainda, houve a substituição da expressão “e notadamente”, que conferia caráter exemplificativo aos incisos do artigo, pela expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas”, que denota taxatividade aos dispositivos.

Contrariamente ao entendimento já pacificado do Superior Tribunal de Justiça, a nova lei implementou expressamente a exigência de dolo específico, a vontade consciente de alcançar os resultados previstos nos artigos 9º, 10 e 11, como requisito de existência de improbidade, não se bastando a mera voluntariedade do agente. Relativamente à prática do ilícito em estudo, o dolo reside na satisfação da lascívia, e não no desejo de causar prejuízo à Administração, de modo que a disposição é incompatível com a natureza da violência sexual.

Em face de não mais existir embasamento legal para a ampla tutela da moralidade e da legalidade administrativas, devido à supressão de termos e à taxatividade dos

³² BRASIL. Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, Art. 11, *caput*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

incisos, bem como a imprescindibilidade de dolo específico, o que não se verifica no ilícito estudado, dado que o prejuízo à Administração é uma das consequências do ato, e não motivo determinante para a prática, é impossível juridicamente equiparar o ato de violência sexual à improbidade.

Para subsidiar a penalização de servidores públicos que pratiquem atos de violência sexual, as comissões de PAD deverão se utilizar dos outros nove enquadramentos previstos no RJU, que, conforme já exposto, podem não ser tão adequados quanto a equiparação a ato de improbidade, além de que as sanções a serem aplicadas continuarão a ser variáveis e potencialmente ineficazes para a prevenção e o combate ao ilícito. Consequentemente, há não somente a manutenção da insegurança jurídica do tratamento disciplinar do ilícito, como também seu aprofundamento, dado que foi eliminada a hipótese de uniformização.

Destaca-se que os efeitos citados colidem com o sistema normativo vigente. Ainda que haja independência entre os Direitos Administrativo e Penal, o ordenamento jurídico deve ser harmônico. Dado que existe previsão legal de aplicação de pena privativa de liberdade para a prática de crimes contra a liberdade sexual, a punição de agentes públicos que pratiquem ilícitos de natureza similar na Administração deve também ser severa, tendo em vista o dever especial de sujeição a que estão submetidos, sob pena de favorecimento indireto do servidor público agressor, demonstrando dissonância normativa nas esferas pública e particular.

Apesar de a Lei nº 14.230/21 enrijecer a definição de improbidade em contraponto à lei anterior, que poderia ser considerada excessivamente ampla e abstrata especialmente em relação à tutela dos princípios administrativos, as atuais disposições propõem tamanho cerceamento dessa definição que contrariam, inclusive, a conceituação doutrinária do que seria ímprobo, construída a partir de elementos históricos do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao se considerar que a improbidade poderia ser conceituada doutrinariamente como “uma espécie de ilegalidade qualificada pela intenção (dolo ou, excepcionalmente, culpa grave) de violar a legislação e pela gravidade da lesão à ordem jurídica”,³³ pode-se afirmar que a novidade legislativa é deficiente para a defesa da probidade em termos gerais. Os princípios administrativos são de cumprimento obrigatório, cuja violação é mais grave que a violação de uma norma, pois não se trata de inobservância a somente uma regra, mas também a todo um sistema pautado nesse valor fundamental.³⁴

Entre os reflexos do prejuízo normativo, está a redução do enfrentamento a uma forma de violência que provoca hostilidade e insegurança no ambiente laboral, no âmbito da Administração Pública, sustentando a ideia de “agente público impune”, que age de forma irregular e não é repreendido. A ofensa à liberdade sexual é reconhecida como uma forma de estabelecer dominação, especificamente em relação às mulheres, cuja presença no mercado de trabalho ainda não é socialmente aceita em sua totalidade.³⁵

³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 07.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, p. 54.

³⁵ HIGA, Flávio de Costa. Assédio Sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda?. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 484-515, mai./ago. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201620>. Disponível em: <https://www.scielo.br/rjrdgv/a/8GDj4ypKNzxVVpqJKLrzFjP/?lang=pt#>. Acesso em: 25 set. 2022.

A incidência dessa prática contra mulheres se confirma, na Administração Pública Federal, por dados da Controladoria-Geral da União,³⁶ segundo os quais a totalidade (100%) dos agressores é homem, enquanto a vasta maioria das vítimas (96,15%) é mulher. Não se pode afirmar que essas condutas são somente “algo que homens fazem com as mulheres”, pois há favorecimento estrutural e sistemático para a prática dessa violência, a exemplo da impunidade, com o objetivo de evitar a ocupação dos espaços laborais por mulheres, consideradas inaptas e não dignas de sair do ambiente doméstico, em reforço aos papéis de gênero.³⁷

Na esfera pública, isso é atestado pelo fato de que, ainda que a maioria dos cargos públicos nas três esferas administrativas seja ocupada por mulheres, suas funções são vinculadas a tarefas estereotipicamente femininas, como assistentes, secretárias, enfermeiras, entre outras.³⁸ Assim, a alteração legislativa provoca, ainda que indiretamente, a continuidade da ideia de que o mercado de trabalho não é um ambiente que deva ser permeado pelo gênero feminino.

Isso se justifica pelo fato de que, em processos dessa natureza, é especialmente necessário o acolhimento adequado à vítima, garantindo que ela não deixe de promover a denúncia da irregularidade em função do receio de eventual impunidade, por exemplo. Consequentemente, é possível que o número de manifestações de vítimas reduza a partir da perspectiva de que o sofrimento do processo não compensa o resultado e que esse pode, inclusive, contribuir para o aumento da hostilidade no ambiente laboral em razão de eventuais retaliações.

É plausível também apontar prejuízo à qualidade da prestação do serviço público, em virtude do enfraquecimento de medidas que promovam um local de trabalho seguro e saudável. A fragilização psicológica e emocional das vítimas e das demais pessoas que temam sofrer a violência inevitavelmente compromete o desempenho de suas atribuições, podendo-se afirmar que a Lei nº 14.230/21 é capaz de provocar impactos extremamente negativos no combate à violência sexual na Administração Pública Federal, prejudicando sua imagem e sua credibilidade.

4 Conclusão

Com os dados disponíveis dos PADs relacionados ao ilícito no âmbito da Administração Pública Federal, foi possível concluir que a insegurança jurídica destacada tem estrita ligação à ausência de tipificação disciplinar específica à violência sexual, que leva as Comissões de PAD a utilizarem até dez dispositivos do RJU para enquadrar as condutas, dificuldade que poderia ser dirimida pelo atrelamento da irregularidade ao ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios administrativos.

A escolha do ato ímprobo entre os demais encaixes possíveis não seria de forma arbitrária. Conforme exposto, o ilícito estudado preenchia todos os requisitos formadores do ato de improbidade, além de este ser uma hipótese que reduz em muito

³⁶ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Op cit*, p. 12.

³⁷ HIGA, Flávio da Costa. *Op cit*. 2016.

³⁸ SOUZA, L. G.; LIMA, F. C. *As desigualdades de gênero no serviço público*. Observatório das Desigualdades. Disponível em: <http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p=1548>. Acesso em: 25 set. 2022.

a subjetividade que contamina as demais tipificações disponíveis, por não se tratar de conceito jurídico indeterminado, e que abrange as mais variadas formas de manifestação dessa violência, sendo irrelevante eventual juízo de gravidade da conduta, dado que toda prática contraria a moralidade e a legalidade administrativas.

De igual forma, a penalidade demissória, vinculada à prática de ato de improbidade administrativa, também era a melhor possível. Comparativamente às demais sanções atribuídas às condutas de mesma natureza, foi possível visualizar que a demissão não apenas atende plenamente ao princípio da proporcionalidade em suas três acepções, mas também promove a consecução dos objetivos da norma restritiva de conduta de forma mais enfática e satisfatória.

Assim, a uniformização do tratamento correccional da violência sexual segundo essas disposições era viável, em razão de ser esse um enquadramento já utilizado, e positivo, em função de reduzir a insegurança jurídica relativa à matéria e, conseqüentemente, de atribuir maior eficácia às políticas de enfrentamento à ofensa à liberdade sexual.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 14.230/21, é impossível equiparar a violência sexual à improbidade. A nova lei não faz menção ao princípio da moralidade administrativa, restringe as hipóteses de ato ímprobo do artigo 11 aos incisos taxativos, tal como passou a exigir a presença de dolo específico para a configuração de improbidade. Na esfera disciplinar, desse modo, não mais poderá utilizar o enquadramento como improbidade no contexto do ilícito estudado.

Entre as possíveis conseqüências verificadas, está a ampliação da insegurança jurídica motivada pela falta de disposição normativa disciplinar para a prática de violência sexual e pela eliminação da hipótese de uniformização dos procedimentos disciplinares. Por conseguinte, reflexos plausíveis da alteração legislativa são a redução do número de denúncias do ilícito, a precarização do ambiente laboral (em especial para as mulheres), a redução da qualidade da prestação do serviço público e do exercício das funções públicas, e, por fim, os prejuízos à imagem e à credibilidade da Administração, que mantêm a figura do “agente público impune”.

Conclui-se que a tutela disciplinar e correccional da liberdade sexual estará fragilizada, evidenciando-se a necessidade de adoção enfática de medidas de prevenção e combate a essa forma de violência, que prejudica gravemente não apenas suas vítimas, como também a Administração Pública.

Referências

ALVES, Léo da Silva. *Curso de processo disciplinar*. Brasília: Cebrad, 2008.

BECKENKAMP, Joãozinho. Sobre a moralidade do direito em Kant. *Revista Internacional de Filosofia da Moral: Ethic@*, Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 63-83, jun. 2009. DOI: <https://doi.org/10.5007/1677-2954.2009v8n1p63>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2009v8n1p63/18471>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Assédio moral e sexual: previna-se*. 2016. p. 22. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/sc/arquivos/cartilha-assedio>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Assédio sexual: tratamento correccional do assédio sexual no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR)*. 2020. p. 05. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20211011192530/https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/campanhas/integridade-publica/assedio-moral-e-sexual/Assdiosexual.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Rio de Janeiro, DF, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, 12 dez. 1990c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial Nº 1.069.262 – SP (2017/0052485-6)*. Agravante: Rodrigo Maia Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. OG Fenandes. São Paulo, SP, 28 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860180386/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1069262-sp-2017-0052485-6/inteiro-teor-860180395>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança nº 18.728 – RO (2004/0107688-4)*. Recorrente: Joel de Oliveira. Recorrido: Estado de Goiás. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 24 de março de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401076884&dt_publicacao=06/04/2015. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 909.446 – RN (2006/0269878-5)*. Recorrente: Francisco Carlos de Oliveira e outros. Recorrido: Ministério Público do estado do Rio Grande do Norte. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 06 de abril de 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602698785&dt_publicacao=22/04/2010. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 772.241 – MG (2005/0129312-3)*. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Marcos Raymundo Pessoa Duarte e outro. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 24 de junho de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4388762/recurso-especial-resp-772241-mg-2005-0129312-3/inteiro-teor-12205202>. Acesso em: 25 set. 2022.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 113-114.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Raquel. Conceito jurídico indeterminado: discricionariedade ou vinculação?. Raquel Carvalho. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2019/06/11/conceito-juridico-indeterminado-discricionariedadeouvinculacao/>. Acesso em: 25 set. 2022.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, 2020. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46777/12/Manual_PAD_setembro_2020.pdf. Acesso em: 04 fev. 2022.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: 78 <https://constitucao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2022.

DEL CLARO, Maria Ângela Marques. O Direito Administrativo e a Doutrina dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, jun. 2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v40i0.1741>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1741>. Acesso em: 25 set. 2022.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e a sua densificação. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 3, n. 35, abr. 2002. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/854/840>. Acesso em: 25 set. 2022.

HIGA, Flávio da Costa. Assédio Sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda?. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 484-515, mai./ago. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201620>. Disponível em: 79 <https://www.scielo.br/rjrdgv/a/8GDj4ypKNzxVVpqJKLrZfJP/?lang=pt#>. Acesso em: 25 set. 2022.

HOLANDA JR, André Jackson de. DE TORRES, Ronny Charles L. *Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*: 34. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. 34 ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOUZA, L. G.; LIMA, F.C. As desigualdades de gênero no serviço público. *Observatório das Desigualdades*. Disponível em: <http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p=1548>. Acesso em: 18 jan. 2022.

TOMAZELLI, Idiana. Dois terços dos processos por assédio sexual na administração federal terminam sem punição. *Folha de S.Paulo*, Brasília, 4 jul. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/07/dois-tercos-dos-processos-por-assedio-sexual-na-administracao-federal-terminam-sem-punicao.shtml>.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

AUTOR. Título. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 379-392. ISBN 978-65-5518-581-2.

PEC Nº 45/2021: ANÁLISE DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DE TEORIAS POLÍTICO-DEMOCRÁTICAS E ADMINISTRATIVAS

RAFAEL ALVIM SOARES
CAROLLINE LEAL RIBAS

1 Introdução

Desde a queda do Absolutismo, ruptura política consolidada no final do século XVIII,¹ o povo triunfante, não mais sentenciado à dominação irrestrita do monarca, estabeleceu uma série de limitações ao poder estatal que não poderiam ser ignoradas ou violadas.² Focando-se inicialmente nesses direitos negativos que visavam a garantir a inviolabilidade da liberdade e da propriedade privada, a resistência à opressão e a participação política³ – direitos esses que representam o vigor contratualista da época, da lógica de ceder parte da liberdade individual para ter segurança política e jurídica⁴ –, esse seria o fundamento geral de todas as declarações dos direitos do homem até o século XX,⁵ além da limitação do poder interestatal pela divisão dos três poderes.⁶ Tal foi primeiro paradigma constitucional, assentado na liberdade humana.⁷

¹ AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde*. Brasília, DF: CONASEMS, 2019, p. 15.

² AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde*. Brasília, DF: CONASEMS, 2019, p. 15-18.

³ MBAYA, Eienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Estudos Avançados*, 11(30), 17-41. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8993>.

⁴ AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde*. Brasília, DF: CONASEMS, 2019, p. 15-18.

⁵ MBAYA, Eienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Estudos Avançados*, 11(30), 17-41. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8993>.

⁶ AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde*. Brasília, DF: CONASEMS, 2019, p. 15-17.

⁷ CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

Não obstante, com a desumana experiência do holocausto, o positivismo jurídico, cuja figura do juiz deveria apenas aplicar as leis, sofreu graves questionamentos por não ter sido capaz de impedir a ascensão do Nazismo.⁸ Como forma de frear tais abusos políticos e humanitários, a Constituição passa a ser rígida, de difícil modificação, com aplicação direta e que norteia a própria interpretação das leis ordinárias.⁹ O Judiciário, agora não mais limitado a ser o “bafo da lei”, passa a ter o dever de proteger a Constituição, interferindo nos poderes Executivo e Legislativo quando necessário, servindo como agente contramajoritário – pautado pela Constituição, e não pela política –, que defende as normas constitucionais mesmo quando os demais poderes forem contra.¹⁰ Seria, então, a transição de Estado de Direito Legal para Estado de Direito Constitucional.¹¹

Sendo esse *neoconstitucionalismo*¹² um fenômeno internacional iniciado na Europa,¹³ não tardou ao Brasil, em seu período de redemocratização, incorporar na nova Constituição de 1988 tal atuação do Judiciário que perpassa pelos demais poderes,¹⁴ como poder fiscalizador de constitucionalidade. Eis, portanto, a gênese da *judicialização*, isto é, a interferência do Judiciário nos poderes Executivo e Legislativo para garantir os direitos e procedimentos normatizados pela CF/88, sobretudo em casos de grande comoção nacional, nos quais se clama a atuação do Judiciário para impedir inconstitucionalidade, seja no processo de criação de leis – ou de rever a aplicação em casos específicos, a exemplo do julgamento do aborto de feto anencéfalo¹⁵ –, ou de correções dos atos do Executivo, incluindo o entendimento de que deveria ser ofertado um serviço fundamental.¹⁶

No entanto, não importa apenas a função institucional da Constituição, mas também a mudança em seu conteúdo. Sobre isso, após a Primeira Guerra Mundial, as atrocidades humanas levaram os países a se preocuparem não apenas com a liberdade, como no primeiro paradigma constitucional, mas também com a igualdade material dos cidadãos, de forma que as Constituições passaram a definir amplos direitos sociais.¹⁷ Ainda no final do século XX, a onda democrática levaria a um terceiro paradigma constitucional, marcado pelos amplos direitos difusos.¹⁸

Dessa sorte, tem-se, por um lado, a promessa de direitos sociais fundamentais – difíceis de serem concretizados em um país extenso, populoso e com gritantes índices

⁸ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 14. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 47-48.

⁹ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 14. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 47-54.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 134-137.

¹¹ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 14. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 48.

¹² GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 14. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 47-54.

¹³ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 14. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 48.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

¹⁵ BRASIL. STF. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 12 abr. 2012. DJe de 30 abr. 2013.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

¹⁷ CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

¹⁸ CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

de desigualdade¹⁹ –, enquanto, por outro, a possibilidade de o Judiciário forçar o Executivo a cumpri-los. Com esse cenário, produz-se um intenso conflito entre Judiciário e Executivo, na medida em que a Administração Pública, carente de verba para expandir suas políticas públicas, é obrigada pelo Judiciário a tomar medidas para concretizar algum direito individual, quando houver necessidade da ação para garantir o mínimo existencial, isto é, o mínimo para haver dignidade humana.²⁰

Frequentemente, presencia-se tal problemática no tocante à oferta de remédios e tratamentos públicos, levando a números exorbitantes de processos por ano,²¹ não raramente com preços altos e medicamentos fora da lista da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), ou ainda nem sequer aprovados pela Anvisa.²² As consequências são sentidas, por exemplo, quando o país teve que desembolsar R\$1,35 bilhão em 2018 só para processos de judicialização.²³ Quando se compara com o orçamento de R\$121,26 bilhões para a atuação da área de saúde no mesmo ano,²⁴ vê-se que pode se configurar uma espécie de *trade-off*²⁵ entre saúde individual e infraestrutura pública de saúde.

