

**Cristiana Fortini
Ligia Melo de Casimiro
Emerson Gabardo**

Coordenadores

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO MUNDO DIGITAL

**Livro do
XXXVII Congresso Brasileiro
de Direito Administrativo**



FORUM

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
NO MUNDO DIGITAL

LIVRO DO XXXVII CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO ADMINISTRATIVO

CRISTIANA FORTINI
LIGIA MELO DE CASIMIRO
EMERSON GABARDO

Coordenadores

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO MUNDO DIGITAL

LIVRO DO XXXVII CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Belo Horizonte

FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

2024

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 Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem 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
Revisão: Bárbara Ferreira
Capa, projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

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* 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 ISBD

D442 Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo / Cristiana Fortini, Ligia Melo de Casimiro, Emerson Gabardo (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2024.

717 p. 17x24cm
ISBN impresso 978-65-5518-820-2
ISBN digital 978-65-5518-811-0

1. Direito administrativo. 2. Administração Pública. 3. Regulação de novas tecnologias. 4. Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. 5. Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. 6. IBDA. 7. Direito digital. I. Fortini, Cristiana. II. Casimiro, Ligia Melo de. III. Gabardo, Emerson. IV. 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):

FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Ligia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. 717 p. ISBN 978-65-5518-820-2.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DA OBRA	
DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO MUNDO DIGITAL	
EMERSON GABARDO	23

PARTE I TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

OBJETIVOS DA ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ANÁLISE DA POSIÇÃO DO STJ ACERCA DA NOÇÃO DE “DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL”	
ANDRÉ CANELAS ALVES, MARIA TEREZA FONSECA DIAS	27
1 Introdução	27
2 Panorama normativo da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a Administração Pública.....	31
3 Os direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública na literatura especializada.....	34
3.1 A patrimonialidade do direito	34
3.2 A disponibilidade do direito	35
4 A posição do Superior Tribunal de Justiça	38
5 Conclusão	42
Referências	42
ANEXO – QUADRO 1 – JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (30/12/2004 A 01/12/2023)	47
AS CONTROVÉRSIAS INTERPRETATIVAS DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 11 DA LEI Nº 14.230/2021	
GIULIA DE ROSSI ANDRADE, LUCAS BOSSONI SAIKALI	49
1 Introdução	49
2 A retroatividade da Lei nº 14.230/21	50
3 Artigo 11: a superveniente atipicidade de alguns dispositivos e as diferentes interpretações judiciais	54
4 Conclusão	58
Referências	59

CONCURSOS PÚBLICOS: O PROJETO DE LEI NACIONAL E A ALEGADA
COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS

FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO	61
1 Introdução	61
2 Análise da constitucionalidade formal do projeto	62
2.1 Delimitação dos aspectos a analisar	62
2.2 Forma de veiculação	62
2.3 Iniciativa legislativa	62
2.4 Normas gerais.....	63
3 Conclusão	70
Referências	70

O PODER DE SANÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS À LUZ DOS TEMAS 157,
835 E 1287 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PEDRO HENRIQUE MAGALHÃES AZEVEDO	73
1 Introdução	73
2 Competência consultiva e de julgamento dos Tribunais de Contas	74
3 Contas de gestão e contas de governo	75
4 Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	78
4.1 Tema 835 de repercussão geral	78
4.2 Tema 157 de repercussão geral.....	81
4.3 Tema 1287 de repercussão geral.....	83
5 Considerações finais	85
Referências	86

O ERRO GROSSEIRO NA LINDB E SUAS REPERCUSSÕES NAS ESFERAS
ADMINISTRATIVA, CIVIL E POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ANA MARIA BARATA	87
1 Introdução	87
2 O erro grosseiro.....	88
3 Repercussões da responsabilidade administrativa, civil e por improbidade administrativa por erro grosseiro	91
3.1 Erro grosseiro e a responsabilidade administrativa	92
3.2 Erro grosseiro e a responsabilidade civil	95
3.3 Erro grosseiro e a responsabilidade por improbidade administrativa	98
4 Conclusões.....	100
Referências	101

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL: IMPULSIONANDO TRANSPARÊNCIA
E CONTROLE SOCIAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT, JANRIÊ RODRIGUES RECK	103
Introdução	103
1 Administração Pública Digital no Brasil: é possível falar em uma virada de chave da Administração Pública?	104

2	O impacto da Administração Pública Digital nas contratações públicas no Brasil: construindo pontes para ampliação da transparência e o controle social.....	108
	Considerações finais	114
	Referências	114

A UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DO MUNDO DIGITAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISCRICIONARIEDADE

LUIZ ALBERTO BLANCHET		117
1	Considerações preambulares e a importância dos recursos tecnológicos na condução da Administração Pública	117
2	A utilização de recursos do mundo digital em situações para cujo atendimento a atuação da Administração Pública é discricionária	122
3	A probabilidade futura da montagem de resoluções normativas mediante utilização da inteligência artificial.....	125
4	Considerações finais	130
	Referências	130

PROBLEMÁTICAS NA EFETIVAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

FLÁVIO GARCIA CABRAL		131
1	Introdução	131
2	A LGPD no Poder Público.....	132
3	A questão cultural.....	133
4	A questão da governança de dados.....	135
5	A questão de pessoal	137
6	A questão da organização administrativa	138
7	As questões interpretativas	138
8	A questão da estrutura inicial da ANP	139
	Conclusões.....	140
	Referências	141

INOVAÇÕES NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ALGUNS DESTAQUES DA MAIOR RELEVÂNCIA

MÁRCIO CAMMAROSANO		143
1	Introdução	143
2	Direito, norma jurídica e princípios aplicáveis ao sistema de responsabilização por improbidade.....	144
3	O elemento subjetivo	148
4	Dos tipos ensejadores de condenações pela prática de atos de improbidade, previstos na Lei nº 8.429/1992	149
	Conclusão	150
	Referências	151

DO MÉRITO À DIVERSIDADE: UMA NOVA ERA NO PROVIMENTO DOS CARGOS PÚBLICOS NO BRASIL

FÁBIO LINS DE LESSA CARVALHO	153
1 Notas introdutórias: a evolução dos critérios de provimento dos cargos públicos no Brasil	153
2 A era da espoliação no Brasil colonial	154
3 A era dos cavalheiros no Brasil Império.....	156
4 A era do mérito com a burocratização da Administração Pública brasileira no século XX	158
5 A era da diversidade e suas exigências no século XXI.....	163
6 Algumas conclusões	169
Referências	170

DESAFIOS DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

CIBELE FERNANDES DIAS	173
1 Introdução	173
2 A repartição constitucional e legal de competências ambientais	173
2.1 A competência suplementar para a normatização do licenciamento ambiental	176
2.2 A competência comum para a realização do licenciamento ambiental	179
3 Conclusão	181
Referências	181

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES AO LONGO DOS 25 ANOS DA CF/88