Tomando um dos lados desse *trade-off*, a Proposta de Emenda Constitucional nº 45 de 2021²⁶ propõe desjudicializar a saúde, ordenando que a incorporação de novos medicamentos somente seja feita por “por órgão de âmbito nacional de avaliação da incorporação de tecnologias em saúde, na forma da lei”, e que a dispensação de medicamentos e tratamentos estará adstrita às tecnologias *constantes* das relações oficiais de medicamentos e de serviços da saúde. Alega-se, entre outros argumentos, que não é possível atingir os propósitos do SUS em plenitude quando se perde tantos recursos para pacientes isolados.

Todavia, os argumentos utilizados pela PEC nº 45/2021 são majoritariamente econômicos ou utilitários – ainda sem menção a dados específicos do orçamento –, sendo que, em um contexto de *desjudicialização*, isto é, de remoção de um campo legítimo e

¹⁹ Em 2018, segundo o FMI, o PIB *per capita* do Brasil ocupa o ranque de 75º mundial, enquanto a ONU classifica a desigualdade do Brasil em 9º lugar de 143 países. Dados retirados de: PINHEIRO, W. G.; VIEIRA, E. T.; OLIVEIRA, E. A. A. Q. As relações entre o Índice de Gini com o índice de desenvolvimento humano e o produto interno bruto dos municípios da RMVPLN sob a ótica do desenvolvimento regional. *Humanidades & Inovação*, v. 6, p. 43, 2019.

²⁰ RIBAS, Carolline Leal. O controle do judiciário nas políticas públicas na área da saúde. *Âmbito Jurídico*, v. 16, 2013.

²¹ Somente na temática de medicamentos, entre 2015 e 2020 houve mais de 1 milhão de processos novos. Dado retirado de: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade*. Brasília: CNJ, 2021.

²² BRASIL, Tribunal de contas da União. Aumentam os gastos públicos com a judicialização da saúde. 28 ago. 2017. Brasília/BF. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 24 set. 2022.

²³ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Relatório anual de atividades do TCU: 2020. Secretaria-Geral da Presidência (Segepres), Secretaria-Geral Adjunta da Presidência (Adgepres), 2021.

²⁴ BRASIL, Senado Federal. Portal da Transparência. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2018>. Acesso em: 23 set. 2022.

²⁵ O termo “trade-off” faz referência ao método de análise da Economia frente a tomadas de decisão, com cada escolha trazendo não apenas consequências, como também impedindo o aproveitamento de outras oportunidades. Conceito apreendido em: MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. Cap. 1.

²⁶ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2021. Dispõe sobre a incorporação tecnológica em saúde. Brasília, DF. Plenário do Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150988>

institucionalizado do Judiciário, há outros elementos vitais a serem discutidos, como a moral, a soberania popular, o poder coercitivo da política, e os efeitos da judicialização dentro da estrutura administrativa, não apenas no orçamento. Outrossim, com a tomada dessa decisão, as consequências serão imediatas: a morte de todos os cidadãos que dependiam do Estado para adquirir um medicamento impossível de ser adquirido com dinheiro próprio, então desamparados, esquecidos e marginalizados pelo Estado. Afinal, a política pública é também o não agir,²⁷ já que, definindo suas prioridades, a organização governamental ignora – ou deixa de atuar nas pautas.

Portanto, este trabalho analisará o tema da desjudicialização, considerando-se aspectos morais, históricos, constitucionais, administrativos e políticos no sentido da estrutura estatal, bem como a importância da judicialização para todo o Estado. Dessa forma, objetiva-se enriquecer a discussão do tema sobre diferentes ângulos não especificamente jurídicos, questionando-se as graves consequências da desjudicialização em diversas áreas, bem como defendendo extensamente a importância da interferência do Judiciário no Poder Executivo.

Para tanto, dividiu-se o artigo em dois tópicos de desenvolvimento. O primeiro traçará uma discussão acerca da teorização democrática do direito à saúde – em escalas políticas, constitucionais, morais, estatais e filosóficas – em contraposição à desjudicialização, ressaltando-se a perda humanitária. No segundo capítulo, abordar-se-á a relevância da Judicialização da Saúde como instrumento benéfico e essencial à formação de uma administração democrática, auxiliando na adoção de valores democrático-constitucionais pelos gestores públicos. Em ambos os tópicos, utilizar-se-á como método de pesquisa revisão bibliográfica para sustentar uma cadeia lógica de argumentos que permite uma melhor compreensão da gravidade da proposta de desjudicialização.

2 Direito à saúde, judicialização, biopoder e dignidade humana

Iniciada a tradição do Estado de bem-estar social e do constitucionalismo social pela República de Weimar, em 1919, e pela República do México, em 1917,²⁸ finalmente, após o vigor da trucidância humana da Grande Guerra, ao mesmo tempo que as classes proletárias ganham destaque com as teorias marxistas,²⁹ o Estado passa a tomar para si a responsabilidade de garantir o mínimo existencial, tido como direitos indispensáveis à dignidade da pessoa humana.³⁰ Esse movimento ganharia tanta força internacional que se tornaria uma declaração universal pela Organização das Nações Unidas (ONU).³¹ Apenas liberdade não é mais satisfatório: é necessário o combate à miséria humana

²⁷ Diversos autores entendem o não fazer como política pública, o que foi desenvolvido em: SOUZA, Selina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45.

²⁸ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006.

²⁹ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006.

³⁰ RIBAS, Carolline Leal. O controle do Judiciário nas políticas públicas na área da saúde. *Âmbito Jurídico*, v. 16, 2013.

³¹ GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 14. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 48.

que conte com órgão responsável e perene, em vez da volatilidade e inconstância da iniciativa privada. Não mais como caridade, mas como direito inviolável humano.³²

Tal noção de direitos humanos torna-se ainda mais primordial com o paradigma democrático constitucional,³³ que elenca o povo como soberano de todo poder. No entanto, a sua *participação política* efetiva depende da inserção do indivíduo na sociedade, o que inclui a necessidade de sobrevivência, de educação e de outros direitos fundamentais para que o indivíduo tenha autonomia individual e voz social. Caso essa participação política universalizada não seja possível, há uma *quebra democrática*, pois o Estado não será composto pelo seu *povo*, mas pelo seu *povo privilegiado*, formado pelos grupos capazes de sobreviver – ascendidos sobre os escombros dos corpos dos segredados pela sociedade – e de conseguir condições materiais de existência suficientes para uma vida não apenas existencial, focada na sobrevivência, mas *política*, que consiga ter participação ativa na sociedade, ou ainda que consiga utilizar sua criatividade em trabalhos que impactarão o rumo da sociedade, em conjunto de outras mentes criativas. Senão, não haverá uma “produção de normas gerais por um corpo (povo) composto por homens e mulheres livres e iguais. Esses homens e mulheres são considerados sujeitos completos, capazes de autoconhecimento, autoconsciência e autorrepresentação. A política, portanto, é definida duplamente: um projeto de autonomia e a realização de acordo em uma coletividade mediante comunicação e reconhecimento”,³⁴ que é o fundamento da teoria normativa democrática contemporânea.³⁵

Dessa sorte, faz-se imprescindível, tanto pelo sofrimento humano quanto pelo sonho democrático, a consecução de direitos fundamentais, que caracterizarão o *mínimo existencial*.³⁶ Entre outros, por exemplo, Barroso define como molde do mínimo existencial “as condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”.³⁷

Dentre esses direitos, nota-se a primordialidade da *saúde*, porque sem ela nenhum outro direito seria capaz de ser concretizado, o que pode levá-la a ser vista como um dos direitos mais importantes para a concretude das aspirações humanas. É somente, pois, com a própria existência que o ser humano pode lançar-se a concretizar quaisquer de suas aspirações, desejos, anseios, a aprender, a usar seu potencial criativo, a participar da própria política. Quando não leva à morte, os impactos na saúde podem afetar diretamente no potencial do sujeito, condicionando a capacidade do corpo, do seu

³² LAVEZZO, R. Política pública de assistência social: da caridade ao direito. In: I Encontro Interdisciplinar de Desenvolvimento Regional – Ender, e III Seminário de Avaliação e Disseminação do Grupo de Pesquisa Gera, 2017, Campo Mourão. *Anais do I ENDER. Campo Mourão*: Universidade Estadual do Paraná, 2017. v. I. p. 1-5.

³³ CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

³⁴ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte. São Paulo: n-1 edições; 2018, p. 9.

³⁵ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte. São Paulo: n-1 edições; 2018.

³⁶ RIBAS, Carolline Leal. O controle do judiciário nas políticas públicas na área da saúde. *Âmbito Jurídico*, v. 16, p. ambitojuridico, 2013.

³⁷ Conceito desenvolvido em: RIBAS, Carolline Leal. O controle do judiciário nas políticas públicas na área da saúde. *Âmbito Jurídico*, v. 16, 2013.

potencial expressivo, de suas habilidades, limitando a participação e realização social e política do indivíduo – quando não acompanhada da dor intensa física ou do sofrimento agonizante da doença mental.

Com vista à fundamentalidade desse direito, a Constituição Federal de 1988 define não apenas a sua universalização ao povo brasileiro,³⁸ como também normatiza a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).³⁹ Na promoção de algo tão valioso como a vida, não se deve apenas dispensar medicamentos e tratamentos, como também deve o SUS ser encarregado, prioritariamente, de atividades preventivas.⁴⁰

Portanto, configura-se uma tentativa de o SUS garantir o direito à saúde em sentido ampliado, e não apenas tratamento a doenças já desenvolvidas. Isso inclui medidas de saúde mental, de promoção do esporte físico em escolas, do acesso a equipamentos básicos para se praticar atividades físicas, de realizar consultas em domicílios, de possuir transporte urbano, de alterar condições de trabalho etc.⁴¹ De fato, as políticas da saúde passam a ter caráter transversal por envolver atuação multidimensional com diversos atores, necessitando de grande planejamento e investimento para ser cumprida com tamanha extensão.

Não obstante, o orçamento do Estado é limitado, o que o impossibilita de atuar em todas essas políticas públicas transversais com a qualidade que se pretende. Logo, faz-se necessário priorizar certas medidas em detrimento de outras. Nesse ponto, a PEC nº 45/2021,⁴² usando o mesmo argumento, defende a necessidade de limitar a oferta de remédios e tratamentos médicos fora do padrão do SUS para que se possa direcionar maior verba ao *coletivo* em detrimento do *individual*.

Essa perspectiva coaduna-se com a filosofia de Jeremy Bentham, no sentido que o desprazer de uma minoria ou de alguns poucos indivíduos justifica o maior prazer que resultaria para o todo coletivo.⁴³ Ou, ainda, poderia enquadrar-se em uma teoria utilitarista mais geral, cujo bem que se pretende distribuir ao maior número de pessoas não é o prazer, mas a saúde.⁴⁴ Sem dúvidas, essa posição é muito criticada e desacreditada por possibilitar no campo moral que grandes catástrofes humanas se justificassem em favor do coletivo,⁴⁵ e, de modo análogo, é o que se propõe com a desjudicialização. Afinal, analisando racionalmente, a consequência imediata de tal decisão seria o Estado

³⁸ O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 define que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

³⁹ O artigo 198 da CF/88 define que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”

⁴⁰ No inciso II do artigo 198 da Constituição Federal de 1988, institui-se que “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”, portanto estabelecendo a priorização da prevenção.

⁴¹ Como o conceito de saúde já se amplia muito mais do que apenas doenças e passa a incorporar “alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde”, de acordo com 8ª Conferência Nacional de Saúde.

⁴² BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2021. Dispõe sobre a incorporação tecnológica em saúde. Brasília, DF. Plenário do Senado Federal, 2021.

⁴³ GODOI, Jivago Silva Calado de. *O utilitarismo de Jeremy Bentham e Stuart Mill: articulações, problemas e desdobramentos*. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2017, p. 8-15.

⁴⁴ GODOI, Jivago Silva Calado De. *O utilitarismo de Jeremy Bentham e Stuart Mill: articulações, problemas e desdobramentos*. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2017, p. 6-7.

⁴⁵ SANDEL, Michel. *Justiça, o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2012.

deixar à morte e ao sofrimento aqueles que necessitam de medicamentos caros, por vezes ausentes no sistema do SUS ou ainda de outro país, mas que jamais conseguiriam dinheiro o suficiente, justificando-se na melhoria do bem-estar coletivo.

Sobre isso, Rawls adverte que “cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. [...] Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem a cálculos de interesses sociais”.⁴⁶ Embora, como alertará Bruno Santos em sua argumentação acerca do utilitarismo,⁴⁷ sempre haverá casos a serem julgados que inevitavelmente trarão violações de direitos – a PEC nº 45/2021 tenta salvar sua teoria utilitária nesse ponto, afirmando que atender as atuais demandas individuais faz com que a sociedade inteira perca pela dificuldade de expandir e melhorar o SUS e as políticas públicas de saúde –, no caso da desjudicialização da saúde, qualquer benefício ao SUS ainda teria que ser planejado, com possibilidades de frustrar em ineficiência gritante que permeia em geral as políticas do SUS,⁴⁸ enquanto inevitavelmente traria a morte ou sofrimentos irreparáveis dos cidadãos que dependeriam de medicamento ou tratamento. A única certeza absoluta dos resultados do projeto seria, então, a “descidadanização” – perda de direitos obrigatórios aos cidadãos – de sujeitos agora desamparados e ignorados por um Estado que tinha o dever de lhes ajudar, violando o futuro de um (*ex*)cidadão que deveria ter a possibilidade de crescer, de se desenvolver e de ter seu propósito social. Além disso, esse processo seria a regressão do direito institucionalizado do indivíduo, com obrigação do Estado em fornecê-lo, para retornar a uma concepção da política pública como caridade, feita quando quiser o Estado, até mesmo se tratando de um direito tão fundamental.

Ademais, no tocante a essa possibilidade de se ponderar sobre a viabilidade da morte dos cidadãos, faz-se interessante lembrar que, em essência – de forma material, ao invés de formal –, não há democracia plena, ou melhor, representatividade absoluta, nem sequer a grande maioria dos países democráticos vivem o sonho de democracia proclamado durante a Revolução Francesa. Isso porque, como lembra Carl Schmitt, a “democracia” pela qual se lutava nos períodos de agitação francesa, sobretudo pelos jacobinos, era direta, possibilitava a plena expressão do povo, cujas bases se encontravam desde a Grécia.⁴⁹ No entanto, o desenho estrutural que vigorou foi o do governo representativo, o qual se pauta em criar uma *classe política* que poderia frear os avanços civilizatórios, sendo defendida pelos girondinos, de forma que até mesmo esses

⁴⁶ SILVA, Delmo Mattos da; RAMOS, Edith. Justiça social e direitos sociais em Rawls: direito à saúde e garantias de qualidade de vida com equidade. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 112-129, maio/set. 2017, p. 116.

⁴⁷ SANTOS, Bruno Aislã Gonçalves dos. *Utilitarismo e justiça distributiva: uma defesa da tese de J. S. Mill*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, 2013.

⁴⁸ De acordo com Estudo do Banco Mundial, 30% do gasto do SUS é ineficiente, mesmo em planos particulares. Dados retirados de: SEGATTO, Cristiane. SUS tem 30% de gastos ineficientes. Como melhorar o uso da verba na saúde pública? *O Estado de S. Paulo* [on-line], São Paulo, 29 jun. 2022.

⁴⁹ CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

dois sistemas de Governo, democracia e governo representativo, eram antagônicos nas discussões públicas e políticas.⁵⁰ Como dessa gênese de democracia *indireta*, fruto de um projeto conservador, no qual os criadores de políticas e de decisões do Estado não são o povo em si, mas os *representantes*, há a possibilidade de o Estado se voltar contra a sociedade, concentrando o poder para si próprio.

Nessa esteira, Mbembe discorre sobre a *necropolítica*.⁵¹ Acerca disso, o autor baseia-se nos estudos de Foucault, o qual afirma que o Estado, assumindo o controle das tecnologias, das informações, do monitoramento, das instituições, da violência e de outros instrumentos de controle e de poder, utilizou esse arsenal também para práticas autoritárias, controlando corpos, ditando a cultura, segregando e dividindo a sociedade, até decidir quem viverá e quem morrerá, o que caracteriza o biopoder.⁵² Nessas linhas, Mbembe discorre que o Estado, elencando inimigos do povo tutelado pela política,⁵³ utiliza desse discurso para criar e justificar *zonas de morte*, objetivando a destruição desses grupos, notadamente raciais, como inimigos da sociedade.⁵⁴ É a formação, então, de uma *necropolítica*, legislação sobre a morte. Não obstante, mesmo que sem o aspecto racial, não se vê, analogamente, o Estado brasileiro fazendo um apelo à morte estrutural de um novo grupo – os com doenças cujos tratamentos são onerosos e fogem da estrutura do SUS –, pela não observância de seus direitos, criando implicitamente um discurso de que seriam *inimigos do bem-estar da sociedade*, na medida em que a sua cidadania plena – e, portanto, obrigação estatal de cumprir ao menos seus direitos mínimos – levaria a grandes prejuízos do bem coletivo, portanto sendo justificável a morte e a miséria dele? O que se propõe com a PEC nº 45/2021, afinal, é a criação de uma zona de morte a esse novo grupo segregado, não mais cidadão pela perda dos direitos básicos. Essa não observância dos direitos, ademais, entende-se como política do Estado, porque a política pública é também o não agir,⁵⁵ já que, definindo suas prioridades, a organização governamental ignora problemas. Porquanto, é igualmente responsável pelos danos causados, sobretudo no contexto de retirada de direitos que antes eram efetivamente consumados.

Nesse contexto sobre autoritarismo e violação de direitos humanos, Dwight Waldo⁵⁶ sinaliza a constante preocupação com o “Estado burocrático acima da sociedade”, afirmando que, quanto mais poder possuir o Estado, mormente em um contexto de avançadas tecnologias que permitem o controle e o monitoramento de grandes setores da sociedade, maior será a probabilidade de o próprio Estado tomar partido contra o

⁵⁰ CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

⁵¹ MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte*. São Paulo: n-1 edições; 2018.

⁵² MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte*. São Paulo: n-1 edições; 2018.