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA	183
1 Um pouco de História	183
2 A <i>omissão</i> como elemento da cadeia <i>causal</i> do dano responsabilizante do Estado	185
3 A jurisprudência superior.....	189
3.1 Omissão: responsabilidade por culpa subjetiva, por falta do serviço ou por causalidade?	189
3.2 <i>Omissão</i> no atendimento de direitos humanos e sociais	190
3.3 Crimes cometidos por detentos	191
3.4 Tratamento dispensado aos presos	192
3.5 Segurança em hospital público	192
3.6 Proteção de imóvel particular	194
3.7 Segurança em via pública.....	194
3.8 Segurança em escolas públicas	195
Referências	196

O IMPACTO DAS TECNOLOGIAS EMERGENTES NA CONFIGURAÇÃO URBANA E O PAPEL DO DIREITO ADMINISTRATIVO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

JANAINA HELENA DE FREITAS	197
Introdução	197
1 As cidades e as novas tecnologias	198
2 O papel do Direito Administrativo nas políticas públicas	201
Considerações finais	203
Referências	204

SUSTENTABILIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: MODELAGEM, ALINHAMENTO E INCENTIVOS EM UM CENÁRIO DE SUSTENTABILIDADE

FILIPE LOBO GOMES	207
1 Da licitação como forma de intervenção indireta	207
2 Da análise econômica e dos influxos nos contratos administrativos – algo racionalmente esperável, mas de alongada inclusão.....	209
3 Propostas de revisão institucional das licitações.....	212
4 Da conclusão comentada – a internalização da sustentabilidade	215
Referências	222

E-NOTARIADO: INOVAÇÃO NAS ATIVIDADES NOTARIAIS

JULIANA HORN MACHADO	225
Introdução	225
Breves linhas sobre os notários e a atividade notarial	226
E-Notariado e a seus impactos nas atividades notariais	230
Considerações finais	233
Referências	233

REGULAMENTAÇÃO DE ACORDOS FIRMADOS NO ÂMBITO DO MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO

THAÍS MARÇAL, CAIO MACÊDO	237
I Introdução	237
II Regulamentação dos acordos de não persecução civil (art. 17-B da LIA).....	239
III Exemplos de regulamentação pelo Ministério Público.....	240
IV Instrução Normativa nº 94, de 21 de fevereiro de 2024	241
V Reflexões sobre a regulamentação dos acordos de não persecução civil	244
VI Conclusões.....	246
Referências	247

A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS DE COTAS PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CYNARA MONTEIRO MARIANO	249
1 Introdução	249
2 Políticas públicas de ingresso e contratação de pessoal na Administração Pública federal: progresso ainda insuficiente.....	252
3 Conclusões.....	257
Referências	258

CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS E IMPLICATURAS COMUNICACIONAIS

RICARDO MARCONDES MARTINS	261
1 Introdução	261
2 Direito e situação comunicativa.....	261
3 Teoria do legislador racional	263
4 Teoria das implicaturas comunicacionais	265
5 Implicaturas comunicacionais e contrafações administrativas.....	266
Referências	269

A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NOS PROCESSOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

FABRÍCIO MOTTA, NATHÁLIA SUZANA COSTA SILVA TOZETTO	273
1 Introdução	273
2 A função constitucional da advocacia pública.....	273
3 A atuação da advocacia pública nos processos jurídicos da política pública.....	275
3.1 Processo administrativo	278
3.2 Processo legislativo	279
3.3 Processo judicial	280
3.4 Processo orçamentário	281
4 Conclusão	283
Referências	284

A GESTÃO DE RISCOS COMO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

LICURGO MOURÃO, MARIANA BUENO RESENDE	287
1 Introdução	287
2 O combate à corrupção nas contratações públicas	289
3 Governança e gestão de riscos nas contratações públicas como medidas essenciais à prevenção de irregularidades	294
4 Considerações finais	299
Referências	300

GOVERNANÇA REGULATÓRIA E SUSTENTABILIDADE: DESAFIOS DA INFRAESTRUTURA ENERGÉTICA BRASILEIRA

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO	303
1 Introdução	303
2 Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico – OCDE	303
3 Governança regulatória e sustentabilidade para a política brasileira na OCDE	305
4 Desafios da infraestrutura energética brasileira	308
5 Considerações finais	310
Referências	311

INDISPONIBILIDADE DE BENS E SEU REGIME JURÍDICO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

RODRIGO SANTOS NEVES	315
1 Introdução	315
2 Direito, processo e tempo	315
3 Conceito e natureza jurídica da indisponibilidade	316
4 Limites da indisponibilidade	317
5 Aspectos processuais	319
5.1 Legitimidade ativa	319
5.2 Legitimidade passiva	319
5.3 Competência	319
5.4 Requisitos para a decretação	319
6 Indisponibilidade e litisconsórcio passivo	321
7 Conclusão	323
Referências	324

COMPRAS GOVERNAMENTAIS SUSTENTÁVEIS E A RESERVA DE VAGAS PARA MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

ANASTÁCIA NADIR MELO DE OLIVEIRA, DAIESSE QUÊNIA JAALA SANTOS BOMFIM, VANESSA DE FÁTIMA TERRADE	327
1 Introdução	327
2 Desenvolvimento nacional sustentável e o processo licitatório	328
3 Dimensão social da sustentabilidade e reserva de vagas para mulheres vítimas de violência doméstica	330
4 Considerações finais	334
Referências	335

JUSTA CAUSA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: EXEGESE DO ARTIGO 17, §6º-B, DA LEI Nº 8.429/92 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 14.230/2021

MANOEL PEIXINHO	337
Introdução	337

1	Notas propedêuticas	339
1.1	O sentido de justo(a)	339
1.2	O sentido de causa	341
1.3	O sentido justaposto dos termos justa e causa	341
2	Justa causa na ação de improbidade administrativa	341
3	Requisitos da petição inicial de improbidade administrativa: exegese do artigo 17, §6º, da Lei nº 8.429/92	342
3.1	Justa causa: individualização da conduta e existência de elementos probatórios mínimos	342
3.2	Justa causa e ação dolosa.....	344
3.3	Rejeição da petição inicial da ação de improbidade por ausência dos requisitos previstos no artigo 17, §6º, da LIA	345
4	Conclusão	346
	Referências	348

OS CONTRATOS DA LEI Nº 14.133/2021: UMA ANÁLISE CONSIDERANDO O CONTEXTO DE MUDANÇAS E A NECESSIDADE DE AVANÇOS

GABRIELA PÉRCIO	349	
1	Introdução	349
2	Os novos contornos do contrato administrativo.....	351
2.1	O regime de prerrogativas públicas à luz do novo contexto normativo	351
2.2	O contrato enquanto instrumento eficaz de gestão pública	353
2.3	Os contratos de longo prazo e a problemática dos impactos do tempo na sua execução.....	354
2.4	Os limites às alterações consensuais qualitativas e quantitativas	356
3	Conclusão	357
	Referências	359