⁵³ O Estado atenderia a grupos particulares, enquanto cria zona de morte a outros.

⁵⁴ MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte*. São Paulo: n-1 edições; 2018.

⁵⁵ Diversos autores entendem o não fazer como política pública, o que foi desenvolvido em: SOUZA, Selina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45.

⁵⁶ Waldo, D. Desenvolvimento da teoria de administração democrática. *Revista do Serviço Público*, 63(4), p. 541-548, 2014.

povo e estabelecer uma ditadura, dialogando com a perspectiva da classe política de Carl Schmitt. Nesse prisma, aumentar o biopoder do Estado possibilita que a classe política de representantes se faça maior que a sociedade e mais distante de seus representados, distorcendo a democracia.

Sob ainda outra ótica jurídica para avaliar o problema, Barroso lembra que não se trata apenas de um Estado Democrático, ou seja, de uma sociedade em que o coletivo detenha o poder do Estado, mas que é um Estado Constitucional de Direito.⁵⁷ Dessa lógica, não apenas a representatividade e o atendimento do público *majoritário* é parte vital do Estado, como igualmente a Constituição, que traz direitos individuais que jamais poderão ser violados, mesmo que em choque contra a vantagem da maioria,⁵⁸ para evitar a tirania da maioria.⁵⁹ Essa organização constitucional, que *a priori* busca a defesa dos direitos humanos, também se torna essencial para a própria democracia, na medida em que somente haverá decisão política feita plenamente pela sociedade, contando com todos os atores políticos, se esses tiverem seus direitos garantidos.

Sob esse prisma, não apenas é *legal* a defesa dos direitos individuais de saúde – constituem-se como parte fundamental da Constituição –, como é justificada para conter decisões que levam à tirania e a catástrofes humanas. Esse fenômeno, em análise posterior, possibilita a própria existência da democracia, por possibilitar igualdade e participação social e política de todos.

Em um panorama dialógico, essa sobreposição entre Judiciário e Executivo, fruto da judicialização, cria conflitos na Administração Pública, cada poder justificando seus interesses com argumentos e contra-argumentos. Desse choque argumentativo, produzir-se-á uma *síntese* no sentido hegeliano,⁶⁰ que será superior por conter todos os argumentos anteriores, possibilitando a criação de conhecimento político mais crítico e bem-embasado que guiará o Estado. Além disso, o conflito, o debate e a conciliação de interesses é um processo fundamental da democracia.⁶¹ Dessa maneira, se autores como Waldo sonharem com uma administração democrática que incorpore em sua estrutura a democracia,⁶² o conflito e o debate entre as instituições democráticas é peça fundamental na realização desse sonho.

Nesse sentido, compreender melhor o que é a Administração Pública e como poderá o Judiciário interferir nela é indispensável, principalmente com a judicialização da saúde, que impõe diálogos e conflitos entre os Poderes e favorece a mudança dos

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

⁵⁹ A expressão “tirania da maioria” foi utilizada originalmente por Stuart Mill, que entende como grande risco das democracias as decisões por maioria absoluta que violassem os direitos das minorias. Conceito desenvolvido pelo autor em: MILL, John Stuart. *On Liberty*. The Library of Liberal Arts edition, 1859, p. 6-18.

⁶⁰ Os conceitos hegelianos de síntese, tese e antítese são melhor trabalhos em: TROTTA, Wellington. O pensamento político de Hegel à luz de sua filosofia do direito. *Revista de Sociologia e Política*, v. 17, p. 09-31, 2009.

⁶¹ A teoria da democracia participativa valorizaria o confronto, a troca argumentativa e o ativismo para a concretização da igualdade. A discussão é desenvolvida em: QUINTÃO, T. T. Democracia participativa e deliberativa: congruências ou modelos em disputa?. *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 16, p. 53-89, 2014.

⁶² Waldo, D. Desenvolvimento da teoria de administração democrática. *Revista Do Serviço Público*, 63(4), p. 541-548, 2014.

limites de competência entre as esferas. Somente assim, poder-se-á vislumbrar a nova projeção estatal que surge com as novas funções do Judiciário.

3 Administração Pública, cultura organizacional, interferências do Judiciário e administração democrática

Administração Pública⁶³ está longe de ser um termo cujo significado seja único. Ao contrário, como mostra Lynn Jr., há paradigmas destoantes que nortearam a produção acadêmica sobre gestão pública no século XX, cada um a compreendendo de determinada forma particular,⁶⁴ com valiosas perspectivas para a Ciência da Administração Pública.

Nesse diapasão, o primeiro grande paradigma gestão pública foi a sua compreensão enquanto estrutura de governança,⁶⁵ entendida como sistema capaz de assegurar objetivos fundamentais que justificam o poder público. Um dos grandes desafios desse grande debate que cercou a Administração Pública foi como controlar estruturalmente a autonomia dos gestores, a fim de se concretizar os valores democráticos e constitucionais nas ações governamentais, já que, segundo Ernest Freud, “poderes administrativos cada vez maiores exigem proteção cada vez maior contra abusos, e, enquanto houver possibilidade de erro, parcialidade ou excesso de zelo das autoridades, a proteção ao direito privado é um objeto tão importante quanto a execução de uma política governamental”.⁶⁶ Isso porque a gestão pública, diferentemente da privada, pauta-se em ideais democráticos e na busca constante pela *igualdade*.⁶⁷ No entanto, durante a atuação dos gestores, mesmo que seus potenciais sejam limitados pela estrutura de governança, segundo Simon *et al.*⁶⁸ ainda sempre haverá espaço para discricionariedade, para guiarem, dentro do seu espaço de decisão, a política pública para os moldes que melhor atenderá a sociedade. Em decorrência disso, teóricos como Dwight Waldo chegam a acreditar que a impossibilidade de separar a gestão pública da tomada de decisão política levaria à superação da burocracia, marcada pela obediência de comandos hierárquicos, para um modelo “pós-burocrático”, caracterizado pela normatização das tomadas de decisão em todos os níveis da hierarquia.⁶⁹

Desses moldes de controle estrutural, surge uma Administração Pública caracterizada por uma “união das funções do Legislativo, Executivo e Judiciário no mesmo corpo

⁶³ A fim de evitar uma dissertação acerca das diferenças entre Administração Pública e Gestão Pública, neste artigo priorizou-se por utilizá-las enquanto sinônimos, com o fito de focar nas discussões que mais interessam ao Judiciário.

⁶⁴ Os paradigmas da gestão pública no século XX são desenvolvidos em: LYNN JR. Laurence. *Gestão Pública*. In: PETERS, Guy e PIERRE, Jon (org.). *Administração pública*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 2010. p. 35-52.

⁶⁵ LYNN JR., Laurence. *Gestão Pública*. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon (org.). *Administração pública*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, p. 35-52. 2010.

⁶⁶ LYNN JR., Laurence. *Gestão Pública*. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon (org.). *Administração pública*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, p. 35-52, 2010, p. 40.

⁶⁷ LYNN JR., Laurence. *Gestão Pública*. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon (org.). *Administração pública*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, p. 35-52, 2010, p. 39.

⁶⁸ LYNN JR., Laurence. *Gestão Pública*. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon (org.). *Administração pública*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, p. 35-52, 2010, p. 45.

⁶⁹ Waldo, D. Desenvolvimento da teoria de administração democrática. *Revista Do Serviço Público*, 63(4), p. 541-548, 2014.

para assegurar a agilidade de ação e a liberdade de chegar a decisões baseadas na política formulada”.⁷⁰ Eis, portanto, a gênese de um singular projeto estrutural que comporá a ação do Estado nas políticas públicas: tomando como base a vontade legislativa como primeira ordem da ação estatal,⁷¹ o Executivo incumbir-se-á de cumprir seus desígnios, transformando-a em realidade, sobretudo adaptando uma política generalizada a contextos regionais que demandem atuações específicas.⁷² Durante esse processo, o Judiciário, como se viu em Barroso,⁷³ possui o dever de resguardar a Constituição no processo de *criação política*, bem como deve vigiar as tomadas de decisão do Executivo, obrigando-o a materializar os direitos constitucionais mediante suas ações.

No entanto, a discricionariedade dos gestores públicos merece maior atenção para se compreender efetivamente os resultados da judicialização nela. Acerca disso, normalmente, não é difícil observar esse fenômeno da discricionariedade nos postos mais altos da hierarquia de comando. Notadamente, decisões orçamentárias, estratégicas e operacionais determinam em grande parte o escopo de como, onde e quando se produzirão as ações estatais, bem como, principalmente por diversas legislações serem gerais, haverá espaço para decidir como executá-las, como já desenvolvido. Não obstante, mesmo o “burocrata de nível de rua”, isto é, o gestor atuando na ponta das políticas públicas, em maior contato com a sociedade e com o objeto da política pública, ainda toma decisões que podem mudar em grandes medidas os resultados de toda iniciativa estatal. Tal é, por exemplo, a situação de centros de acolhimentos de mulheres e crianças na cidade de São Paulo.⁷⁴ Nesse contexto, foi observada uma recorrência aos burocratas de rua definirem, através de critérios de *merecimento* baseados em uma moral tradicional, quais mães deveriam ser acolhidas, bem como o tratamento que será oferecido dentro da instituição. Nesse caso, a discricionariedade, que confere poder criativo e político, foi utilizada para criar uma desigualdade no tratamento que as mulheres receberam, chegando a negar atendimentos por preconceito, o que fere a igualdade e impessoalidade da Administração Pública.⁷⁵

Esse exemplo ilustra a necessidade de o Judiciário estar atuando lado a lado com a administração pública, já que os gestores públicos podem impactar diretamente no rumo da ação estatal na sociedade, muitas vezes impondo seus próprios valores individuais. Dessa maneira, pode-se fazer uma analogia: se o STF, de modo válido, para preservar

⁷⁰ LYNN JR., Laurence. Gestão Pública. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon (org.). *Administração pública*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, p. 35-52, 2010, p. 40.

⁷¹ Embora com certo exagerado teórico quando Willoughby compara o legislativo como “conselho diretor do governo”, ainda expressa na gestão pública a importância do acatamento das decisões do Legislativo para se realizar políticas públicas baseadas nelas. Conteúdo desenvolvido em: DENHART, Robert. *Teorias da Administração Pública*. São Paulo: Cengage Learning, p. 55-95, 2002.

⁷² A ação da Administração Pública em adaptar políticas gerais para contextos específicos, com as dores e costumes locais, é tema pela qual Thomas Jefferson entende que a descentralização da gestão pública é importante à democracia. Teoria discutida em: DENHART, Robert. *Teorias da Administração Pública*. São Paulo: Cengage Learning, p. 55-95, 2002.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

⁷⁴ SALATINO, L. C.; MIRANDA, J. R.; LOTTA, G. S. Políticas públicas para mulheres em situação de rua: reflexões sobre categorização e julgamentos. *Política hoje* (UFPE. Impresso), v. 28, p. 225-249, 2019.

⁷⁵ LYNN JR., Laurence. Gestão Pública. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon (org.). *Administração pública*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, p. 35-52, 2010, p. 39.

os valores e procedimentos da Constituição, pode atuar na produção de uma lei, tido como processo *político* – ou seja, de criação e definição de diretriz que guia o Estado –, tal deve ser a postura com o próprio Executivo, supervisionando as tomadas de decisões administrativas para que elas sejam *igualitárias* e *democráticas*, atendendo aos interesses tanto dos legisladores – sociais – quanto dos juízes – constitucionais –, ao mesmo tempo que traça, de fato, ações executivas de aplicação de conceitos teóricos – como avaliação de impacto de políticas públicas, causas sociológicas de problemáticas atuais, estudos econômicos das interferências estatais etc. – que guiarão a maneira como se efetuará a ação pública. Igualmente, os assuntos que deveriam ter sido atendidos pelos gestores públicos, em eventuais casos de omissão perante o necessário atendimento de direitos mínimos à dignidade humana, devem ser pressionados pelo Judiciário.

De fato, é notável o desconforto que essa postura poderá produzir aos gestores, já que terão de lidar com correções por parte do Judiciário que poderão afetar o planejamento estabelecido até então. No entanto, é notável que, vivendo em um Estado Constitucional Democrático,⁷⁶ não haja somente a necessidade de realizar ações à *maioria*, mas também se deve atender aos direitos individuais resguardados pela Constituição Federal. Além disso, como foi elaborado, a própria doutrina administrativa reconhece que o administrar é matéria que envolve todos os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e que, mesmo assim, não se limita a ser um jogo de interesses, sempre havendo competências ao gestor que fogem dos interesses desses poderes.⁷⁷

A judicialização, ainda, fornece solução a uma grande reflexão de Leonard D. White: “o problema evoluiu gradualmente para a necessidade de encontrar meios que assegurem que os atos das autoridades administrativas são consistentes, não somente em relação à lei [sic] mas também aos propósitos e ao estado de espírito da massa de cidadãos”.⁷⁸ Quem deverá realizar esse julgamento se os valores sociais e constitucionais estão adequados ou não, ora, também pode ser próprio Judiciário, o qual, embasado nos valores da Constituição, poderá adequá-los ao caso concreto para definir se o uso da discricionariedade foi utilizado para seguir um dos caminhos possíveis para a criação de uma sociedade democrática, ou se foi usado de forma egoísta para a concretização de ideais próprios que pouco dizem respeito à pluralidade da sociedade, aos direitos fundamentais e à preservação das minorias pelo princípio da igualdade, o que se viu ser violado no caso de São Paulo.

Cabe, ainda, uma reflexão sobre a discricionariedade, mas para o campo judicial. Afinal, se no Executivo há margem para modificar o rumo da ação estatal em cada nível hierárquico, também há no Judiciário discricionariedade dos juízes na determinação da sentença,⁷⁹ o que poderia ser um risco de politização quando se julga matéria política e administrativa. No contexto da politização, Barroso afirma que, em geral, não há risco

⁷⁶ Retomando o termo desenvolvido por Barroso em: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

⁷⁷ LYNN JR., Laurence. Gestão Pública. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon (org.). *Administração pública*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, p. 35-52, 2010, p. 40.

⁷⁸ LYNN JR., Laurence. Gestão Pública. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon (org.). *Administração pública*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, p. 35-52, 2010, p. 40.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

de ela acontecer, já que, embora o juiz possua certa autonomia para interpretar termos vagos da Constituição, ainda é essa que definirá e embasará toda a sua decisão,⁸⁰ limitando consideravelmente o escopo de suas decisões.

Dessa forma, o juiz, justificando suas decisões com base na Constituição e nos valores democrático-constitucionais, consegue atuar de forma *corretiva* não apenas de modo formal, mas *material*, coadunando-se com a perspectiva de Robert Alexy.⁸¹ Isso porque, contendo no julgamento sua justificativa – sobretudo quando se aborda a Constituição, por ela trazer uma extensa gama de *princípios* –, o juiz faz alusão a um argumento racional-valorativo que exerce um poder de correção justificável dos hábitos e princípios, reforçando os valores da sociedade e ajudando no seu crescimento dialético-racional. Assim, mais do que julgar pela norma, é julgar por um conjunto de valores, que passarão a permear mais profundamente a gestão pública.

Nessa perspectiva, além do reforço da moral pela argumentação como visto em Alexy, através de julgamentos, limitações e punições, o Estado cria estímulos que influenciarão toda a tomada de decisão.⁸² Compreendendo, assim, o Judiciário como fonte de criação de hábitos e costumes, mormente por meio da imposição de custos às ações dos indivíduos – que mudam o comportamento para evitar punições –, visualiza-se a possibilidade de sua atuação mais interveniente no Executivo promover uma mudança de atitudes e, especialmente, de decisões, que passarão a incorporar mais valores constitucionais pela pressão judiciária. A judicialização, então, contribui à adoção de uma cultura intraestatal democrática, por seus agentes serem pressionados a aderir às regras e valores constitucionais no exercício da profissão.

A criação dessa cultura é especialmente válida quando se concebe que a presença (e pressão) do Judiciário muda a concepção identitária do gestor público, cuja *função social e organizacional* não será mais apenas concretizar as legislações e projetos políticos para uma realidade concreta e problemática, como Willoughby defendia,⁸³ mas também será, a cada ação e decisão sua, expressar os valores democrático-constitucionais que favorecem a sociedade. Isso se coaduna com a teoria de Goffman de que a sociedade se constitui como um palco no qual todos os membros possuem papéis sociais diversos.⁸⁴ Esses papéis seriam internalizados nos sujeitos de modo que mesmo quando sozinhos ainda os executariam.⁸⁵ Analogamente, a administração democrática defende a criação de um ambiente marcado pelos valores democráticos, já que, vivendo em um ambiente que

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

⁸¹ GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 14. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 42-43.

⁸² CORTES, S. M. V.; LIMA, L. L. A contribuição da sociologia para a análise de políticas públicas. *Lua Nova* (Impresso), v. 87, p. 33, 2012.

⁸³ DENHART, Robert. *Teorias da Administração Pública*. São Paulo: Cengage Learning, p. 55-95, 2002.

⁸⁴ MARTINS, D. H. A metáfora teatral como representação social para Erving Goffman: um ensaio teórico. *Revista Espaço Acadêmico* (UEM), v. 14, p. 141-149, 2014.

⁸⁵ A internalização das relações sociais, das expectativas, dos símbolos sociais, das hierarquias grupais, dos preconceitos e de todos os fenômenos sociais é melhor explicada por Herbert Mead, o qual entende que todas as experiências sociais marcam o *Self* e constitui uma identidade própria, reflexiva e autoconsciente, forjada e limitada pela sociedade. Conceitos aprofundados em: ENNES, M. A. Interacionismo simbólico: contribuições para se pensar os processos identitários. *Perspectivas: Revista de Ciências Sociais* (UNESP. Araraquara. Impresso), v. 43, p. 63-81, 2013.

exala tais valores no cotidiano e na própria lógica estrutural, os gestores os internalizarão a ponto de fazê-los refletir em cada decisão discricionária naturalmente.⁸⁶

Ainda sobre essa cultura intraestatal, a sua necessidade cresce ainda mais quando se avalia que muitas legislações e demandas do Executivo são voltadas para a prosperidade de um mandato a curto ou médio prazo, e não ao Estado e à sociedade no longo prazo. Assim, em função de o judiciário não *necessitar* de ter sua validade pela opinião pública no Brasil, a inclusão da Justiça no controle da Administração Pública faz com que essa necessidade de concretizar não apenas ideais políticos de curto prazo, mas objetivos constitucionais que exigem grande tempo e esforço para serem cumpridos, para evitar complicações em matéria de judicialização.

Entretanto, mesmo que defendam os interesses da Constituição e da sociedade, os juízes são especializados em cumprir uma microjustiça,⁸⁷ muitas vezes não possuindo informações de outras áreas ou mesmo tempo para apreciá-las com a devida atenção.⁸⁸ Por conseguinte, mesmo que se defenda a interferência do Judiciário no Executivo, entendendo como estruturalmente,⁸⁹ democraticamente,⁹⁰ moralmente,⁹¹ politicamente⁹² e sociologicamente⁹³ benéfico, o Judiciário não deve violar excessivamente as competências administrativas, interferindo nas decisões apenas quando a própria Constituição, com valores e direitos que compõem o mínimo existencial, estiver ameaçada. Todavia, a posição de desjudicializar a saúde, como visto, trará a retirada de todos os extensos benefícios à administração democrática desenvolvidos neste tópico.

4 Conclusão

O Direito é uma constante construção. Anteriormente ligado ao rigor objetivo,⁹⁴ após as atrocidades das Guerras Mundiais e do Nazismo, a teoria político-jurídica alçou asas a um projeto de Estado marcado pela queda da tradicional disposição dos Três Poderes, promovendo a Constituição a documento normativo máximo, rígido e inviolável, e delegando ao Judiciário a tarefa de protegê-la perante nas demais instâncias do Estado. Desde então, a prática jurídica foi ganhando maior interferência no Legislativo e no Executivo, até se tornar vital à criação da administração democrática.

Assim, na área da Saúde, a prática da Justiça tem incorporado seus princípios constitucionais na defesa da vida, garantindo que mesmo as minorias com raras – e

⁸⁶ DENHART, Robert. *Teorias da Administração Pública*. São Paulo: Cengage Learning, p. 55-95, 2002.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

⁸⁹ O controle na administração pública não impossibilita a discricionariedade dos agentes públicos e pode fortalecer valores democrático-constitucionais pelos quais o Estado se pauta.

⁹⁰ Os julgamentos argumentados do Judiciário no Executivo levam à internalização de valores constitucionais

⁹¹ A judicialização impede que grupos de cidadãos, por questões genéticas, sejam expulsos do rol de direitos mínimos e tenham sua morte operacionalizada pelo Estado.

⁹² A judicialização desfavorece a concentração de biopoder sobre o Estado, que pode abusar dele para criar catástrofes.

⁹³ Os valores constitucionais internalizados compõem o *Self* dos agentes públicos

⁹⁴ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 14. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 47-48.

caras – condições físicas possam ter a sua dignidade humana concretizada através de medicamentos e terapias fornecidas pelo Estado.

No entanto, surgem discussões acerca de um processo contrário, que visa a impedir a manifestação do Judiciário nos interesses do Executivo no que tange à salvação desses *cidadãos*. Tal é a desjudicialização da saúde, promovida pela PEC nº 45/2021,⁹⁵ a qual objetiva limitar o fornecimento de medicamentos para somente às tecnologias constantes do SUS, além dessa oferta ainda precisar passar por órgão especializado, impossibilitando que tratamentos essenciais à sobrevivência sejam ministrados se o processo não satisfizer essas duas cláusulas.

Discutiu-se, inicialmente, a incompatibilidade de tal medida com o ideal normativo-democrático que pauta a base teórica da soberania dos Estados democráticos. Afinal, deixados à mercê das doenças com base no argumento de se priorizar a coletividade, essa minoria perde um direito tão fundamental como a vida, sendo-lhe negado a participação política e social, e tem essa descidadanização concretizada com a própria morte.

Disso, resulta um arcabouço estatal que possui poder sobre a vida e a morte dos cidadãos, dotando o Estado de biopoder. Quando se legitima racionalmente a morte, o Governo passa a legislar uma necropolítica, tendo domínio sobre a vida de determinados grupos e levando-os a uma morte estrutural, rasgando toda a construção histórico-humanitária após as guerras mundiais.

Por isso, evoca-se a visão de John Rawls⁹⁶ de que os direitos humanos são inalienáveis, e de que benefícios ao coletivo não podem justificar atrocidades cometidas a qualquer grupo de pessoas. Considerar o contrário seria, pois, apagar todo avanço constitucional e humanitário e permitir que o Estado tome controle de direitos sobre a vida que nunca deveria possuir.

Outrossim, demonstrou-se que a Administração Pública é um sistema que exige a consecução de objetivos democráticos e constitucionais, de forma que a intervenção do Legislativo e do Judiciário são positivos para garantir que os valores democráticos e *constitucionais* sejam encarnados na sua lógica interna, até mesmo para evitar grandes abusos de discricionariedade que conduzem políticas públicas a discriminações. A literatura confirma que haverá discricionariedade, liberdade e potencial de tomadas de decisão mesmo que os demais órgãos estabeleçam maior controle sobre a administração pública, de sorte que permite o vislumbre de uma gestão pública que perpassa o Executivo, o Legislativo e o Judiciário em constante comunicação e interinfluência.

Com base em toda a teorização desenvolvida no artigo, demonstra-se que a Judicialização da Saúde se constitui como parte fundamental da democracia, da preservação dos direitos humanos, da contenção de um Estado tirano e genocida, e da própria Administração Pública enquanto produtora de resultados baseados em valores sociais e constitucionais. Vislumbra-se, então, a nova trajetória interinstitucional do Direito, que deve ser defendida tanto pela preservação dos direitos humanos, quanto

⁹⁵ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2021. Dispõe sobre a incorporação tecnológica em saúde. Brasília, DF. Plenário do Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150988>

⁹⁶ SILVA, Delmo Mattos da. RAMOS, Edith. Justiça social e direitos sociais em Rawls: direito à saúde e garantias de qualidade de vida com equidade. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 112-129, maio/set. 2017, p. 116.

pela formação de um Estado democrático e constitucional em essência. Então, entende-se a PEC nº 45/2021 como inválida em uma abrangente análise multidimensional.

Referências

- AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde*. Brasília, DF: CONASEMS, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.
- BRASIL, Tribunal de contas da União. Aumentam os gastos públicos com a judicialização da saúde. 28 ago. 2017. Brasília/BF. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 24 set. 2022
- BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2021*. Dispõe sobre a incorporação tecnológica em saúde. Brasília, DF. Plenário do Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150988>.
- BRASIL. Senado Federal. Portal da Transparência. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2018>. Acesso em: 23 set. 2022.
- BRASIL. STF. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 12 abr. 2012. *DJe* de 30 abr. 2013.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório anual de atividades do TCU: 2020. Secretaria-Geral da Presidência (Segepres), Secretaria-Geral Adjunta da Presidência (Adgepres), 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n.1, p. 11-20, 2001.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade*. Brasília: CNJ, 2021
- CORTES, S. M. V.; LIMA, L. L. *A contribuição da sociologia para a análise de políticas públicas*. Lua Nova (Impresso), v. 87, p. 33, 2012.
- DENHART, Robert. *Teorias da Administração Pública*. São Paulo: Cengage Learning, p. 55-95, 2002.
- ENNES, M. A. Interacionismo simbólico: contribuições para se pensar os processos identitários.. *Perspectivas: Revista de Ciências Sociais* (UNESP. Araraquara. Impreso), v. 43, p. 63-81, 2013.
- GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 14. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.
- GODOI, Jivago Silva Calado De. *O utilitarismo de Jeremy Bentham e Stuart Mill: articulações, problemas e desdobramentos*. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2017.
- LAVEZZO, R. Política pública de assistência social: da caridade ao direito. In: I Encontro Interdisciplinar de Desenvolvimento Regional – Ender, e III Seminário de Avaliação e Disseminação do Grupo de Pesquisa Geral, 2017, Campo Mourão. *Anais do I ENDER. Campo Mourão: Universidade Estadual do Paraná*, 2017.
- LYNN JR. Laurence. Gestão Pública. In: PETERS, Guy e PIERRE, Jon (org.). *Administração pública*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, p. 35-52. 2010.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
- MARTINS, D. H.. A metáfora teatral como representação social para Erving Goffman: um ensaio teórico. *Revista Espaço Acadêmico* (UEM), v. 14, p. 141-149, 2014.
- MBAYA, Eienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Estudos Avançados*, 11(30), 17-41. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8993>.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte*. São Paulo: n-1 edições; 2018.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. The Library of Liberal Arts edition, 1859.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006.

PINHEIRO, W. G.; Vieira, E. T.; Oliveira, E. A. A. Q. As relações entre o Índice de Gini com o Índice de Desenvolvimento Humano e o Produto Interno Bruto dos municípios da RMVPLN sob a ótica do desenvolvimento regional. *Humanidades & Inovação*, v. 6, p. 43, 2019.

QUINTÃO, T. T. Democracia participativa e deliberativa: congruências ou modelos em disputa?. *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 16, p. 53-89, 2014.

RIBAS, Caroline Leal. O controle do judiciário nas políticas públicas na área da saúde. *Âmbito Jurídico*, v. 16, 2013.

SALATINO, L. C.; MIRANDA, J. R.; LOTTA, G. S.. Políticas públicas para mulheres em situação de rua: reflexões sobre categorização e julgamentos. *Política Hoje* (UFPE. IMPRESSO), v. 28, p. 225-249, 2019.

SANDEL, Michel. *Justiça, o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2012.

SANTOS, Bruno Aislã Gonçalves dos. *Utilitarismo e justiça distributiva: uma defesa da tese de J.S.Mill*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, 2013.

SEGATTO, Cristiane. SUS tem 30% de gastos ineficientes. Como melhorar o uso da verba na saúde pública? *O Estado de S.Paulo* [on-line], São Paulo, 29 jun. 2022.

SILVA, Delmo Mattos da. RAMOS, Edith. Justiça social e direitos sociais em Rawls: direito à saúde e garantias de qualidade de vida com equidade. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 112-129, maio/set. 2017, p. 116.

SOUZA, Selina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45.

TROTTA, Wellington. O pensamento político de Hegel à luz de sua filosofia do direito. *Revista de Sociologia e Política*, v. 17, p. 09-31, 2009.

WALDO, D. Desenvolvimento da teoria de administração democrática. *Revista do Serviço Público*, 63(4), p. 541-548, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOARES, Rafael Alvim; RIBAS, Caroline Leal. PEC nº 45/2021: análise da desjudicialização da saúde sob a perspectiva de teorias político-democráticas e administrativas. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 393-409. ISBN 978-65-5518-581-2.

PARTE III

COMUNICADOS CIENTÍFICOS
APRESENTADOS

A (IN)ADEQUAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO PRIVATIZADO: ANEEL E O CASO ENEL-CE À LUZ DO PRINCÍPIO DA MODICIDADE TARIFÁRIA

THAMARA MADEIRO MELO

Resumo

A Administração Pública deve ter como ponto basilar de sua atuação o administrado. Assim, o serviço público, enquanto a principal atividade administrativa, deve ser prestado e controlado visando à satisfação de direitos e comodidades ao usuário, como embasa e vincula sua principiologia. Dessa forma, a pesquisa destina-se a analisar a fundamentação do ato homologatório do reajuste tarifário de 2022 da Enel-Ceará deliberado pela ANEEL sob a perspectiva dos critérios principiológicos do serviço público, destacando o princípio da modicidade tarifária para delimitação. Pressupõe que a agência reguladora deve controlar a prestação do serviço adequado pelas concessionárias e que a motivação do ato administrativo deve considerar as suas consequências. A partir da revisão bibliográfica, legislativa e da análise documental centrada no ato homologatório da Aneel e no voto da Superintendência de Gestão Tarifária que o fundamenta, o estudo de caso perpassa a relevância da principiologia como parâmetro de prestação do serviço público e como limite no reajuste tarifário; a motivação da Enel para o reajuste; a análise da fundamentação da ANEEL para a homologação. Nesse viés, uma das diretrizes constitucionais da prestação do serviço público é a obrigação de mantê-lo adequado. A adequação parte da concretude da prestação e do controle do serviço público vinculado a seus princípios, entendendo sua essencialidade ou comodidade e visando a sua utilização por todos da melhor forma possível. Assim, há dois parâmetros mínimos para reajuste tarifário: o equilíbrio econômico da concessionária e, especialmente, a política tarifária. A Enel motivou o pedido de aumento expressivo da tarifa na recomposição financeira decorrente de custos gerados durante o período pandêmico. Já a ANEEL embasou a homologação no equilíbrio econômico da Enel, tangenciando a modicidade tarifária e subestimando os impactos tarifários gerados aos usuários, dado o fim da bandeira de escassez hídrica. Ressalta-se que não há menção da agência a mecanismos do poder concedente visando à mitigação da tarifa, nem argumentação cabal sobre impactos gerados pelo reajuste na oneração excessiva dos usuários durante uma crise econômica. Em considerações parciais, entende-se que a motivação do ato da agência orientou-se pela perspectiva econômica das concessionárias, desconsiderando o parâmetro principiológico, essencial e garantidor do efetivo acesso ao serviço público pelo usuário. Ademais, percebe-se que a agência não se ateu à possibilidade de uso de mecanismos que assegurassem uma

menor tarifa para o custo informado pela Enel-CE. de modo que não há fundamentos sob a perspectiva do ponto fulcral do serviço público, o usuário.

Palavras-chave: Concessão. Energia elétrica. Modicidade tarifária. Regulação. Serviço público.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Acesso em: 23 set. 2022

BRASIL. *Assembleia Legislativa. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Assembleia Legislativa. *Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. *Resolução homologatória nº 3.026, de 19 de abril de 2022*. Brasília, DF. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/reh20223026ti.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Contrato de concessão de distribuição nº 01, de 1998. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.arce.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/53/1998/05/contrato-aneel-coelce-0198.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Superintendência de Gestão Tarifária (SGT). Voto em processo nº 48500.004917/2021-10. Brasília, DF: Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/reh20223026ti.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 23 set. 2022.

RIVERA, Luis José Béjar. *Uma aproximação à teoria dos serviços públicos*. São Paulo: Contracorrente, 2016. 131 p.

SANTOS, Enos Paulo Nascimento. *O poder normativo das agências reguladoras: a implementação da análise de impacto regulatório (AIR) no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL*. 2022. 93 f. Dissertação de mestrado (Mestrado profissional em direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3790>. Acesso em: 23 set. 2022.

SOUZA, André Luiz de. *A modicidade tarifária nas concessões de serviços públicos*. 2016. 200 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-21022017-152452/pt-br.php>. Acesso em: 23 set. 2022.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MELO, Tamara Madeiro. A (in)adequação do serviço público privatizado: ANEEL e o caso Enel-CE à luz do princípio da modicidade tarifária. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 413-414. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

A APLICABILIDADE DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS PELO TERCEIRO SETOR EM PARCERIA COM O ESTADO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI Nº 1.923 E ADPF Nº 559)

RENATA HELLWIG FERREIRA

Resumo

Trata-se de trabalho que objetiva, sobretudo a partir de uma análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, identificar o regime jurídico vigente de prestação dos serviços públicos pelo terceiro setor mediante parcerias com o Estado. Isso porque as ausências de participação cidadã e de eficiência apresentaram-se como preocupações estatais, a partir da Constituição Federal de 1988, mormente na sua primeira década, desencadeando, dentre outras normas, a reforma administrativa do Estado (concretizada pela Emenda Constitucional nº 19/1998) e a Lei nº 9.637/1998 (Organizações Sociais), esta objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 1923), cuja decisão fixou parâmetros para as parcerias na Administração Pública com as organizações sociais. Parte a pesquisa jurisprudencial ora proposta, sem desconsiderar o marco regulatório das organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019/2014). A partir do material coletado (julgados do STF), serão verificados os respectivos fundamentos utilizados, com a contextualização teórico-dogmática, estabelecendo-se a demarcação teórica das categorias fundamentais da pesquisa, a saber: a) o dever do Estado de prestar serviços públicos não exclusivos e a subsidiariedade do terceiro setor; b) a alocação dos atos negociais com o terceiro setor no conceito de prestação indireta de serviço público; c) a aplicabilidade do regime de direito público na prestação de serviços pelo terceiro setor; d) limites e consequências dessa aplicabilidade. O trabalho tem natureza normativo-bibliográfica (pesquisa em publicações de julgados do STF), sendo que o método primordial é o indutivo (partindo-se dos casos concretos decididos pelo STF, desde a ADI nº 1.923, até outras encontradas sob os termos “serviços”, “organizações sociais” e “terceiro setor” aplicando-os aos dispositivos constitucionais e legais, a fim de alcançar as conclusões

da pesquisa). Quanto ao método de procedimento, será monográfico, sendo a técnica fundamental de pesquisa a jurisprudencial. Considerando o andamento da pesquisa, propõe-se a análise de conteúdo dos julgados selecionados (ADI nº 1923 e ADPF nº 559), sendo possível extrair conclusões parciais da pesquisa que consolidam o entendimento de que o terceiro setor pode prestar serviços públicos não exclusivos mediante convênios e parcerias com o Estado. Verifica-se que as organizações sociais possuem natureza híbrida, cuja interpretação pode ser ampliada às demais entidades do terceiro setor, sendo aplicável o regime jurídico administrativo, ao menos por seus princípios informadores. Com isso, é possível depreender que, desde a seleção das entidades – pela publicidade, moralidade – até o controle da prestação do serviço – eficiência, dentre outros, deve-se observar, em certa medida, o regime de direito público.