FALA.BR: CANAL DE *WHISTLEBLOWING* GERENCIADO PELA CGU

RENATA COSTA RAINHO	361	
1	Introdução	361
2	Fala.br como um sistema de <i>whistleblowing</i>	362
2.1	Conceito de <i>whistleblowing</i>	362
2.2	Apresentação do Fala.br.....	363
2.3	Fundamentos normativos do Fala.br	365
2.4	Detalhamento da plataforma Fala.br.....	366
2.5	Trâmite das manifestações	368
2.6	Respostas às denúncias	370
2.7	Funcionalidades de inteligência artificial	373
2.8	Possíveis aprimoramentos conforme monitoramento da OCDE.....	374
3	Conclusão	374
	Referências	375

A NOVA LINDB E O PROCESSO ADMINISTRATIVO: UM TOQUE DE REALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

RAFAEL RAMOS	377
1 Considerações iniciais	377
2 Breve histórico do anteprojeto e do projeto da Nova LINDB (Lei nº 13.655/18)	377
3 Reflexos da Lei nº 13.655/18 no Decreto-lei nº 4.657/1942 (LINDB)	380
4 Linhas gerais da alteração legislativa	381
5 Um toque de realidade no processo administrativo brasileiro.....	385
Referências	390

A NOVA MARGEM DE PREFERÊNCIA PARA PRODUTOS E SERVIÇOS NACIONAIS PREVISTA NO DECRETO FEDERAL Nº 11.890/2024 E SEUS IMPACTOS SOCIOECONÔMICOS

LUCIANO ELIAS REIS	393
1 Introdução	393
2 O estado da arte da margem de preferência na nova Lei de Licitações	394
3 A regulamentação federal por meio do Decreto nº 11.980/2024	396
4 Análise crítica para a fixação de uma margem de preferência.....	398
5 Margem de preferência é diferente de restrição à empresa estrangeira	400
6 É possível atingir o ponto ótimo das políticas discriminatórias na margem de preferência?	401
7 A teoria da agência nas escolhas administrativas pode ajudar a compreender a margem de preferência?	402
8 A nova teoria do comércio internacional e a economia geográfica como parâmetro para a margem de preferência.....	403
9 Vantagens e desvantagens da proteção do mercado nacional por meio de compras públicas sob o viés econômico	404
10 Ponderações finais: a escolha estatal equilibrada, clara e motivada para legitimar a margem de preferência.....	406
Referências	408

A IMPORTÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA NOS PROCESSOS DE CONTAS NO BRASIL: A NECESSIDADE DO ESTABELECIMENTO DE UMA PADRONIZAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

JUSCIMAR PINTO RIBEIRO	411
1 Introdução	411
2 A garantia constitucional do devido processo legal e da segurança jurídica nos processos administrativos junto aos Tribunais de Contas no Brasil	412
3 A problemática da falta de uniformidade nos procedimentos processuais nos Tribunais de Contas.....	415
4 Apontamentos sobre a necessidade de uniformização dos procedimentos processuais nos Tribunais de Contas.....	416

5	Conclusão	419
	Referências	420

**OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS:
A REPERCUSSÃO DA NOVA SISTEMÁTICA DE INVALIDADES SOBRE O
CONTROLE EXTERNO BRASILEIRO**

	RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES	421
1	Introdução	421
2	A competência para assinar prazo e sustar atos, e a fiscalização de licitações e contratos administrativos	422
3	A nova sistemática de invalidades em licitações e contratos instituída pela Lei nº 14.133/2021 e as necessárias mudanças na forma de atuação das Cortes de Contas	426
3.1	As invalidades no Direito Administrativo positivo: da Lei da Ação Popular à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.....	426
3.2	A sistemática das invalidades no Direito Administrativo e a repercussão da NLLC na atuação dos Tribunais de Contas.....	431
4	Conclusão	434
	Referências	436

**LIMITES DA LIBERDADE DE CONFIGURAÇÃO/CONFORMAÇÃO DO
LEGISLADOR NA RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

	ANDRÉ SADDY, SIDDHARTA LEGALE	439
	Introdução	439
1	Liberdade de configuração/conformação do Legislativo (ou discricionariedade legislativa).....	440
2	Posicionamento jurisprudencial a respeito do controle da liberdade de configuração/conformação (ou discricionariedade) legislativa	443
3	Impossibilidade do Poder Judiciário substituir a decisão do Legislativo.....	450
	Conclusões.....	451
	Referências	451

**A MODELAGEM GERENCIAL DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS
IMPRÓPRIOS – A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO EM DESCOMPASSO COM
UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMPROMETIDA COM OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

	ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER, ESTER EMANUELE LIMA	453
1	Introdução	453
2	A ascensão do gerencialismo na organização administrativa brasileira e a escolha constitucional pelo modelo burocrático	454
3	Os Serviços Sociais Autônomos impróprios, a lógica gerencial e a fuga para o Direito Privado	458
4	Conclusão	465
	Referências	466

REGULAMENTOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS:
IDEIAS CONCRETAS PARA A SUPERAÇÃO DE OPORTUNIDADES PERDIDAS

RAFAEL WALLBACH SCHWIND	469
1 Introdução	469
2 A premissa essencial: necessidade de “desautarquização” das empresas estatais e de desburocratização dos seus procedimentos de contratação	470
2.1 A necessidade de adoção de práticas “naturais” de mercado.....	470
2.2 O desenvolvimento de novas práticas de contratação	471
2.3 O abismo entre as práticas de mercado e a realidade das contratações pelas empresas estatais.....	471
3 Mecanismos de eficiência na fase pré-contratual	473
3.1 Os <i>roadshows</i>	473
3.2 Exigência de programas da integridade pelos potenciais contratados	474
4 Mecanismos de eficiência na fase contratual.....	475
4.1 As contratações compartilhadas.....	475
4.2 A exigência de seguro-garantia com cláusula de retomada (<i>step-in</i>).....	476
4.3 Adoção de métodos eficientes de resolução de conflitos e o caso da adjudicação decisória.....	477
5 Mecanismos de eficiência na governança das empresas estatais	478
5.1 Avaliação de desempenho contratual.....	478
5.2 Regras sobre o gerenciamento de riscos e a elaboração de mapa de riscos.....	479
5.3 Utilização de <i>e-marketplaces</i> para aquisição de certos bens e serviços.....	479
6 Encerramento	480
Referências	480

OS DESAFIOS DOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE NA IMPLEMENTAÇÃO
DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: UM CONFLITO ENTRE A ERA DIGITAL
E CULTURA LOCAL

ODILON DOS SANTOS SILVA	481
1 Introdução	481
2 O impacto advindo das principais alterações da nova Lei de Licitações e a sua aplicabilidade nos municípios de pequeno porte	483
3 A regulamentação e implementação da Lei nº 14.133/21 e as deficiências das pequenas cidades	488
4 Conclusão	491
Referências	492

O CONTROLE NA LEI Nº 14.133/2021 E O MODELO DAS TRÊS LINHAS DE DEFESA
CHRISTIANNE DE CARVALHO STROPPA.....