Palavras-chave: Serviços públicos. Parcerias. Terceiro setor. Regime jurídico. Julgados do STF.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, s/d [edição eletrônica on-line disponível ao público no site oficial do STF].
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. da *Administração Pública burocrática à gerencial*. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MOTTA, Fabrício, MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. *Parcerias com o terceiro setor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2018.
- VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA, Renata Hellwig. A aplicabilidade do regime de direito público na prestação de serviços públicos pelo terceiro setor em parceria com o estado: uma análise a partir dos julgados do supremo tribunal federal (ADI nº 1.923 e ADPF nº 559). In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 415-416. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

ALÉM DO COMBATE À CORRUPÇÃO: A INSUFICIÊNCIA DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE VOLTADOS À GOVERNANÇA CORPORATIVA

GUSTAVO MARTINELLI
JULIANA BERTHOLDI

Resumo

Investiga as limitações do *compliance* anticorrupção a partir dos princípios ESG. Desde 2013, diversas normas de Direito Administrativo passaram a fomentar a implementação de programas de integridade no âmbito empresarial. Positivados na chamada Lei Anticorrupção, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Licitações e Contratos administrativos, os incentivos para a adoção do *compliance* variam desde redução da sanção administrativa para pessoas físicas e jurídicas até critério desempate em disputas por contratos públicos. Tendo em vista que os benefícios concedidos são bastante elevados em face das exigências mínimas de enfrentamento anticorrupção, indaga-se, a título de problema de pesquisa, se haveria um equívoco nas prioridades estatais, ao ignorar impactos sociais e ambientais e premiar a simples higidez contábil. Paralelamente, a partir de 2011, emerge a preocupação global com os impactos ambientais e sociais das empresas, positivados pelos Princípios Orientadores de Empresas e Direitos Humanos da ONU (POEDHs). Estruturados em três pilares, os princípios dispõem sobre (i) o dever estatal de proteger os Direitos Humanos, (ii) a obrigação empresarial de respeitar tais direitos e, finalmente, (iii) o dever estatal de garantir mecanismos de reparação eficientes em caso de violações de Direitos Humanos. No Brasil, porém, os princípios ESG parecem ter sido interpretados parcialmente, apenas no tocante ao elemento *governance*. Na última década, o combate à corrupção passou a ser tratado como o grande compromisso político, senão como verdadeira panaceia para o desenvolvimento nacional. No afã de remediar a corrupção de particulares com a administração pública, deixaram-se de lado preocupações sobre o impacto das companhias no aspecto social e ambiental do cenário brasileiro. Verifica-se, porém, que os ditos programas de integridade, tal como restaram regulados, exigem do empresariado apenas mecanismos de controle anticorrupção. Ao que parece, a regulação

levou em conta apenas o impacto de governança das empresas no cenário nacional, ignorando as profundas consequências que suas práticas acarretam no seio social e no cenário ambiental. Em vista disso, valendo-se do método dedutivo baseado em revisão bibliográfica nacional e internacional, propõe-se que a Administração Pública dê um passo a mais: que insira elementos sociais e ambientais nos programas de integridade. Não se trata de raciocínio isolado, ao contrário, cuida-se de acompanhar a vanguarda internacional – a exemplo do que sucede na França, Alemanha e Noruega – bem como os novos compromissos a serem assumidos no âmbito doméstico.

Palavras-chave: Programas de integridade. *Compliance*. Corrupção. Princípios ESG. Responsabilidade administrativa.

Referências

- BERTHOLDI, Juliana. *Propostas de redação aos planos nacionais de ação latino-americanos desde uma análise feminista*. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. Orientadora: Danielle Anne Pamplona; Coorientador: Enrique Prieto Rios. 2021, 252 f.
- CANTÚ RIVERA, Humberto. Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: The Early Stages. *UNSW Law Journal*, v. 44, n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2017/44.html>. Acesso em: 27 set. 2022.
- CANTÚ, Humberto Rivera. *Derechos humanos y Empresas: reflexiones desde América Latina*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017.
- CARVAJAL, Laura María. *Extractivismo en la América Latina: impacto en la vida de las mujeres y propuestas de defensa del territorio*. Bogotá, Colombia: FAU – Fondo Accion Urgente, 2016.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Panorama crítico da Lei de Improbidade Administrativa, com as alterações da Lei 14.230/2021. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, v. 6, n. 20, p. 97-141, 2022.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Programas de integridade anticorrupção como fator de dosimetria na improbidade administrativa investigação dos ilícitos de das da improbidade que devem receber tratamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. (org.). *Compliance no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2020. v. 1
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Guiding Principles on Business and Human Rights: implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, 2010.
- RUGGIE, John Gerard; SHERMAN, John F. The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: a Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale. *The European Journal of International Law*, v. 28, n. 3, 2017.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento: Administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINELLI, Gustavo; BERTHOLDI, Juliana. Além do combate à corrupção: a insuficiência dos programas de integridade voltados à governança corporativa. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 417-418. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FRENTE À TESE 1.199 DO STF: UMA FRUSTAÇÃO À ESPERANÇA

JULIANA LEVANDOSKI RICHIA

Resumo

O presente resumo tem por escopo demonstrar, ainda que brevemente, os resultados obtidos da análise das consequências da Tese nº 1.199 do Supremo Tribunal Federal (STF) no tocante ao novo regime prescricional da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), estabelecido na redação dada pela Lei nº 14.230/2021. Utilizou-se como metodologia o método dedutivo e dialético, sendo utilizada a pesquisa bibliográfica, através do emprego de literatura doutrinária e atualizada acerca do tema. A questão que se pretendeu responder consiste em verificar se a prescrição intercorrente garantida pela Lei nº 14.230/2021 aplica-se retroativamente às ações de improbidade administrativa já em trâmite. Para tanto, a pesquisa foi elaborada em duas partes de desenvolvimento. Na primeira parte, foi analisada qual a natureza jurídica do regime de responsabilização por ato de improbidade administrativa. Nesse ponto, foi verificada a existência de um microsistema da defesa da moralidade, de aspecto sancionatório, pautado pelos mesmos princípios constitucionais. Através da presente pesquisa, foi possível constatar que a Lei de Improbidade Administrativa trata de sanções que integram direito administrativo sancionador e, por consequência, impõe um conjunto de direitos ao acusado, dentre eles a retroatividade da Lei mais benéfica. Em um segundo momento, a pesquisa se dedicou a entender as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento, em regime de repercussão geral, do Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, em 18 de agosto de 2022. Na oportunidade foi estabelecida na Tese nº 4 do Tema 1.199, definindo que os marcos temporais do novo regime prescricional são aplicados a partir da publicação da Lei nº 14.230/2021. Como resultado, foi possível verificar que, não obstante a previsão do legislador infraconstitucional, a Suprema Corte brasileira desconsiderou a garantia constitucional do acusado de retroatividade da lei mais benéfica. A partir da presente pesquisa foi possível constatar que a majoritária parte da doutrina e jurisprudência

entende o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, disposto no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal, alcança as leis do Direito Administrativo Sancionador, ao qual a Improbidade Administrativa faz parte, devendo o conceito de “lei penal” ser interpretado como um princípio jurídico geral aplicável a toda manifestação do *jus puniendi*. Cabe ainda destacar que a presente pesquisa não teve intenção de esgotar a questão, nem poderia, uma vez que ainda depende da publicação do acórdão do julgamento em questão.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Prescrição intercorrente. Direito Administrativo Sancionador. Lei nº 14.230/2021. Tema Lei nº 1.199/STF.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 843989/PR. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 18 de agosto de 2022. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 19 de agosto de 2022.

FERRAZ, Luciano. *Reforma da Lei de Improbidade e novatio legis in mellius implicita*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/interesse-publico-reforma-lei-improbidade-novatio-legis-in-mellius-implicita?imprimir=1>.

FREITAS, Juarez. Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 204, p. 65-84, abr./jun. 1996.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araujo; FAVRETO, Rogério. *O Direito Intertemporal e a nova Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-18/opinioao-direito-intertemporal-lei-improbidade#_edn8.

LOUREIRO, Valtair Lemos. *O diálogo das fontes como método integrativo do microsistema processual civil coletivo de tutela do patrimônio público*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=45ea3375b621c477>. Acesso em: 23 mar. 2020.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa) e as ações distribuídas pela lei anterior (Lei nº 8.429/92) e demais normas de Direito Administrativo Sancionador. p. 17. Disponível em: shorturl.at/bqF36.

MEDINA, José Miguel Garcia. A nova Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada retroativamente? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/processo-lei-improbidade-aplicada-retroativamente?imprimir=1>.

MENEGAT, Fernando. A retroatividade das normas de improbidade mais benéficas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-29/menegat-retroatividade-normas-improbidade-beneficas>.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RICHA, Juliana Levandoski. A prescrição intercorrente na nova lei de improbidade administrativa frente à Tese 1.199 do STF: uma frustração à esperança. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 419-420. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

OS EXCESSOS DE *ACCOUNTABILITY* DO SETOR PÚBLICO E O COMPROMETIMENTO À PERFORMANCE DO GESTOR: DESAFIOS À CONSTRUÇÃO DO CONTROLE RESPONSIVO

ÉRIKA CAPELLA FERNANDES

Resumo

O presente trabalho se propõe a analisar o processo de *accountability* do setor público. Há muitos estudos sobre os déficits de *accountability* no Brasil, de modo que este trabalho pretende focar outra perspectiva ainda incipiente de estudos: os riscos do excesso de *accountability* – ou seja, quando, ultrapassado um ponto ótimo, começa a trazer prejuízos. Assim, o foco especial consiste em analisar situações de excessos de mecanismos de *accountability* que impactam negativamente na performance dos agentes públicos. Assim como os déficits de *accountability*, seus excessos são igualmente indesejáveis, pois podem minar a eficiência, a produtividade e a qualidade dos serviços prestados, desencorajar a inovação e impactar negativamente na implementação de políticas públicas, refletindo nos cidadãos destinatários dessas políticas. O objetivo do trabalho consiste em analisar esta tensão latente entre *accountability* e performance, bem como investigar possíveis ferramentas do direito público brasileiro aptas a propiciar um modelo de controle que não seja excessivo ou disfuncional e que se comporte de maneira responsiva. Para realizar tal pesquisa, optou-se pelo método hipotético-dedutivo e pela revisão da literatura nacional e estrangeira. Os resultados e conclusões parciais do trabalho apontam para a possibilidade de construir sistemas de *accountability* que sejam capacitados a detectar e punir abusos, mas ao mesmo tempo permitam que a Administração possa atuar de maneira eficiente. O alcance de um controle de natureza responsiva depende da adoção de medidas de distintas ordens, tais como: foco no controle preventivo; fortalecimento do caráter educativo e pedagógico do controle; melhoria de articulação e coordenação das várias instâncias controladoras; proporcionalidade na responsabilização do agente público; deferência às escolhas interpretativas do gestor; estímulo à inovação; valorização da boa performance por meio de incentivos positivos

para os gestores, com vistas a encorajar comportamentos desejáveis; construção de ferramentas aptas a controlar o controlador. Embora não seja possível estabelecer, em abstrato, um modelo perfeito e ideal de controle, ou uma quantidade ideal de *accountability* no setor público, busca-se com este trabalho provocar a reflexão e abrir espaço para o desenvolvimento de novas práticas em matéria de controle, que possam impactar positivamente na Administração Pública.

Palavras-chave: *Accountability*. Administração Pública. Controle da Administração. Direito administrativo do medo. Controle responsivo.

Referências

- BEHN, Roberto. *Rethinking Democratic Accountability*. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2001.
- BOVENS, Mark; GOODIN, Robert; SCHILLEMANS, Thomas. *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; HART, Paul. Does Public Accountability Work? An Assessment Tool. *Public Administration*, v. 86, issue 1, 4 March 2008. p. 225-242.
- CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, v. 24, n. 2, p. 30-50, 1990.
- MAINWARING, Scott; CHRISTOPHER, Welna. *Democratic Accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003.
- MANSBRIDGE, Jane. *Against Accountability*. EUI Max Weber Lecture. October 25. Florence: European University Institute, 2010. p. 2. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/15164>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998.
- PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, nov./dez. 2009.
- ROCK, Ellen. *Measuring Accountability in Public Governance Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, A.; DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. (Eds.). *The self-restraining state. Power and accountability in new democracies*. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERNANDES, Érika Capella. Os excessos de *accountability* do setor público e o comprometimento à performance do gestor: desafios à construção do controle responsivo. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 421-422. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

CAMPANHA: “MAIS ADMINISTRATIVO, MAIS RESOLUTIVO”

KÉZIA SAYONARA FRANCO RODRIGUES MEDEIROS

Resumo

Não obstante as constantes transformações estruturais pelas quais vem passando o Direito Administrativo brasileiro, persistem emblemáticos vícios no modo de proceder da Administração Pública, consubstanciados no notável descomprometimento com o seu ofício e no hábito de remetê-lo, irrefletidamente, ao Poder Judiciário. Não raras vezes, com um viés imediatista, os órgãos da administração pública deixam de empreender esforços e de aplicar meios necessários ao alcance de resultados ou da efetividade destes e já os projetam no Poder Judiciário, de tal modo, os processos e procedimentos administrativos são relegados à condição de apreciação preliminar da judicialização, negando-se assim o importante ofício inerente à administração pública. Assim, se propõe a campanha “Mais Administrativo, mais resolutivo”, cujo interesse direto consiste na valorização e no estímulo desse plexo de atividades, impulsionando-se a redução e/ou extinção da “cultura” do “é só administrativo”, bem como, visa à conscientização do relevantíssimo ofício conferido a cada órgão, entidade, setor e agente incumbidos do serviço público no âmbito administrativo, conseqüentemente, reduzindo-se o desenvolvimento de um ofício incompleto, omissos e/ou descomprometidos, de maneira geral, com os ditames normativos e as políticas públicas aplicáveis. Esse intento antecede a ideia de autocomposição de conflitos, de redução de litigiosidade, ou de incentivo a uma cultura de pacificação, mas busca a operacionalização – do início ao fim – das atribuições inerentes a cada órgão da administração pública. A pesquisa se embasará nas construções jurisprudenciais, decorrentes das intervenções do Poder Judiciário na atividade administrativa e observará as razões pelas quais: omissão no poder regulamentar, negatória de “jurisdição” nas questões afetas à prescrição e falhas elementares no exercício do poder de polícia, por exemplo, são submetidas ao Judiciário com frequência, quando se resolveriam no âmbito administrativo. A campanha vislumbra ir além do que se chamou popularmente de “desburocratização”, e se encaminha para a oferta da boa e devida administração.

Palavras-chave: Plena jurisdição administrativista. Comprometimento e deveres institucionais. Situação antecedente a eventuais litígios. Combate à minimização da atuação administrativa. Não judicialização. Efetividade.

Referências

- CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Trad. Luís Ortega. Madrid: INAP, 1994.
- FILHO, Marçal Justen. Direito Administrativo do Espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- FREITAS, Juarez. *Direito administrativo e inteligência artificial*. Interesse Público. Belo Horizonte, v. 21, n. 114, mar./abr. 2019.
- MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais*/ 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MODESTO, PAULO. *Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise>
- NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia* (p. 21). Edição do Kindle.
- SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64303>. Acesso em: 22 set. 2022.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MEDEIROS, Kézia Sayonara Franco Rodrigues. Campanha: “Mais administrativo, mais resolutivo”. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 423-424. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NA VISÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS

RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE
RAYANA LINS ALVES

Resumo

O presente trabalho pretende fazer uma breve análise acerca da forma como os órgãos de controle externo, pertencentes ao sistema de tribunais de contas, vêm lidando com a mutação pela qual tem passado o princípio da legalidade administrativa no Brasil e a ascensão de seu significado como juridicidade. Para isso, verificou-se o conceito do princípio da legalidade conforme o Direito Administrativo Clássico, no qual é voltado para garantir a supremacia do interesse público através da limitação da atuação do administrador que depende de autorização legal para o seu exercício, bem como as fases da evolução do princípio em estudo com a legalidade estrita, a legitimidade e a juridicidade. Em seguida, foram analisadas decisões proferidas por alguns tribunais de contas, que romperam com a visão clássica de legalidade administrativa como forma de se buscar uma Administração Pública mais eficiente e econômica. Com tal estudo, tem-se como enfoque demonstrar que os tribunais de contas, em que pese ainda terem apego ao Direito Administrativo Clássico, vêm cada vez mais se utilizando de princípios jurídicos para solucionar problemas que viriam a ser criados pela aplicação cega do princípio da legalidade. Logo, serão demonstrados e analisados casos concretos em que o princípio da legalidade administrativa veio a se chocar com outros princípios constitucionais e quais as soluções encontradas pelas cortes de contas, a partir de uma perspectiva que levou em consideração o pragmatismo jurídico, muitas vezes dentro da ideia de juridicidade contra *legem*. Neste trabalho, a partir do método dedutivo de abordagem, utilizou-se a pesquisa doutrinária relativa aos conceitos do princípio da legalidade estrita e da juridicidade que permitam compreender a sua evolução na gestão do Poder Público, como também julgados dos tribunais de contas para delimitar o papel do controle externo na aplicação da juridicidade administrativa. Encontrou-se como resultado que, em determinados julgamentos de cortes de contas, ocorreu a prevalência

da juridicidade sob a legalidade estrita na atuação do controle externo. Nesses casos, apesar de se transgredir norma legal, houve o cumprimento de norma constitucional pelo Poder Público, sendo este o critério considerado nos julgados estudados. Desse modo, conclui-se que os Tribunais de Contas do Brasil, mesmo que de modo restrito, aplicam o princípio da juridicidade administrativa em casos concretos, em que a observância de normas previstas na Constituição da República é mais vantajosa à Administração Pública, à luz da eficiência, efetividade, eficácia e economicidade, do que a execução de ditames previstos em leis.

Palavras-chave: Evolução. Princípio da legalidade administrativa. Juridicidade. Constituição da República. Tribunais de Contas.

Referências

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- GARZ, Bruno Grillo; WATZL, Pedro Passo; PEREIRA, Victor de Almeida Bonifácio. A consagração do princípio da juridicidade em tempos de pandemia. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Ano 06, ed. 07, v. 07, p. 105-114, jul. 2021.
- JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.
- RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 123, p. 615-654, 2021.
- SCAPIN, Romano. Do Princípio da Legalidade ao da Juridicidade Administrativa: a apreciação de constitucionalidade pela administração pública. *Revista da Escola Superior de Direito Municipal*. v. 5, n. 9, p. 79-103, 2019.
- SILVA, Henrique Dias da. Do Princípio da Legalidade ao Princípio da Juridicidade. *Jurismat: revista jurídica*. n. 6, p. 169-186, 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CAVALCANTE, Rodrigo Siqueira; ALVES, Rayana Lins. A evolução do princípio da legalidade administrativa na visão dos tribunais de contas brasileiros. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 425-426. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

A UTILIZAÇÃO DO ARTIGO 22 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB COMO MECANISMO DE CONTROLE JUDICIAL EM AÇÕES QUE VISEM À APLICAÇÃO DE SANÇÕES A SERVIDORES PÚBLICOS

CLARICE LOPES GUIMARÃES DE ARAUJO

Resumo

A presente pesquisa busca analisar a utilização do artigo 22 da LINDB em decisões judiciais, como forma de controle à aplicação exagerada de sanções a servidores públicos que são processados, muitas vezes, sem que haja a análise do contexto fático em que as condutas tidas como reprováveis ocorreram. Busca-se, com a presente pesquisa, demonstrar através de casos concretos e análise de julgados que os Tribunais já estão adotando o art. 22 da LINDB para afastar algumas imputações de condutas supostamente irregulares, mas que, se analisado o contexto fático e dificuldades reais enfrentadas pelo gestor no momento da ação investigada, deixam de ser consideradas condutas ilícitas. Assim, discute-se a temática sob o enfoque da importância da utilização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, notadamente o artigo 22, para a contenção de decisões judiciais e administrativas que aplicam penalidades baseando-se em enunciados normativos de forma indiferente a fatos e condições relevantes. O procedimento metodológico do presente trabalho é o dogmático instrumental e baseou-se em pesquisa bibliográfica através de artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas e normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como análise de jurisprudência. Conclui-se, de maneira preliminar após o início das pesquisas, que a correta aplicação do art. 22 da LINDB em decisões judiciais promove uma interpretação e aplicação da norma cabível ao caso concreto de maneira mais realista e contextualizada, evitando-se a aplicação de sanções para o gestor público sem que se leve em consideração as reais dificuldades enfrentadas por ele. Ainda, observou-se que os “obstáculos e dificuldades” enfrentados pelo gestor, bem como as “circunstâncias práticas” podem ser de ordem fática (por exemplo: temporal, orçamentária, etc.), ou de ordem jurídica (casos de

dificuldade de interpretação da legislação para entender o que ela determina, veda ou possibilita, ou mesmo casos em que não há qualquer acesso a essas legislações), devendo essas questões serem levadas em consideração pelos órgãos de controle nas ações que objetivam aplicação de sanção. Por fim, conclui-se que a norma inserida no artigo 22 da LINDB não afasta a possibilidade do controle e anulação de atos administrativos efetivamente dolosos e contrários ao ordenamento jurídico, devendo ser considerada um avanço para um controle judicial mais realista e sensível às questões de cada caso concreto.

Palavras-chave: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Decisão judicial. Controle. Sanções. Servidor público.

Referências

APLICAÇÃO dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Relatorio-LINDB-pelo-TCU.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2022.

JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Edição especial – Direito Público na LINDB, p. 63-92, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 209-249, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. *Conjur*, 25 jul. 2018, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opinio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua Renovação. In: *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*: anotada: Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Rafael Hamze Issa e Rafael Wallbach Schwind (coord.). São Paulo: Quartier Latin, vol. 1, ISBN 85-7674-982-3, p. 33-39, 2019.

TJPR – 5ª C.Cível – 0015329-02.2021.8.16.0000 – Teixeira Soares – Rel.: DESEMBARGADOR LEONEL CUNHA – J. 17.08.2021

TJPR – 5ª C.Cível – 0006338-95.2017.8.16.0026 – Campo Largo – Rel.: DESEMBARGADOR LEONEL CUNHA – J. 14.06.2021

TJPR – 5ª C.Cível – 0002163-97.2021.8.16.0000 – Teixeira Soares – Rel.: DESEMBARGADOR LEONEL CUNHA – J. 27.04.2021

TJPR – 5ª C.Cível – 0004058- 45.2012.8.16.0021 – Cascavel – Rel.: Desembargador Carlos Mansur Arida – J. 23.04.2019

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAUJO, Clarice Lopes Guimarães de. A utilização do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB como mecanismo de controle judicial em ações que visem à aplicação de sanções a servidores públicos. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 427-428. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA LEI DE MOBILIDADE URBANA

EROS FREDERICO DA SILVA
LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

Resumo

Reequilíbrio econômico-financeiro é o direito adquirido daquele que contrata com a Administração Pública de garantir a igualdade entre as obrigações assumidas e a compensação econômica correspondente, sendo previsto nas Leis nºs 8.666/1993, 8.987/1995 e 12.587/2017. Prática estabelecida nos procedimentos administrativos, a pandemia causada pela disseminação do Sars-Cov-2 trouxe consequências nos setores regulados de mobilidade urbana no Brasil, e seus efeitos têm ambientado discussões entre os atores interessados. Nesse contexto, a pesquisa tem por objetivo específico analisar os efeitos da pandemia nos contratos de concessão de transporte público urbano, e como objetivo geral, o papel da Lei de Mobilidade nos casos de reequilíbrio, destacando os posicionamentos de acadêmicos, profissionais, órgãos e entes, com foco nas características pertinentes ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. O problema é verificar quais os instrumentos a serem utilizados na concessão para o reequilíbrio desses contratos específicos, visto que, o aumento tarifário não seria economicamente viável. Para o desenvolvimento do estudo utilizou-se da pesquisa bibliográfica, na abordagem dedutiva. A partir das análises, cumpre-se mencionar que devido à paralisação de diversos setores em virtude da pandemia, reduziu-se, em média, entre 2020 e 2021, 50% a utilização de transporte público coletivo no Brasil. Nesse cenário, existem variáveis importantes que precisam ser levadas em consideração nos apontamentos das solicitações de reequilíbrio, que vão desde a análise real do contexto econômico-financeiro interno da empresa a riscos pré-reconhecidos pela atividade. Observa-se que efetuada a análise preliminar, há quatro instrumentos legais mais utilizados para o reequilíbrio contratual: i. reajuste tarifário; ii. indenização; iii. ampliação

de prazos e flexibilização de metas, iv. subsídios. Desses instrumentos, a indenização e o subsídio se apresentaram como alternativas para o déficit tarifário e para garantir a tarifa de remuneração, em conformidade com a Lei nº 12.587/2012, apresentando-se como instrumentos adequados ao contexto de imprevisibilidade da covid-19, vez que se trata de medidas temporárias aplicadas até a regularização das obrigações ou pela realização de aditivo definitivo nos novos valores ou adoção permanente do subsídio. Nota-se relevante o papel dos órgãos de controle na fiscalização desses contratos e dos dados econômico-financeiros, de modo que não se vislumbre danos ao erário por utilização de reequilíbrio em contexto irregular, mesmo em tempos de crise e desafios globais. Por fim, as constatações desse estudo buscam colaborar com as discussões e estratégias normativas utilizadas para o equilíbrio contratual da concessão de transporte coletivo, dado sua importância na continuidade dos serviços de transporte público.

Palavras-chave: Transporte público coletivo. Contratos. Reequilíbrio econômico-financeiro. Lei de Mobilidade Urbana. Concessão de transporte coletivo.

Referências

CANTO, M. D.; GUZELA, R. P. Prorrogações em contratos de concessão. In: MOREIRA; E. B. (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

DANTAS, B. Em webinar, participantes discutem como enfrentar crise provocada pela pandemia no setor de transportes, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/em-webinar-participantes-discutem-como-enfrentar-crise-provocada-pela-pandemia-no-setor-de-transportes.htm>. Acesso em: 20 ago. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Forense, 2022.

DIAS, Roberto Moraes. *O tempo de decisão dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão: como mitigar o risco de omissão administrativa*. 2022. Tese de Doutorado.

GONÇALVES, Rodrigo Carvalho; BANDEIRA, Marcos Lima. Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19. *Revista da CGU*, v. 12, n. 22, p. 289-301, 2020.

LIMA, Gregório Costa Luz de Souza; CARVALHO, Gabriel Stumpf Duarte de; FIGUEIREDO, Miguel Zobarán. A incompletude dos contratos de ônibus nos tempos da covid-19. *Revista de Administração Pública*, v. 54, p. 994-1009, 2020.

NOBREGA, M. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ZABAN, Breno; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre; CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Novo modelo de contrato de mobilidade urbana: como gerar receita, aumentar uso e reduzir custos de transporte público urbano*. 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Eros Frederico da; CARVALHO, Luciani Coimbra de. O reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de transporte público coletivo durante a pandemia de covid-19: uma análise sob a ótica da lei de mobilidade urbana. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 429-430. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

PLANEJAMENTO E INOVAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: UM DIAGNÓSTICO SOBRE O POTENCIAL DE CONTRIBUIÇÃO DO *BUILDING INFORMATION MODELING (BIM)* PARA O CONTROLE DA GESTÃO PÚBLICA DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

YASMIN CASTRO

Resumo

O aparelhamento ainda em curso das estruturas de uma Administração Pública gerencial acarreta uma demanda crescente por monitoramento e controle da ação pública. A experiência das instâncias controladoras solidificou a premissa de que um dos caminhos indispensáveis para o aumento da eficiência da gestão pública e da qualidade de seu controle perpassa, necessariamente, pelo dever de planejar. A leitura do art. 174 da Constituição da República Federativa do Brasil, que apesar de sua posição topográfica extrapola o âmbito da atividade financeira do Estado, acende a discussão sobre o dever de planejar enquanto instituto jurídico que impõe ao gestor uma gama de deveres tal como o de assegurar a transparência das razões que justificam e motivam ações públicas adotadas na implementação de determinadas Políticas. Tendo em vista que grande parcela da ponta de execução de políticas públicas das mais variadas matérias requer contratações públicas para execução de obras e serviços de engenharia, a utilização do setor de infraestrutura como laboratório de estudo e ambiente de investimento em inovações possui um grande potencial de repercutir positivamente no planejamento, monitoramento e controle da gestão pública como um todo. Nos últimos anos a comunidade jurídica se deparou com inovações legislativas na seara de planejamento e controle tanto em matéria de políticas públicas (como as EC nº 108 e 109/2020), como de licitações (Lei nº 14.133/2021). No entanto, as discussões sobre o grau de relevância atribuído ao planejamento na área de contratações públicas pela Nova Lei de Licitações e sua consequente relação em matéria de infraestrutura com a adoção do *Building Information Modeling (BIM)*, trazido em seu art. 19, §3º, parecem ainda tímidas

na comunidade jurídica. É assim que a experiência da implementação de uma Política Pública de Inovação disruptiva no âmbito da Secretaria de Infraestrutura do Estado do Rio de Janeiro, ao revolucionar de maneira multidisciplinar o sistema de gestão de projetos de infraestrutura, vem revelando achados de grande calibre sobre os potenciais que o BIM possui para além do campo da arquitetura e engenharia, especialmente no que tange ao combate de irregularidades nos procedimentos de contratação e execução de obras públicas. A atividade preliminar à implementação do BIM, notadamente o redesenho do gerenciamento de demandas de engenharia no âmbito da SEINFRA/RJ, já se revelou, de plano, um produto de grande valia para o controle social das ações da pasta.

Palavras-chave: Planejamento. *Building Information Modeling* (BIM). Licitações. Controle. Gestão Pública.

Referências

- BARCELOS, Ana Paula de. Políticas Públicas e o dever de Monitoramento: “Levando os Direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 08, n. 02, 2018, p. 252-266.
- CASTRO, Li Chong Lee Bacelar de. *Aplicação do Building Information Modeling (Bim) em Projetos de Infraestrutura nas Fases Pre-Completion e/ou Post-Completion*. Repositório ENAP. Brasília, 2019.
- MIRANDA, Gabriel Gomes. *A utilização do BIM para o combate às irregularidades em obras públicas*. Repositório Institucional da UFMG. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte, 2019.
- MIRANDA, Antonio Carlos de Oliveira. Potencial uso do BIM na fiscalização de obras públicas. *Revista do TCU*, n. 133, 2015, p. 23-31.
- PINTO, Élica Graziane. Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento. In: SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; STRADIOTTO, Julia. *Processo BIM em projetos de licitações de obras públicas em obras do CRAS-SC*. Monografia pós-graduação em Engenharia Civil. Rio Grande do Sul, 2018.
- VELOSO, Juliano. *O Instituto Jurídico do Planejamento no Direito Administrativo Constitucional brasileiro: uma proposta de efetivação de direitos Fundamentais*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte, 2013.
- WILLEMANN, Marianna Montebello. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil. Rio de Janeiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 263, p. 221-250, maio/ago. 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASTRO, Yasmin. Planejamento e inovação na Nova Lei de Licitações: um diagnóstico sobre o potencial de contribuição do *Building Information Modeling* (BIM) para o controle da gestão pública de projetos de infraestrutura no Estado do Rio de Janeiro. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 431-432. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

A IMPLEMENTAÇÃO DO PLANEJAMENTO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

MARIANE YURI SHIOHARA LÜBKE

Resumo

A Lei nº 14.133/2021 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos – elencou o planejamento como princípio licitatório, dele decorrendo deveres para a Administração Pública, tais como a necessidade de elaboração do plano de contratações anual (art. 12, VII), a observância do planejamento na fase preparatória do processo licitatório (art. 18), bem como o dever de o Portal Nacional de Contratações Públicas oferecer a funcionalidade de sistema de planejamento e gerenciamento de contratações (art. 174, §3º, III). Referida lei parte do pressuposto de que o planejamento das contratações públicas deve estar alinhado ao planejamento estratégico da Administração Pública e guardar compatibilidade com as leis orçamentárias (art. 12, VII). A implementação dessa gama de instrumentos que, na sua somatória, confere executoriedade ao planejamento licitatório depende da presença de elementos de gestão pública, tais como uma estrutura administrativa adequada (recursos financeiros, humanos e materiais), e procedimentos bem estabelecidos que visem racionalizar a ação administrativa na realização das contratações públicas. O trabalho objetiva traçar as etapas para que o planejamento das contratações públicas transcorra de maneira processual e sistemática e possa, ao final, servir ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Ao analisar as legislações pertinentes à matéria, aliada à avaliação empírica de elementos necessários a conferir suporte a uma estrutura administrativa que esteja apta a proceduralizar a licitação, elenca-se, como conclusão, cinco etapas fundamentais: 1) identificar o planejamento estratégico da Administração Pública; 2) desenhar uma estrutura de planejamento das contratações públicas compatível com as dimensões da Administração Pública contratante; 3) construir o plano de contratações anual; 4) conferir ênfase à fase preparatória da licitação; e 5) promover o monitoramento e avaliação do planejamento realizado. Nesses termos, o planejamento licitatório não se encerra na elaboração do plano de contratações anual, mas necessariamente se completa pela mensuração dos

resultados alcançados, bem como pela ponderação/avaliação de eventuais alterações que se mostrarem necessárias em caso de não atingimento dos objetivos previstos.

Palavras-chave: Contratações públicas. Fase preparatória. Plano de contratações anual. Gestão pública. Planejamento estratégico. Leis orçamentárias.

Referências

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. Direito Econômico Do Planejamento. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, [S.l.], n. 18, p. 79-164, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/822/767>. Acesso em: 29 set. 2022.

AMATO, Pedro Muñoz. *Planejamento*. Fundação Getúlio Vargas, 1955.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MATUS, Carlos. O plano como aposta. In: GIACOMINI, James; PAGNUSSAT, José Luiz. *Planejamento e orçamento governamental*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova Lei de Licitações e Contratos*. Comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

TONI, Jackson de. *Reflexões sobre o planejamento estratégico no setor público*. Brasília: Enap, 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LÜBKE, Mariane Yuri Shiohara. A implementação do planejamento nas contratações públicas. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 433-434. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS CONTRA DISCRIMINAÇÕES E DESIGUALDADES: A PROMESSA SE CUMPRE?

MARIA CRISTINA CRUZ LIMA

Resumo

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) reestruturou o modelo de licitações e contratos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. O novo diploma normativo foi editado com o escopo de suprir determinadas defasagens, especialmente da Lei nº 8.666/1993, cujos entraves burocráticos impediam a modernização no regime de contratações públicas. A nova lei teve também o condão de fortalecer enfrentamento de ações contra violência de gênero, ao estabelecer em seu artigo 25, §9º, inciso I, a possibilidade da exigência de percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto contratado ser constituído por mulheres vítimas de violência doméstica. A iniciativa se apresenta em diálogo com as políticas públicas e alicerces principiológicos constitucionais, uma vez que o artigo 7º, inciso XX, da Constituição Federal sustenta a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, bem como a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006, em seu artigo 3º, §1º), que assegura às mulheres condições para exercício efetivo de direitos, entre os quais à segurança, à dignidade e ao trabalho. Como objetivo geral, pretende-se investigar a aplicabilidade material do artigo 25, §9º, inciso I, uma vez que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) tem como um de seus fundamentos, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, além de conferir tratamento diferenciado aos dados pessoais sensíveis. Ou seja, pretende-se analisar como se daria essa condição de mão de obra para a execução do objeto contratado, verificando a compatibilidade da necessidade de publicização dos atos públicos (decorrente do princípio da publicidade) à privacidade da vítima de violência doméstica. A hipótese a ser trabalhada é a possibilidade de a Casa da Mulher Brasileira manter um cadastro anonimizado, para que os licitantes possam contratar mulheres que tenham sofrido violência doméstica. No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método hipotético dedutivo. Espera-se concluir com este trabalho se existe a possibilidade de operacionalização de um banco

de dados, utilizando a Casa da Mulher Brasileira como auxiliadora para o acesso ou a manutenção ou a reinserção ao mercado de trabalho de mulheres que tenham sido violentadas, de forma anonimizada, que assegure a privacidade da vítima.

Palavras-chave: Nova Lei de Licitações. Administração Pública. Políticas públicas. Mulheres. Proteção de dados. Violência doméstica.