1 Introdução	493
2 O que é controle.....	495
3 O sistema de controle interno	496
4 O sistema de controle externo.....	497
5 Modelo das linhas de defesa	501

6	Conclusão	504
	Referências	505

BALANÇO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO DAS PARCERIAS ECONÔMICAS

CARLOS ARI SUNDFELD	507	
1	Introdução	507
2	Parcerias Público-Privadas empresariais	507
3	Parcerias Público-Privadas contratuais	509
3.1	Arquitetura legal das parcerias contratuais	510
3.2	Concessões transferidas quando da desestatização de empresas	513
3.3	Alongamentos, prorrogações e transferências de concessões	515
4	Conclusão	517
	Referências	518

PRINCÍPIO DA FACTIBILIDADE E OS DEVERES DE PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E ELETRONIFICAÇÃO NAS LICITAÇÕES

MURILO MELO VALE	525	
1	Introdução	525
2	Enquadramento dos princípios da publicidade, transparência e eletronificação nos fundamentos da licitação	526
2.1	Para o que serve uma licitação? Panorama dos fundamentos e objetivos da licitação	526
2.2	Antecedentes e histórico do princípio da publicidade nas licitações	529
2.3	O duplo aspecto do princípio da publicidade, transparência e eletronificação e o ciclo da retroalimentação na licitação	530
3	Publicidade, eletronificação e o princípio da factibilidade	534
4	Conclusão	537
	Referências	538

GOVERNO DIGITAL: UMA REFORMA ADMINISTRATIVA SILENCIOSA FADADA À FALHA SEQUENCIAL?

VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE	539	
1	Uma Administração Pública necessariamente cambiante	539
2	Barreiras postas a uma Administração Pública Digital: conhecer para superar	541
2.1	Iliteracia digital de gestores e agentes públicos	542
2.2	Potencial inibidor da prevalência de uma visão de controle fiscal	544
3	Falha sequencial no horizonte do governo digital?	547
4	Conclusão	549
	Referências	549

LIMITES DA CONSENSUALIDADE NO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO

ALESSANDRA WEGERMANN	551
1 Introdução	551
2 A origem do negócio jurídico processual.....	551
2.1 A aplicação do negócio jurídico no Direito brasileiro	552
3 A implementação do negócio jurídico no processo administrativo.....	554
4 Consensualidade do negócio jurídico processual na Administração Pública	558
4.1 Limites objetivos e subjetivos.....	559
5 Conclusão	560
Referências	561

A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA NA PROTEÇÃO DA MULHER E A (IM) POSSIBILIDADE DE SUA CONCRETIZAÇÃO

WEIDA ZANCANER	563
1 Introdução	563
2 A formação da sociedade brasileira	564
3 Mudanças normativas	573
4 Conclusões.....	578
Referências	578

A VEDAÇÃO AO CONTROLE ANACRÔNICO E A NECESSÁRIA ANÁLISE DAS DIFICULDADES REAIS DO GESTOR COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DA SENTENÇA EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

JOÃO PEDRO TEIXEIRA TRANSMONTANO, RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO	581
1 As necessárias alterações da lei de improbidade administrativa: respostas à utilização indevida do marco legal	581
2 O primado da realidade na Lei de Improbidade Administrativa: a vedação ao controle anacrônico enquanto elemento essencial da sentença	587
3 Conclusão	592
Referências	593

PARTE II

TEXTOS DOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS

PRIMEIRO LUGAR

REPARANDO ERROS DA PITONISA: A ALTERABILIDADE DA MATRIZ DE RISCOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAIO FELIPE CAMINHA DE ALBUQUERQUE	597
1 Introdução	597
2 Um panorama da formulação da matriz de alocação de riscos.....	598
3 A matriz de riscos e suas possíveis falhas	599

3.1	Vivo sempre no presente: a incompletude da matriz de riscos	600
3.2	O futuro, não o conheço: a falibilidade humana na atividade preditiva	602
3.3	O passado, já não o tenho: a problemática da disponibilidade de dados	604
4	Prováveis consequências de irregularidades na matriz	605
5	A formatação jurídica da alteração da matriz	607
6	Limites à alterabilidade da matriz de alocação de riscos	609
7	Conclusão	610
	Referências	611

SEGUNDO LUGAR

VALUATION NA PRIVATIZAÇÃO DE ESTATAIS: O QUE AS CLÁUSULAS DE PREÇO FIXO, AJUSTE DE PREÇO E EARN-OUT DAS OPERAÇÕES DE M&A TÊM A ENSINAR?

ISADORA FORMENTON VARGAS	613	
1	Introdução	613
2	<i>Valuation</i> nas operações de Mergers & Acquisitions (M&A): o hábitat dos riscos e das incertezas e as cláusulas especiais de preço	615
3	<i>Valuation</i> na privatização de estatais: possibilidade das cláusulas especiais diante dos riscos e incertezas	621
4	Conclusão	628
	Referências	629

TERCEIRO LUGAR

CONCURSO PÚBLICO E O MUNDO DIGITAL: PROPOSTA DE UMA NOVA SISTEMÁTICA NACIONALMENTE INTEGRADA DE RECRUTAMENTO E SELEÇÃO

RAFAEL LUCAS DA SILVA SANTOS	633	
1	Introdução	633
2	Desenvolvimento.....	634
2.1	Aspectos metodológicos.....	634
2.1.1	O contorno procedimental da Revisão Sistemática da Literatura (RSL).....	634
2.1.2	O delineamento da pesquisa empírica	636
2.2	Resultados e discussão.....	636
2.2.1	A construção da problemática a partir das contribuições decorrente da RSL.....	637
2.2.2	A construção de uma possível solução administrativa para o problema delineado.....	643
	Conclusão	650
	Referências	651

PARTE III

COMUNICADOS CIENTÍFICOS APRESENTADOS

**CONTRATOS DE GESTÃO EM SAÚDE E O LIMITE DE DESPESA COM PESSOAL:
UMA ANÁLISE À LUZ DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

RENATA HELLWIG FERREIRA 657
Referências 658

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ENTENDIMENTO SOBRE O CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

MARIANA BUENO RESENDE 659
Referências 660

**A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E SUAS INOVAÇÕES: DIFICULDADES E
DESIGUALDADES A SEREM ENFRENTADAS NO ÂMBITO MUNICIPAL E
POSSIBILIDADES DE INTERPRETAÇÃO**

SÂMELA CRISTINA DE SOUZA 661
Referências 662

**A SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE FOMENTO CULTURAL:
LEI ALDIR BLANC**

THAMARA MADEIRO MELO 663
Referências 664

**DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS: A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO
ADMINISTRATIVO NO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO**