Referências

- BITENCOURT, C. M., & RECK, J. R. (2021). Políticas públicas de Governo e de Estado: uma distinção pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 12(3), 631-667.
- BRASIL. *Lei nº 14.133/2021*. Artigo 25, §9º: "O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por: I – mulheres vítimas de violência doméstica".
- BUCCL, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BITENCOURT, Caroline Müller (coord.). *Direito administrativo, políticas públicas e Estado sustentável*. Curitiba: Íthala, 2021.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Athas, 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMA, Maria Cristina Cruz. Nova lei de licitações e contratos contra discriminações e desigualdades: a promessa se cumpre?. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 435-436. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

REGULAÇÃO DO USO COMERCIAL DE *DRONES* NO ESPAÇO AÉREO URBANO PARA TRANSPORTE DE OBJETOS NAS *SMART CITIES*

JOÃO MIGUEL FRANÇA CORCOVADO

Resumo

Nos últimos anos, o surgimento de novas tecnologias ampliou as oportunidades do emprego de *drones* em diferentes áreas no meio civil. O objetivo desta pesquisa é verificar os desafios e implicações jurídicas para tornar possível o uso dessas aeronaves como alternativa modal de transporte de objetos em espaços urbanos, inserindo a Internet das Coisas (IoT) em cidades cada vez mais propensas a se tornarem cidades inteligentes (*smart cities*). Parte-se da hipótese de que a progressiva automação de setores inteiros da economia, característica das tecnologias ligadas à IoT, pode ser impulsionada pelo emprego dessas aeronaves no meio civil, como no transporte de cargas e objetos. Tomou-se como base a agenda regulatória ligada à tecnologia da informação que o Brasil se insere, em especial o Plano de Internet das Coisas de 2016, e a iniciativa de estudo sobre a indústria de *drones*, gerenciada pela secretaria de Gestão do Ministério da Economia e pelo Ministério das Relações Exteriores. Foi levantado o conjunto das normas nacionais dos órgãos de controle que possuem a competência para a sua regulação, quais sejam, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e o Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), além das normas internacionais vigentes, por meio da metodologia do Direito Comparado. Também se realizou o estudo das tecnologias embarcadas nessas aeronaves, e o levantamento da doutrina existente, sob a moldura analítico-crítica. Observou-se, assim, que o fenômeno de inovação provocado pela IoT nos centros urbanos repercute no ordenamento jurídico uma lacuna na regulamentação específica desta atividade econômica. Com efeito, conclui-se que as particularidades para a sua inserção nos meios urbanos permitem inferir que a sua regulação configura um subsistema dentro da aviação civil, o que implica maior autonomia e responsiva adaptação na produção normativa correspondente às necessidades desse nicho de mercado.

Palavras-chave: Regulação. Drones. *Internet of things*. Cidades inteligentes. Logística urbana.

Referências

- ANAC. Requisitos Gerais para Aeronaves não Tripuladas de Uso Civil RBAC-E nº 94. *Agência Nacional de Aviação Civil*. RBAC-E nº 94/2017. Rio de Janeiro, 2017.
- ANAC. *Resolução nº 419, de 2 de maio de 2017*. Requisitos Gerais para Aeronaves Não Tripuladas de Uso Civil, maio 2017.
- BRASIL. Comando da Aeronáutica. Departamento de Controle do Espaço Aéreo. Sistemas de Aeronaves Remotamente Pilotadas e o Acesso ao Espaço Aéreo Brasileiro. ICA 100-40. Rio de Janeiro, 2015.
- EASA (União Europeia). *Vertiports: prototype technical specifications for the design of vfr vertiports for operation with manned vtol-capable aircraft certified in the enhanced category (pts-vpt-dsn)*. Colônia: Easa, 2022. 179 p.
- MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. 192 p.
- MATSCHULAT, Jan Philip. *Proposta de um modelo heurístico para o problema de distribuição de cargas fracionadas com o auxílio de drones*. 2016. 65 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Engenharia de Transportes e Logística) – Universidade Federal de Santa Catarina, Joinville.
- NORONHA, Welber Silveira. *Direito e regulação de Drones no Brasil*. 2016. 63 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.
- PECHARROMÁN, José María Peral; VEIGA, Ricardo. *Estudo sobre a indústria brasileira e europeia de veículos aéreos não tripulados*. Brasília: Diálogos Setoriais União Europeia Brasil, 2016. 92 p.
- SANTOS, Matheus Oliveira. Veículos aéreos não tripulados e sua inserção em espaço aéreo não segregado. *Vértiges*, Campos dos Goytacazes/RJ, ano 2016, v. 18, ed. 3, p. 173-188, 16 fev. 2016.
- VILELA, Lilian de Oliveira et al. Transporte Urbano de Cargas: reflexões à luz da geografia dos transportes. *Observatorium: Revista Eletrônica de Geografia*, Uberlândia, v. 5, n. 14, p. 103-120, out. 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CORCOVADO, João Miguel França. Regulação do uso comercial de *drones* no espaço aéreo urbano para transporte de objetos nas *smart cities*. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 437-438. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A EDUCAÇÃO DO FUTURO NO BRASIL

MELISSA TRENTO

Resumo

O artigo objetiva relacionar os elementos teóricos da ciência econômica ao Direito para explicitar a conexão com a aplicação da inteligência artificial nos serviços de educação no Brasil, demonstrando seus possíveis reflexos no desenvolvimento nacional. A importância da pesquisa corresponde aos notáveis avanços tecnológicos em velocidade exponencial, à indissociabilidade da tecnologia à sociedade contemporânea e aos impactos sistêmicos que ela provoca. A partir das premissas da Análise Econômica do Direito, do direito à educação em sua maior amplitude, do direito ao desenvolvimento e à atualidade, pretende-se auxiliar na construção de uma pauta de investigação sobre os aspectos e efeitos que a inteligência artificial produz no processo pedagógico individualizado. O texto adota uma metodologia dedutivo-descritiva, orientada pelas seguintes questões: como a Análise Econômica do Direito (AED) pode nortear a aplicação da Inteligência Artificial (IA) nas escolas brasileiras para a concretização do direito à educação efetivo, personalizado e promissor? Os investimentos em educação possuem reflexos econômicos, em especial no desenvolvimento do país? Consigna que a implementação da tecnologia é um imperativo decorrente dos princípios da eficiência e da atualidade, ambos corolários do objetivo fundamental da República do desenvolvimento nacional. Conclui considerando que os ganhos com a incorporação da inteligência artificial nas escolas são de extrema relevância, destacando o favorecimento das capacidades intelectuais e cognitivas individuais e o desenvolvimento macroeconômico do Brasil.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Políticas públicas. Educação. Inteligência artificial. Desenvolvimento.

Referências

BECKER, Gary. *The economic approach to human behavior*. Chicago: Chicago University Press, 1990 (1976).

CABRAL, Rodrigo Maciel; DOTTA, Alexandre Godoy. Mínimo existencial na hermenêutica da jurisprudência brasileira referente às políticas públicas relativas ao direito à educação. *RECHTD – Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito*, v. 10, n. 2, p. 138-149, mai./ago. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2018.102.05>. Acesso em: 15 jun. 2022.

CASSI, Guilherme; GONÇALVES, Oksandro. Introdução à análise econômica do direito. *Revista de Direito Empresarial – RDEMP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 1, jan./abr. 2018.

CASTANHA, Daniel. Direito fundamental à educação no Brasil e o acesso gratuito à educação básica obrigatória incluindo o ensino médio: a consagração da igualdade de posições à luz do desenvolvimento. In: SANTANO, Ana Claudia; GABARDO, Emerson; NAGARATHNA, Annappa. (org.). *Direitos fundamentais, tecnologia e educação*. 1. ed. Curitiba: Íthala, 2019. p. 29-50.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GICO JR, Ivo Teixeira. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito*. *EALR*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010.

GOMES, Filipe Lôbo. Da conformação da maximização do bem-estar ao direito fundamental ao desenvolvimento econômico. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). *Direito Administrativo Transformador*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 248-251.

MOTTA, Fabrício; BUISSA, Leonardo; BARBOSA, Maísa. O financiamento da educação no Brasil como instrumento de aprofundamento da desigualdade social. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 18, n. 73, p. 97-114, jul./set. 2018.

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

REIS, Camille Lima; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. O fomento às novas tecnologias na Administração Pública como direito ao desenvolvimento. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 11-28, set./dez. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TRENTO, Melissa. Análise econômica do direito e a inteligência artificial: uma nova perspectiva para a educação do futuro no Brasil. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 439-440. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DO FEDERALISMO COOPERATIVO BRASILEIRO

ANDRÉ AFONSO TAVARES

Resumo

A presente pesquisa busca analisar os desafios do processo de avaliação de políticas públicas no âmbito do federalismo cooperativo brasileiro. Para tanto, o problema de pesquisa foi delimitado da seguinte forma: quais os obstáculos à avaliação de políticas públicas a partir do modelo de federalismo cooperativo brasileiro? O objetivo geral foi analisar, a partir do federalismo cooperativo brasileiro, os principais obstáculos à avaliação das políticas públicas descentralizadas para, uma vez mapeado os desafios, avançar no âmbito de uma melhor articulação entre os entes para futuras avaliações de políticas públicas. O método utilizado foi o dedutivo e como procedimento se utilizou a revisão bibliográfica e análise de documentação indireta. O trabalho se dividiu em dois grandes blocos. No primeiro, analisa-se o modelo de federalismo cooperativo à luz da Constituição brasileira de 1988, em especial, a repartição de competências federativas nas matérias que foram articuladas políticas públicas a partir de um agir cooperativo dos entes governamentais. Já no segundo, pretende-se estudar o processo de avaliação de políticas públicas, com análise de seus elementos, tipologias e critérios, para então verificar as dificuldades à avaliação de políticas públicas a partir da consideração das complexidades inerentes ao federalismo cooperativo brasileiro. Como conclusão principal demonstrou-se a necessidade de adoção de critérios à avaliação de políticas que considerem a divisão de responsabilidades no planejamento e na implementação, além das capacidades diferenciadas de financiamento dos entes públicos quando das competências federativas cooperativas.

Palavras-chave: Avaliação de políticas Públicas. Federalismo cooperativo. Repartição de competências.

Referências

ARRETCHE, Marta. Demos-constraining or demos-enabling federalism? Policial Institutions and Policy Change in Brazil. *Journal of Politics in Latin America*, 5, 2, 133-150. 2013.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas*. Curitiba: Íthala, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. *Relatório Técnico ref. ao processo n. 025.153/2015-1*. Equipe técnica do TCU. Auditoria de fiscalização de orientação centralizada para avaliar, sob aspectos operacionais, ações governamentais relacionadas à educação infantil (meta 1 do Plano Nacional de Educação). 30 nov. 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2291919%22>. Acesso em: 18 jun. 2022.

COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. *Avaliação de projetos sociais*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

DRAIBE, Sônia Miriam. Avaliação de implementação: esboço de uma metodologia de trabalho em políticas públicas. In: BARREIRA, Maria Cecília Roxo Nobre; CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.) *Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais*. São Paulo: IEE/PUC-SP, 2001.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Traduzido por Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2005.

SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e políticas públicas*. Brasília: Enap, 2018.

TORRES, João Camilo de Oliveira. *A formação do federalismo no Brasil*. Brasília, Câmara dos Deputados, 2017.

VAZQUEZ, Daniel; GOMES, Sandra. As relações verticais na federação: explorando o problema da descentralização e da autonomia. In: ARRETCHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TAVARES, André Afonso. Avaliação de políticas públicas no contexto do federalismo cooperativo brasileiro. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 441-442. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

O INTERESSE PÚBLICO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELAS EMPRESAS ESTATAIS – UM ESTUDO DE CASO DA CEF

SÍLVIO TADEU DE CAMPOS

Resumo

O avanço da tecnologia nas relações humanas tem impactado, inclusive, a forma com que a Administração Pública interage com seus administrados, seja por seus órgãos da Administração Direta, seja pelas empresas estatais. Nessas relações, há a necessária observância ao interesse público pelos agentes que integram o Poder Público, nos termos das legislações aplicáveis a cada ente, como as empresas estatais do Governo Federal, cuja legislação se concentra na Lei Federal nº 13.303, a Lei das Estatais. Ocorre que, além da questão da conformidade regulatória no combate à corrupção nesses órgãos, o interesse público também deve ser priorizado no tratamento de dados pessoais dos administrados e servidores por esses órgãos. Conforme se verá, entretanto, a lei aplicável a esse tratamento, a Lei Geral de Proteção de Dados, de 2018, não leva em consideração a execução de políticas públicas na separação feita pela Lei das Estatais entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista. A LGPD dá especial atenção, a seu turno, à atuação dessas empresas sob seu viés econômico, quer estejam atuando em regime de concorrência ou executando políticas públicas. O presente trabalho discutirá, assim, o conceito de interesse público previsto na Lei das Estatais, em conjunto com o conceito de interesse público a ser garantido por esses entes trazido na LGPD, nos termos do artigo 24 da LGPD. Analisar-se-á, também, a dificuldade a ser enfrentada pela Alta Administração da Caixa Econômica Federal na aplicação da LGPD conforme o interesse público previsto na Lei das Estatais. Ademais, o artigo se valerá de recentes trabalhos de pesquisadores da área que já tenham abordado tal divergência nas legislações e analisará a garantia do interesse público no tratamento dos dados pessoais e no atendimento às políticas públicas pela CEF, chegando-se à conclusão de que, para a definição de interesse público no tratamento de dados pessoais, será necessária uma análise sobre as atividades desempenhadas pela empresa para a definição do interesse público envolvido em cada caso.

Palavras-chave: Interesse público. Proteção de dados pessoais. Estatais. *Compliance* digital. Políticas públicas.

Referências

BASSO, Bruno Bartelle. Direito à privacidade e o tratamento de dados pessoais pelo poder público: o interesse público como elemento dialógico da relação. *In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). LGPD e Administração pública: uma análise ampla dos impactos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CAMPOS, Sílvio Tadeu de; RODRIGUES, Cristina Barbosa. Compliance Digital na Administração Pública: um estudo sobre a proteção de dados na cidade de Canoas/RS. *In: CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; DOTTA, Alexandre Godoy (org.). Direito Administrativo do pós-crise: caderno dos resumos de comunicados científicos do XXXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.* Curitiba: GRD, 2020.

CAMPOS, Sílvio Tadeu de. Compliance digital na Administração Pública: a conformidade no tratamento de dados pessoais em contratações públicas de serviços de tecnologia nos órgãos públicos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 234, p. 81-103, jun. 2021.

ISSA, Rafael. As empresas estatais e a implementação da governança na proteção de dados pessoais. *In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). LGPD e Administração pública: uma análise ampla dos impactos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia Diom; GONÇALVES, Gabriel Vinicius Carmona; ALMEIDA, Luiz Eduardo de. *Governança e compliance nas estatais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. *Administração pública: capítulo VII da Constituição Federal de 1988.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SARIAN, Cláudio; CAVALCANTE, Rafael; COELHO, Sylvio. *Empresas estatais.* Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHIER, Adriana; FARIA, Solange. Novo regime jurídico das empresas estatais exploradoras de serviços públicos: a difícil harmonia entre interesse público e interesses privados e a necessária proteção aos direitos fundamentais. *In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.) Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CAMPOS, Sílvio Tadeu de. O interesse público no tratamento de dados pessoais pelas empresas estatais: um estudo de caso da CEF. *In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, EMERSON (coord.). Novas leis: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 443-444. ISBN 978-85-450-5518-581-2.

UMA ANÁLISE ACERCA DOS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

WILLIAM MAGALHÃES LESSA

Resumo

O estudo busca enfrentar a seguinte pergunta: o que muda no ordenamento com o ingresso do inciso LXXIX no art. 5º da Constituição Federal após a Emenda Constitucional nº 115/2022? A metodologia proposta será qualitativa e aplicada, tendo por procedimento a pesquisa analítico-descritivo da literatura de referência, bem como de dados empíricos levantados perante entidades públicas e privadas. Portanto, a técnica proposta é a pesquisa bibliográfica e documental. Inicialmente, deve-se observar que a constitucionalização, por si só, não implica efetiva tutela de um direito. Chile, Argentina e Uruguai também optaram pela inclusão desse direito em suas constituições, porém suas legislações infraconstitucionais muito antecederam à brasileira. No País, a EC nº 115/2022 não apenas alterou o rol do art. 5º, mas também incluiu a proteção de dados pessoais especificamente dentre as competências legislativas da União (art. 21, CF/1988). Alguns dos efeitos que se pode estimar dessas modificações podem ser assim sintetizados: a) eficácia plena e imediata, vertical e horizontal, entre particulares e principalmente em face da Administração Pública; b) adoção dos métodos de hermenêutica constitucional para interpretá-la e efetivá-la, passando à jurisdição direta do Supremo Tribunal Federal; c) ingresso em um sistema de garantias que pode levar a colisões e sopesamentos com outros direitos fundamentais (a transparência pública sendo uma antinomia aparente frequentemente referida na literatura), bem como servindo de objeto às ações objetivas típicas do controle concentrado de constitucionalidade; d) diante do art. 60, §4º, CF/1988, a proteção de dados pessoais se torna uma cláusula pétrea, inadmitindo-se retrocessos; e) inclusão como política pública prioritária e sujeita a parâmetros de realização clássicos do Direito Constitucional, a exemplo do mínimo existencial e da reserva do possível. Diversos outros questionamentos permanecem em aberto: como a efetivação de uma política pública de proteção de dados pessoais pode (des)estimular não apenas a inovação tecnológica, mas principalmente o acesso à tecnologia no país, diante das profundas

disparidades socioeconômicas nacionais? Como a Administração Pública se adaptará? Como o Judiciário, em especial a jurisdição constitucional, aplicará as normas acerca de privacidade e proteção de dados pessoais diante da disparidade de poder entre controladores, operadores de dados de um lado e titulares de dados pessoais de outro?

Dessa maneira, a pesquisa não pretende esgotar, mas contribuir para o debate desses pontos, considerando-os de especial importância para a consolidação de uma efetiva tutela da proteção de dados pessoais no país.