LUCIANA LAURINDO BERGO 665
Referências 666

**A TRANSPARÊNCIA E O DIREITO DE ACESSO NO TRATAMENTO DE DADOS
PESSOAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE INTERSECÇÕES ENTRE A LEI GERAL DE
PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) E A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (LAI)**

RAFAELLA NÁTALY FÁCIO 667
Referências 668

**OS DESAFIOS DOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE ANTE A IMPLANTAÇÃO
DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI Nº 14.133/2021)**

ANDERSON BRUNO DA SILVA OLIVEIRA 669
Referências 670

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E INTERAÇÕES POLÍTICAS: A
NECESSÁRIA RENOVAÇÃO DA DOGMÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

LUZARDO FARIA 671
Referências 672

A VIABILIDADE DA DISPENSA REALIZADA PELO ART. 75, III, DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES NA FORMA ELETRÔNICA	
MARTA THAIS LEITE DOS SANTOS	673
Referências	674
OS NOVOS MODELOS DE SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS (SSAS): A INCIDÊNCIA DA LÓGICA GERENCIAL E A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO	
ESTER EMANUELE LIMA	675
Referências	676
CEGUEIRA DELIBERADA NÃO É DOLO: A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
ANDERSON HENRY KWAN	677
Referências	678
POLÍTICAS PÚBLICAS E GOVERNO DIGITAL. TRANSPARÊNCIA ATIVA COMO FERRAMENTA PARA O CONTROLE SOCIAL	
MARIANE YURI SHIOHARA LÜBKE	679
Referências	680
O CONTROLE ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LONGO PRAZO PELA VIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL: CRITÉRIOS JURÍDICOS E IMPLICAÇÕES PROCEDIMENTAIS, PROCESSUAIS, ECONÔMICAS E FINANCEIRAS DA ADOÇÃO DA CONCEPÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO DINÂMICO	
FRANCISCO BERTINO BEZERRA DE CARVALHO	681
Referências	682
O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA LEITURA A PARTIR DAS AUDITORIAS OPERACIONAIS NOS PROGRAMAS SOCIAIS DE COMBATE À POBREZA NO BRASIL E EM PORTUGAL	
MORGANA BELLAZZI DE OLIVEIRA CARVALHO	683
Referências	684
O PAPEL DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA MUDANÇA DE PARADIGMA DA POLÍTICA PÚBLICA DE ATENDIMENTO AO TRANSTORNO DO ESPECTRO DO AUTISMO – TEA: UMA ANÁLISE DO PLANO INTEGRADO DO ESTADO DE SÃO PAULO – DECRETO Nº 67.634, DE 6 DE ABRIL DE 2023	
ARILSON GARCIA GIL	685
Referências	686

EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA	
FELIPE KLEIN GUSSOLI	687
Referências	688

O PAPEL DA QUALIFICAÇÃO NA REFORMULAÇÃO DE CARREIRAS	
ANA LUIZA GOMES DE ARAUJO, MARIA ISABEL ARAÚJO RODRIGUES	689
Referências	690

NOVAS TECNOLOGIAS NO CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
JUNIELY BATISTA DA SILVA	691
Referências	692

A CARACTERIZAÇÃO DOS ESPORTES ELETRÔNICOS COMO TECNOLOGIA DISRUPTIVA PARA FINS REGULATÓRIOS	
LUCAS MARQUES COUTINHO	693
Referências	694

REPERCUSSÕES DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA LEI DE CONFLITO DE INTERESSES	
FERNANDA MARIA AFONSO CARNEIRO	695
Referências	696

AS IMPLICAÇÕES DO SISTEMA DE <i>VOUCHER</i> NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA	
ARACELLY COSTA AZEVEDO ROLEMBERG	697
Referências	698

PROTEÇÃO ÀS MINORIAS: SISTEMA DE COTAS	
RODRIGO Lychowski	699
Referências	699

PARTE IV

PROGRAMAÇÃO DO XXXVII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

PROGRAMAÇÃO	
XXXVII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO	703
SOBRE OS AUTORES.....	711

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO MUNDO DIGITAL

Este livro é uma produção científica decorrente das atividades acadêmicas do 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 de uma coletânea de textos que os participantes do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo enviaram após convite para o registro por escrito dos assuntos tratados em 2023, na bela cidade de Maceió.

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 estará na sua 38ª edição em 2024. Estamos preparando outro excepcional encontro em João Pessoa, contando novamente com as importantes oficinas temáticas, que foram um sucesso na nossa última edição.

O maior destaque do último Congresso foi a homenagem ao Professor Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho. Trata-se de uma das figuras mais importantes da história do Direito Administrativo brasileiro. Um dos ex-presidente do IBDA mais atuantes, que renovou o instituto com muita energia e entusiasmo em um dos seus momentos mais difíceis. Tenho orgulho de dizer que fui seu orientando e toda a minha trajetória é marcada por esta feliz oportunidade.

Na transição de 2023 para 2024 o mundo passa por um novo período de crise e instabilidade e o Brasil está inserido neste contexto. Por outro lado, denotamos um período de transições e luta pelo futuro. Os administrativistas brasileiros não podem se afastar das problemáticas atuais, que não são restritas à Administração Pública ou à área do Direito. A interdisciplinaridade é fundamental para o entendimento de nossa conjuntura histórica e geográfica.

Particularmente, os desafios do mundo digital exigem novos esforços de estudo, pesquisa e debate. É preciso estarmos atentos não só em relação às inovações que facilitam à vida cotidiana, mas também aos perigos para a atual e futuras gerações. *Fake news*, *deep web*, isolamento social, fundamentalismo religioso, exclusão digital, desigualdade econômica – novos meios de exploração e objetivação dos seres humanos. A automação, as redes sociais e a inteligência artificial devem ser instrumentos para a dignidade e não meios de opressão à igualdade e à liberdade.

Esta obra, coordenada por mim e pelas professoras Cristiana Fortini e Ligia Melo, tem como perspectiva a valorização da erudição, da intelectualidade e da excelência na construção de respostas racionais para os desafios contemporâneos do Direito Público e do seu entorno. Temos que nos afastar dos mitos, das mentiras, das ilusões e dos extremismos; e o IBDA tem sido um local seguro para que trilhemos este caminho rumo a uma melhor realidade para o agora e para o depois.

Curitiba, junho de 2024.

Emerson Gabardo

Ex-vice-presidente do IBDA.
Professor de Direito Administrativo da PUCPR e da UFPR.

PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

OBJETIVOS DA ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ANÁLISE DA POSIÇÃO DO STJ ACERCA DA NOÇÃO DE “DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL”

ANDRÉ CANELAS ALVES

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

1 Introdução

Há tempos tem se desenvolvido na ciência jurídica uma visão ampla do acesso à justiça, que não mais se resume à garantia do direito de petição para acesso ao Poder Judiciário.¹ Nas palavras do professor Humberto Theodoro, “por acesso à Justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico”.²

Com efeito, diante da identificação de uma série de obstáculos de natureza econômica, social e cultural para o acesso ao Poder Judiciário,³ aliada à constatação de que os Tribunais pátrios encontram-se abarrotados com “um número gigantesco de

¹ “Há muito tempo a doutrina defende a ideia de que o acesso à Justiça não deveria se limitar exclusivamente a atuação judicial, mas extrajudicial também. Realmente, o acesso à Justiça deve conter diversos meios de pacificação de conflitos, assim como a ordem jurídica deve oferecer instrumentos hábeis à consecução, rápida, segura e justa de uma pretensão. O direito de acesso à Justiça ou acesso à ordem jurídica justa é denominação genérica do direito fundamental à efetividade do processo. O texto constitucional consagra o acesso à Justiça de forma ampla, compreendendo a obtenção de tutela jurisdicional qualificada e efetiva” (TRISTÃO, Ivan Martins; FACHIN, Zulmar. O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos. *Scientia Iuris*, [S. l.], v. 13, p. 47-64, 2009. DOI: 10.5433/2178-8189.2009v13n0p47. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4001>. Acesso em: 30 jan. 2024).

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 124.

³ Sobre o tema, vide: CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2013.

processos aforados, que supera a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas do serviço judiciário disponível”,⁴ cada vez mais juristas têm se movimentado na defesa da “criação de um sistema descentralizado, acessível, informal e desburocratizado de resolução de conflitos, com recurso a meios alternativos e complementares à jurisdição [...]”.⁵

O próprio Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) acolheu essa perspectiva e passou a exortar expressamente⁶ a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, que muitas vezes apresentam condições de produzir resultados muito mais céleres e satisfatórios do que aqueles impostos pelas decisões judiciais.

Nesse cenário, andou bem a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21) ao admitir de forma expressa em seu art. 151 a utilização do que chama de “meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias”⁷ no âmbito dos contratos administrativos. Veja-se a redação do dispositivo legal em questão:

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.⁸

Entretanto, o parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133/21 apresenta restrição categórica quanto às matérias que podem ser solucionadas fora da jurisdição estatal: a controvérsia deve ser relacionada a direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse ponto, o legislador reprisou a limitação estabelecida no art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), que dispunha que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁹ – questão que se convencionou chamar de arbitrabilidade objetiva dos conflitos.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 126.

⁵ CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2013. p. 95.

⁶ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁷ BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Nova Lei de Licitações. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁸ BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Nova Lei de Licitações. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁹ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23º de setembro de 1996*. Lei de Arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

A respeito do tema, é esclarecedora a lição de Patrícia Ferreira Baptista:

O termo arbitrabilidade no Direito é dotado de um sentido razoavelmente preciso: significa a possibilidade, à luz da legislação nacional, de submissão de um dado conflito à arbitragem, ou seja, a permissão conferida pela ordem jurídica de que a controvérsia seja resolvida perante um juízo arbitral.

Neste contexto, a arbitrabilidade de um litígio pode ser examinada sob dois ângulos: um subjetivo e o outro objetivo. A arbitrabilidade subjetiva refere-se às pessoas que estão autorizadas a participar de um procedimento arbitral, ao passo que a arbitrabilidade objetiva está ligada aos tipos de litígios que podem ser levados à apreciação de um árbitro.¹⁰

Sob o ponto de vista objetivo, a susceptibilidade de um litígio à conciliação, à mediação, aos comitês de resolução de disputas e à arbitragem dependerá da natureza de seu objeto.

Ocorre que não há no ordenamento jurídico pátrio definição de quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública, o que motivou intensas discussões doutrinárias acerca dos critérios adequados para delimitar a susceptibilidade das controvérsias em que é parte a Administração Pública à via arbitral, ainda sob a égide da Lei nº 9.307/96.¹¹

Contudo, apesar dos esforços da doutrina, não há consenso quanto a quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública.

Essa incerteza quanto aos limites impostos pela lei para o uso da arbitragem gerou grande insegurança e resistência no emprego desse mecanismo em controvérsias envolvendo o Poder Público. A relevância dessa questão foi muito bem diagnosticada por Júlia Thiebaut Sacramento, que afirma:

Não é exagero afirmar que um dos maiores gargalos teóricos e práticos relacionados à participação dos entes públicos nas arbitragens remete a discussões ligadas à arbitrabilidade objetiva. O ímpeto de se definir o alcance da expressão ‘direitos patrimoniais disponíveis’, portanto, longe de assentar-se sobre um embate meramente acadêmico-filosófico, despidido de aplicabilidade prática, revela-se, na verdade, como um aspecto essencial para a segurança jurídica e a eficiência dos processos arbitrais, sendo também relevante para a própria estabilização e evolução do instituto em território nacional.¹²

Nesse cenário, a atuação do Poder Judiciário no controle de legalidade das sentenças arbitrais¹³ e na solução de conflitos de competência entre as esferas de jurisdição

¹⁰ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 275, p. 151-318, 2017. DOI: 10.12660/rda.v275.2017.71654. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/71654>. Acesso em: 30 jan. 2024.

¹¹ Em sua tese de doutoramento, Felipe Faiwchow Estefam identifica pelo menos seis critérios diferentes desenvolvidos pela doutrina administrativista brasileira para a definição da arbitrabilidade dos litígios envolvendo administração pública. Vide: ESTEFAM, Felipe Faiwchow. *Arbitragem e administração pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

¹² SACRAMENTO, Júlia Thiebaut. Os contratos administrativos como instrumentos normativos da arbitrabilidade objetiva: uma busca por eficiência e segurança jurídica. In: BARALDI, Eliana; ABDO, Helena; MARCATO, Ana; MASTROBUANO, Cristina (coord.); RAMOS, Caio Henrique de Campos (org.). *Infra Women Brazil: Resolução de disputas em infraestrutura 1*. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2023.

¹³ Art. 33 da Lei nº 9.307/96: A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de

estatal e arbitral adquire especial relevância para aferição dos critérios que têm sido utilizados, na prática, para delimitar quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública.

Destarte, o presente trabalho pretende compreender a posição adotada pelos Tribunais em casos concretos que discutiram a validade da utilização da arbitragem para solucionar controvérsias em contratos administrativos com o objetivo de buscar maior segurança na aplicação do art. 151 da Nova Lei de Licitações, que se valeu do mesmo critério de arbitrabilidade objetiva previsto na Lei nº 9.307/96 para definir quais matérias poderiam ser solucionadas através dos meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias.

Para alcançar esse objetivo, além da revisão bibliográfica e documental acerca da arbitrabilidade objetiva nos conflitos envolvendo a Administração Pública, foi realizado o levantamento de dados jurisprudenciais entre 30.12.2004 e 01.12.2023 na base de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

A escolha da pesquisa na jurisprudência do STJ deveu-se ao papel dessa corte na solução de conflitos de competência entre a jurisdição estatal e a arbitral,¹⁴ bem como por tratar-se de Tribunal responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, cabendo-lhe, nesta extensão, o pronunciamento definitivo nos litígios que lhe são submetidos, com efetivo caráter uniformizador de jurisprudência.