Palavras-chave: Privacidade. Proteção de dados pessoais. EC nº 115/2022. Constitucionalização. Direitos fundamentais.

Referências

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. Cibersegurança: riscos, avanços e o caminho a seguir na América Latina e no Caribe. *Relatório de Cibersegurança*. 2020. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Reporte-Ciberseguridad-2020-riesgos-avances-y-el-camino-a-seguir-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2022.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI). *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC Domicílios 2020: edição COVID-19: metodologia adaptada* [livro eletrônico] 1. ed. – São Paulo: 2021. Disponível em: <https://cetic.br/pt/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-domicilios-brasileiros-tic-domicilios-2020/>. Acesso em: 12 jun. 2022.

DATA PROTECTION LAW OF THE WORLD. Legislação. Disponível em: <https://www.dlapiperdataprotection.com/index.html>. Acesso em: 12 jun. 2022.

DONEDA, Danilo César Maganhoto. da *privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. In: *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução Danilo Doneda e Lucial Cabral Doneada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Senado. *Proposta de Emenda à Constituição 17/2019*. Autoria: Sen. Eduardo Gomes (MDB/TO). Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC ADI nº 0090566-08.2020.1.00.0000 DF – DISTRITO FEDERAL. Rel. Min. Rosa Weber. Publicação em 28/04/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1384/2022. Processo TC 039.606/2020-1. Rel. Min. Augusto Nardes. Sumário: Auditoria. Diagnóstico do grau de implementação da lei geral de proteção de dados na administração pública federal. 382 organizações avaliadas. Nove dimensões: preparação, contexto organizacional, liderança, capacitação, conformidade do tratamento, direitos do titular, compartilhamento de dados pessoais, violação de dados pessoais e medidas de proteção. Maior parte das organizações em estágio inicial. Estrutura da autoridade nacional de proteção de dados. Recomendações. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/B4/25/78/27/D9C818102DFE0FF7F18818A8/038.172-2019-4-AN%20-%20auditoria_Lei%20Geral%20de%20Protecao%20de%20Dados.pdf. Acesso em: 02 jul. 2022.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LESSA, William Magalhães. Uma análise acerca dos efeitos da constitucionalização da proteção de dados pessoais no Brasil. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 445-446. ISBN 978-65-5518-581-2.

PARTE IV

PROGRAMAÇÃO DO XXXVI CONGRESSO
BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

XXXVI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Data: 26 a 28/10 (quarta a sexta-feira)

Primeiro dia | 26/10 (quarta-feira)

9h

Solenidade de abertura

Professor homenageado: Marcio Cammarosano (SP)

Das 9h30 às 11h00

SALA 1 – Reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos

Ariane Sherman Moraes Vieira (MG) | Presidente

Mirela Ziliotto (PR)

Tatiana Camarão (MG)

Daiesse Jaala Bomfim (SP)

SALA 2 – Análise de impacto regulatório: entre o Direito e a Economia

Thanderson Sousa (MA) | Presidente

Alexandre Santos de Aragão (RJ)

Júlio César Esteves (MG)

Flávio Cabral (MS)

Das 11h00 às 12h30

SALA 1 – A nova matriz dos contratos administrativos

Bruna Borghetti (SP) | Presidente

Joel Niebuhr (SC)

Carlos Ari Sundfeld (SP)

Marçal Justen Filho (DF)

SALA 2 – A Lei da Liberdade Econômica: legitimidade e desafios

Mariana de Siqueira (RN) | Presidente

Sérgio Ferraz (RJ)

Marcelo Harger (SC)

Janriê Rodrigues Reck (RS)

Das 12h30 às 14h00 – Intervalo para almoço

14h00

SALA 1 – Ativos urbanos: as concessões são um caminho para preservá-los?

Robertônio Santos Pessoa (PI) | Presidente

Augusto Dal Pozzo (SP)

Emerson Moura (RJ)

Regina Ferrari (PR)

SALA 2 – Participação popular em licitações e contratações públicas

Ana Cláudia Finger (PR) | Presidente

Sergio de Andréa Ferreira (RJ)

Edilson Pereira Nobre Júnior (PE)

Christianne Stroppa (SP)

Das 15h30 às 16h00 – Intervalo coffee break

16h00

SALA 1 – Assessoria jurídica e controle interno na nova Lei de Licitações e Contratos

João Paulo Lacerda (MS) | Presidente

Fabrizio Motta (GO)

Edgar Guimarães (PR)

Paulo Motta (PR)

SALA 2 – Lei da Associação Civil de Municípios: o que muda?

Aline Sueli de Salles Santos (TO) | Presidente

Jader Guimarães (ES)

Renata Fabris (RO)

Mariana Mencio (SP)

18h00

SALA 1 – Sessão on-line de Comunicados Científicos

Bernardo Tinoco (MG)

Bruno Belém (GO)

Celso Torres (CE)

Clayton Santos do Couto (PR)

Cynthia Juruena (PR)

SALA 2 – Sessão on-line de Comunicados Científicos

Eduardo Tesseroli (PR)

Elisa Faria (MG)

Felipe Braga Albuquerque (CE)

Felipe Gussoli (PR)

Helter Dias (CE)

Segundo dia | 27/10 (quinta-feira)

Das 9h00 às 10h30

SALA 1 – Alterações na Lei de Improbidade Administrativa: o fim do combate à corrupção ou a correção de excessos?

Fernanda Fritoli (SP) | Presidente**José Roberto Pimenta (SP)****Maria Sylvia Zanella Di Pietro (SP)****Valmir Pontes Filho (CE)**

SALA 2 – LGPD na Administração Pública: implantando um modelo eficiente

Alexandra Berto (AL) | Presidente**Luiz Alberto Blanchet (PR)****Vanice Lírio do Valle (RJ)****José Sérgio da Silva Cristóvam (SC)**

Das 10h30 às 11h00 – Intervalo coffee break

Das 11h00 às 12h30

SALA 1 – Tecnologias disruptivas e o Direito Administrativo: o que há de realmente novo?

Fábio Sousa Santos (RO) | Presidente**Juarez Freitas (RS)****Carolina Zancaner (SP)****Irene Nohara (SP)**

SALA 2 – Retroatividade e irretroatividade das novas regras na Lei de Improbidade Administrativa

Juscimar Pinto Ribeiro (GO) | Presidente**Clovis Beznos (SP)****Rodrigo Valgas dos Santos (SC)****Rogério Gesta Leal (RS)**

Das 12h30 às 14h00 – Intervalo para almoço

14h – Eleição Nova Diretoria IBDA

Das 14h00 às 15h30

SALA 1 – Controle judicial do Direito disciplinar do servidor público

Bruno Barbirato (AM) | Presidente**Daniel Wunder Hachem (PR)****Raquel Urbano de Carvalho (MG)****Flávio Unes (DF)**

SALA 2 – A regulação privada e o Direito Administrativo

Cibele Fernandes Dias (PR) | Presidente**Eurico Bitencourt (MG)****Marcia Carla Pereira Ribeiro (PR)****Dinorá A. Musetti Grotti (SP)**

Das 15h30 às 16h00 – Intervalo coffee break

Das 16h00 às 17h30

SALA 1 – Anteprojeto de atualização da Lei nº 9.784/1999: o que se anuncia?

Maurício Zockun (SP) | Presidente

Vivian Lima López Valle (PR)

Paulo Modesto (BA)

Romeu Felipe Bacellar Filho (PR)

SALA 2 – Financiamento nas concessões: subvenção, créditos públicos, precatórios e o setor privado

Luciano Reis (PR) | Presidente

Jacintho A. Câmara (SP)

Virgínia Mesquita (SP)

Daniel Ferreira (PR)

18h00

SALA 1 – Sessão on-line de Comunicados Científicos

Isabelly Cysne (CE)

Joana Paula Batista (SP)

Luzardo Faria (PR)

Mariana Avelar (MG)

Mateus Camilo da Silveira (SP)

SALA 2 – Sessão on-line de Comunicados Científicos

Murilo Melo Vale (MG)

Pedro Azevedo (MG)

Rafael Vieira (CE)

Renata Carvalho Kobus (PR)

Rodrigo Santos Neves (ES)

Terceiro Dia | 28/10 (sexta-feira)

Das 9h00 às 10h30

SALA 1 – Futuro das concessões em um cenário de crise: encampação, caducidade, renovação antecipada, transferência

Luciana Raso (MG) | Presidente

Maria Fernanda Pires (MG)

Inês Coimbra (SP)

Florivaldo Dutra de Araújo (MG)

SALA 2 – Limites do controle dos Tribunais de Contas nas concessões

Fábio Lins de Lessa Carvalho (AL) | Presidente

Benjamin Zymler (DF)

Heloisa Helena Monteiro (GO)

Élida Graziane Pinto (SP)

Das 10h30 às 11h00 – Intervalo coffee break

Das 11h00 às 12h30

SALA 1 – Não deu certo! As relições e seus desafios

Tháís Marçal (RJ) | Presidente

André Saddy (RJ)

André Freire (SP)

Flávia Tâmega (SP)

SALA 2 – Serviço público de saneamento: o esperado e o concretizável

Manoel Messias Peixinho (RJ) | Presidente

Adriana Schier (PR)

Thiago Marrara (SP)

Lígia Melo de Casimiro (CE)

Das 12h30 às 14h00 – Intervalo para almoço

Das 14h00 às 15h30

SALA 1 – Fomento na prestação dos serviços públicos de qualidade

José Osório do Nascimento Neto (PR) | Presidente

Fábio Santana (SP)

Fernando Borges Mânica (PR)

José dos Santos Carvalho Filho (RJ)

SALA 2 – Os problemas e as possibilidades da privatização de empresas estatais

Cynara Monteiro Mariano (CE) | Presidente

Marcos Perez (SP)

Juliano Heinen (RS)

Fernanda Marinela (AL)

Das 15h30 às 16h00 – Intervalo coffee break

Das 16h00 às 17h30

SALA 1 – Repartição de riscos nas concessões

Raquel Ramos Machado (CE) | Presidente

Isadora Cohen (SP)

Cristiana Fortini (MG)

Luciano Ferraz (MG)

SALA 2 – Judiciário ativo regulador: qual a saída?

Caroline Müller Bitencourt (RS) | Presidente

Weida Zancaner (SP)

Silvio Luis Ferreira da Rocha (SP)

João Batista Gomes Moreira (DF)

17h30

Solenidade de encerramento

Entrega do prêmio Professora Raquel Dias da Silveira Motta
Entrega das Menções Honrosas para os melhores comunicados científicos

Comissão de Avaliação de Artigos Jurídicos

Antônio Rodrigo Machado (DF)
Daniel Castanha de Freitas (PR)
João Pedro Accioly (RJ)
Maria Alessandra Brasileiro de Oliveira (CE)
Odilon dos Santos Silva (BA)
Ronaldo José Andrade (SP)
Theresa Nóbrega (PE)

Diretoria do IBDA

Presidente: Maurício Zockun (SP)
Primeira Vice-Presidente: Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (MG)
Segundo Vice-Presidente: Rodrigo Valgas dos Santos (SC)
Diretor Executivo: Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (PR)
Diretora Adjunta: Lígia Melo de Casimiro (CE)
Secretário da Presidência: Lucas Bossoni Saikali (PR)

Comissão de Organização dos Trabalhos Científicos

Emerson Gabardo (PR)
Giulia de Rossi Andrade (PR)
Juliana Horn Machado Philippi (PR)

Local de realização

AASP – Unidade Centro
Rua Álvares Penteado, 151 – Centro São Paulo – SP

Alexandre Santos de Aragão

Professor Titular de Direito Administrativo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

André Afonso Tavares

Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogado.

André Saddy

Pós-Doutorado pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Doutor Europeu pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid. Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal Fluminense. Professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Diretor de Normatização do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro.

Benjamin Zymler

Ministro no Tribunal de Contas da União desde 2001. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília e em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia.

Carlos Ari Sunfeld

Professor Titular da FGV Direito SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

Carolline Leal Ribas

Pós-Doutorado em Direitos Sociais e Humanos pelo Instituto Universitário Rio de Janeiro e Universidade de Salamanca. Professora de graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá. Assessora Jurídica no Governo de Minas Gerais.

Clarice Lopes Guimarães de Araujo

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil. Advogada no escritório Bacellar e Andrade Advogados Associados.

Daniel Ferreira

Professor do Corpo Docente Permanente e Coordenador do PPGD da UNINTER. Pós-Doutorado em Direito pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – FDUC/UC. Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Edilson Pereira Nobre Júnior

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife e da Universidade Federal de Pernambuco. Mestre e Doutor em Direito Público. Pós-Doutoramento pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Érika Capella Fernandes

Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Procuradora do Município de Sorocaba e Professora da Universidade de Sorocaba (UNISO).

Eros Frederico da Silva

Pós-Graduando em Direito Administrativo. Advogado na Coimbra e Palhano Advogados Associados. Cofundador do Instituto Tekoá.

Fábio Lins de Lessa Carvalho

Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Alagoas. Procurador do Estado de Alagoas. Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA).

Fernando Borges Mânica

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Positivo/PR. Advogado e Procurador do Estado.

Flávio Garcia Cabral

Pós-Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador da Fazenda Nacional.

Florivaldo Dutra de Araújo

Professor de Direito Administrativo na Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

Francisco Sérgio Maia Alves

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Unificado de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba e em Engenharia Civil-Aeronáutica pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica. Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União.

Gustavo Martinelli

Mestre em Direito pela PUCPR. Advogado.

João Batista Gomes Moreira

Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Desembargador Federal do TRF da 1ª Região, atualmente convocado pelo STJ para ocupar vaga aberta com a aposentadoria do Ministro Jorge Mussi (5ª Turma e 3ª Seção).

João Miguel França Corcovado

Técnico em Informática pelo Instituto Federal do Paraná (IFPR). Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisador Bolsista do PIBIC/CNPq.

José dos Santos Carvalho Filho

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado).

José Osório do Nascimento Neto

Professor de Direito Administrativo na Faculdade Estácio em Curitiba e na ESMAFE/PR. Pós-Doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Juliana Bertholdi

Doutoranda e Mestra em Direito pela PUCPR. Professora de Direito Econômico da PUCPR. Advogada.

Juliana Levandoski Richa

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Universidade Positivo. Advogada no escritório Bacellar & Andrade: advogados associados.

Ketlyn Gonçalves Fernandes

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC) vencedora do Prêmio Professora Raquel Dias da Silveira Motta, conferido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

Ketlyn Gonçalves Fernandes

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Kézia Sayonara Franco Rodrigues Medeiros

Advogada atuante em due diligence pré-processual. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e aluna externa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Sócia Efetiva do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA).

Kharen Kelm Herbst

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenadora do Curso de Gestão de Risco, Compliance e Auditoria da Pós-PUCPR Digital.

Licurgo Mourão

Pós-doutorando e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Minas Gerais.

Luciani Coimbra de Carvalho

Doutora em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Sócia na Coimbra e Palhano Advogados Associados.

Luciano Elias Reis

Professor de Direito Administrativo no UNICURITIBA. Doutor em Direito Administrativo pela Universitat Rovira i Virgili. Doutor em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do Instituto Nacional da Contratação Pública.

Manoel Messias Peixinho

Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-doutoramento pela Université de Paris Ouest Nanterre CREDOF. Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ).

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Pós-Doutorado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito de Lisboa e pela Universidade Paris I, Panthéon/Sorbonne. Professora Titular da Universidade Federal do Paraná. Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Maria Cristina Cruz Lima

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UniBrasil. MBA em Gestão Estratégica de Empresas pela FGV, bacharelado em Direito pelo Unibrasil e bacharelado em Ciências Econômicas

pela PUCPR. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas Direito Administrativo, Estado Sustentável e Políticas Públicas (DAESPP). Economista, advogada e assessora jurídica.

Maria Luiza Miranda da Costa

Pós-Graduanda em Direito Público pela Faculdade LEGALE. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Mariana Bueno Resende

Mestra em Direito e Administração Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais. Assessora de Conselheiro no Tribunal de Contas de Minas Gerais.

Mariana Mencio

Doutora em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da Universidade Federal do ABC .

Mariane Yuri Shiohara Lübke

Doutora em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB, seccional Paraná. Advogada e professora.

Matheus Alves Moreira da Silva

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Comissão de Direito Público da 5ª Subseção da OAB/RJ.

Melissa Trento

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Mirela Miró Ziliotto

Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada.

Rafael Alvim Soares

Graduando em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro.

Rayana Lins Alves.

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Assessora do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas. Sócia efetiva do Instituto Alagoano de Direito Administrativo de Alagoas.

Renata Hellwig Ferreira

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Pós-Graduada *lato sensu* em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada Pública Municipal.

Robertônio Santos Pessoa

Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutorando em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Titular do Curso de Direito da Universidade Federal do Piauí.

Rodrigo Siqueira Cavalcante

Pós-graduado *latu sensu* em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas. Sócio-fundador do Instituto Alagoano de Direito Administrativo de Alagoas.

Rogério Gesta Leal

Doutor em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul.

Sergio de Andréa Ferreira

Professor Doutor de Direito Administrativo na Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Desembargador Federal do TRF2 (aposentado). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Sílvio Tadeu de Campos

Pós-graduando em Direito Digital Aplicado e *Compliance* pelo Centro Universitário. UniDomBosco. Especialização em Direito Administrativo pela GV Law. Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Thamara Madeiro Melo

Graduanda na Universidade Federal do Ceará. Membro da Rede Ibero-americana Juvenil de Direito Administrativo.

Thanderson Pereira de Sousa

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor e advogado.

Thiago Marrara

Professor de Direito Administrativo e Urbanístico da USP (FDRP). Advogado. Árbitro e consultor especializado em Direito Administrativo, Regulatório e Infraestruturas.

William Magalhães Lessa

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário Damásio de Jesus. Graduado em Direito (Magna cum Laude) pela Universidade Federal do Ceará.

Yasmin Castro

Mestre pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Consultora em Gestão Pública na PUC-Rio.

Esta obra foi composta em fonte Palatino Linotype, corpo 10
e impressa em papel Offset 75g (miolo) e Supremo 250g (capa)
pela Gráfica Formato.