Por outro lado, o recorte temporal dos dados analisados baseou-se na data de publicação e entrada em vigor da Lei nº 11.079/04 (Lei das PPPs), o primeiro diploma legal que tratou expressamente da utilização de “mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem”¹⁵ pela Administração Pública.

No intuito de abranger o maior número possível de decisões relacionadas ao tema, o levantamento das decisões foi efetuado, no endereço eletrônico do STJ Tribunal,¹⁶ pelos seguintes termos de pesquisa:

- i) “arbitragem” e “Administração Pública”;
- ii) “arbitrabilidade objetiva”;
- iii) “contrato administrativo” e “arbitragem”.

setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República [1996]. Disponível em: L9307 (planalto.gov.br). Acesso em: 7 nov. 2023.)

¹⁴ De acordo com o art. 105, I, “d”, da Constituição Federal, cabe ao STJ processar e julgar originariamente: “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, ‘o’, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2024).

Portanto, considerando que a atividade desenvolvida pelos árbitros no julgamento de questões a eles submetidas por contrato tem natureza jurisdicional, o STJ tem adotado firme posicionamento no sentido de reconhecer sua competência para dirimir conflito de competência entre juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal. Nesse sentido: CC 111.230/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 08.05.2013, DJe 03.04.2014; CC 146.939/PA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 23.11.2016, DJe 30.11.2016; CC nº 150.830/PA, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10.10.2018, DJe de 16.10.2018; CC nº 159.162/AM, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 9.12.2020, DJe de 18.12.2020 e muitos outros.

¹⁵ Art. 11, inciso III, da Lei nº 11.079/04. (BRASIL Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Lei das PPPs. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/11079.htm. Acesso em: 30 jan. 2024).

¹⁶ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>.

Para melhor expor os resultados obtidos na investigação empreendida, este trabalho foi dividido em três partes, nas quais se propõe a apresentar: um breve panorama acerca da evolução do tratamento da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a Administração Pública no Brasil; os esforços doutrinários para a delimitação dos direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública e a resistência de parte da ciência jurídica para aceitar o uso dos meios alternativos de resolução de conflitos no campo do Direito Administrativo; e, por fim, a posição do STJ sobre a arbitrabilidade dos conflitos envolvendo a Administração Pública.

2 Panorama normativo da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a Administração Pública

Embora em geral as partes possuam liberdade para definir a melhor forma de solução dos conflitos a que estão submetidas, a redação das Leis n^{os} 14.133/21 e 9.307/96 deixa claro o “interesse do legislador de limitar o poder das partes em excluir da apreciação pelo Poder Judiciário alguns litígios que possam suscitar discussões referentes a políticas públicas de natureza sensível”.¹⁷

Essa restrição não é exclusiva do ordenamento jurídico brasileiro. André Luis Monteiro nos lembra que “as leis de arbitragem ao redor do mundo costumam adotar diversos critérios para definir o campo da arbitrabilidade objetiva, valendo mencionar a ordem pública, a transacionabilidade, a livre disponibilidade e a patrimonialidade”.¹⁸

No Brasil, contudo, o desenvolvimento do tema seguiu um caminho bastante particular, diretamente relacionado às opções legislativas adotadas para flexibilizar a resistência doutrinária e jurisprudencial quanto à adoção de meios alternativos de solução de controvérsias – particularmente, a arbitragem – por parte da Administração Pública.

Com feito, por muito tempo, parte relevante da doutrina pátria defendia com veemência a posição de que solução de litígios entre a Administração Pública e os particulares não poderia se dar por meio da arbitragem.

Essa tese fundava-se essencialmente na aparente incompatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a redação original do art. 1^o da Lei de Arbitragem – o primeiro diploma legal a tratar diretamente da solução de controvérsias por vias diversas do Poder Judiciário –, que dispunha que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.¹⁹

Em artigo publicado no ano de 2006 intitulado “Da Arbitragem em Contratos Administrativos”, Maria Sylvia Zanella Di Pietro resume bem os principais fundamentos da visão contrária ao uso da arbitragem no Poder Público, que predominava à época na doutrina.²⁰

¹⁷ GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 14.

¹⁸ MONTEIRO, André Luis. Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP: princípio da competência-competência, arbitrabilidade e Convenção de Nova Iorque. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 57, ano 15, p. 57-98, abr./jun. 2018.

¹⁹ BRASIL. *Lei n^o 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Lei de Arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

²⁰ Vale ressaltar que a própria Autora revisitou essa posição, notadamente após as alterações legislativas sobre a arbitragem em contratos administrativos. A respeito, vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades

[...] Todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que praticados sob a égide do direito privado, têm por objeto direitos indisponíveis. Aliás, na Lei nº 8.666/93, a expressão “contrato administrativo” tem sentido amplo, de modo a abranger tanto os contratos tipicamente administrativos, como os contratos de direito privado celebrados pela Administração.

A expressão direitos patrimoniais indisponíveis pode ser considerada conceito jurídico indeterminado, porém não no âmbito do direito administrativo, porque não se pode conceber que o direito patrimonial de natureza pública, em alguma hipótese, esteja à livre disposição da Administração Pública, já que esta não atua como proprietária, mas como gestora de bens que integram o patrimônio público.

Um dos alicerces do direito administrativo é precisamente o princípio do interesse público e, como um de seus desdobramentos, o princípio da indisponibilidade do interesse público.

[...]

Por estar a Administração Pública sujeita à lei e por não poder dispor dos interesses públicos que lhe incumbe tutelar, não pode ela deixar de cumprir as normas da Lei nº 8.666, que impõem como foro para solução dos litígios decorrentes do contrato aquele da sede da Administração, vedado, implicitamente, o juízo arbitral.²¹

Apesar de já haver à época relevantes posições em sentido contrário,²² o entendimento acerca da inviabilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública chegou a ser incorporado pelo Tribunal de Contas da União, que consagrou essa orientação nos Acórdãos nºs 587/2003 (Plenário – Relator: Adylson Motta)²³ e 906/2003 (Plenário – Relator: Lincoln Magalhães da Rocha).²⁴

A superação desse entendimento caminhou lado a lado com importantes inovações legislativas, que trataram expressamente da utilização de meios alternativos de solução de controvérsias em contratos administrativos.

de arbitragem em contratos administrativos. *Revista Consultor Jurídico*, 24 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2/>. Acesso em: 1 dez. 2023.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Arbitragem em Contratos Administrativos. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (coord.). *Temas de Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*; prefácio Pedro Paulo de Almeida Dutra; apresentação Luciano de Araújo Ferraz. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 201-221.

²² Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los para terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público pratica atos, de mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante disposição daquele (GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e Contrato administrativo. Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, p. 20, 2000).

²³ “(...) 9.2 determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) que: 9.2.1 suprima as cláusulas 31.7 a 31.7.4 do Edital de Licitação nº 04/02-0 e as menções à arbitragem na Cláusula Décima Quarta da minuta do contrato, por serem contrárias ao art. 1º da Lei nº 9.307/96 e ao interesse público, e, portanto, nulas;” TCU: Acórdão nº 587/2003 – Plenário – Relator: Adylson Motta.

²⁴ “(...) Coloco-me de acordo com o entendimento defendido pela Unidade Técnica no sentido de que não existe amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos, conforme entendimento firmado por esta Corte de Contas consoante a Decisão nº 286/1993-Plenário, ao responder consulta formulada pelo Exmo. Sr. Ministro de Minas e Energia. Assiste razão, ademais, à SECEX/SP quando afirma que apenas excepcionalmente esse instituto foi admitido pela Decisão nº 188/1995-Plenário, em razão de interpretação conferida ao inciso XV do art. 23 da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.” TCU: Acórdão nº 906/2003 – Plenário – Relator: Lincoln Magalhães da Rocha.

Em primeiro lugar, a Lei das PPPs (Lei nº 11.079/2004) previu em seu art. 11, inciso 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”.²⁵

Menos de um ano depois, a Lei nº 11.196/05 incluiu o art. 23-A na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), que dispôs que “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”.²⁶

Posteriormente, para encerrar qualquer dúvida acerca da viabilidade de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública pela via arbitral, a Lei nº 13.129/15 alterou a Lei de Arbitragem para fazer constar no parágrafo único de seu art. 1º que: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.²⁷

Contudo, a alteração legislativa manteve a limitação da via arbitral às disputas relativas a direitos patrimoniais disponíveis, conceito jurídico indeterminado cujos contornos são objeto de forte dissenso na doutrina, conforme será demonstrado a seguir.

Analisando esse panorama normativo sob a ótica das agências reguladoras, Sergio Guerra²⁸ afirma, com razão, que, apesar da superação quanto aos entraves para a participação das entidades da Administração Pública em processos arbitrais, persiste o dilema quanto à natureza das matérias que podem ser decididas fora da jurisdição estatal. É esclarecedora a lição do autor sobre o tema:

Com ampla disciplina geral e especial (setorial), foram, portanto, superados os impedimentos normativos e as resistências advindas do controle de contas acerca da arbitrabilidade subjetiva em relação à Administração Pública direta e indireta. Assim, não há dúvidas – e, sim, vantagens – quanto à juridicidade de as Agências Reguladoras participarem de arbitragens comerciais em casos que surgirem controvérsias com relação aos interesses dos agentes regulados.

Se, de um lado, é possível inferir pela atual ausência de questionamento sobre a juridicidade da arbitragem comercial envolvendo as Agências Reguladoras, de outro, remanesce questão complexa envolvendo as funções destes entes autárquicos quando do uso da arbitragem comercial disciplinada pela Lei nº 9.307/1996. Trata-se da limitação objetiva da arbitrabilidade; isto é, o que pode ou não ser objeto de arbitragem comercial em que uma das partes é uma Agência Reguladora. Isto porque, considerando as prerrogativas legais

²⁵ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Lei das PPPs. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

²⁶ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Lei das Concessões de Serviço Público. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

²⁷ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei da Arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

²⁸ GUERRA, Sérgio. Limitação objetiva em procedimentos arbitrais envolvendo as agências reguladoras. In: GUERRA Sérgio (org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2023. p. 11-34.

da entidade autárquica no exercício da competência regulatória, poderá haver, em certos casos, zonas cinzentas quanto ao que é e o que não é arbitrável em um conflito contratual entre reguladora e regulado.²⁹

Importante ressaltar, nesse ponto, que a Lei nº 13.448/17 (que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal) apresentou interessante solução para contornar o dilema acerca dos limites de arbitrabilidade objetiva: foram exaustivamente elencadas as matérias que são consideradas direitos patrimoniais disponíveis nas controvérsias surgidas nos contratos regulados pela Lei.³⁰

É louvável o esforço legislativo para solidificar e delimitar os contornos da arbitrabilidade objetiva dos conflitos envolvendo o Poder Público, fornecendo balizas claras para os operadores do Direito valerem-se de maneira segura dos meios alternativos de solução de controvérsias.

Contudo, essa não foi a opção adotada pela Lei nº 14.133/2021, que reproduziu o critério geral e indefinido adotado pela Lei de Arbitragem para limitar o emprego de meios alternativos de prevenção e solução de controvérsias aos litígios que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública.

3 Os direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública na literatura especializada

Da redação do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133/21 e do parágrafo primeiro do art. 1º da Lei nº 9.307/96, pode-se extrair os dois critérios eleitos pelo ordenamento jurídico pátrio para identificar quais matérias podem ser submetidas à resolução arbitral: a patrimonialidade e a disponibilidade do direito em causa.

3.1 A patrimonialidade do direito

Na definição de Clóvis Beviláqua, patrimônio é o “complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico”.³¹ Nessa linha de ideias, conforme lição clássica de Orlando Gomes, os direitos subjetivos dividem-se entre patrimoniais e extrapatrimoniais caso sejam ou não suscetíveis de apreciação pecuniária.³²

²⁹ GUERRA, Sérgio. Limitação objetiva em procedimentos arbitrais envolvendo as agências reguladoras. In: GUERRA Sérgio (org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2023. p. 23.

³⁰ Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

[...]

§4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:

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.

(BRASIL Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Lei da Relicitação. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 30 jan. 2024).

³¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red. Livros, 2001, p. 235.

³² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 133-134.

O critério da patrimonialidade não gera grandes problemas em sua aplicação na Nova Lei de Licitações e Contratos, especialmente porquanto as relações contratuais têm como característica a economicidade ou, ao menos, a suscetibilidade de apreciação econômica de seu objeto.³³ É nesse sentido a lição de Enzo Roppo ao afirmar que:

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De fato, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou mediadamente – para a ideia de operação econômica.³⁴

Em sua tese de doutoramento, Felipe Faiwichow Estefam lembra que a exclusão dos direitos extrapatrimoniais da arbitragem está alinhada com a concepção de que eles “encontram-se fora do comércio e indisponíveis a negociações”.³⁵ O autor ressalta, contudo, que “os eventuais impactos patrimoniais dos direitos não patrimoniais podem ser arbitráveis”.³⁶

Destarte, critério da patrimonialidade não suscita grandes dúvidas na doutrina. Já a interpretação e a delimitação do critério da disponibilidade do direito são tema mais ápero.

3.2 A disponibilidade do direito

Tradicionalmente, são classificados como direitos disponíveis aqueles “que as partes podem constituir e extinguir por ato de vontade e aos quais podem livremente renunciar”.³⁷ Conquanto a aplicação dessa definição não traga grandes desafios no âmbito das relações entre particulares, sua transposição para o campo da Administração Pública é causa de grandes controvérsias.

Com efeito, enquanto os particulares titularizam os direitos que podem ser objeto de disputa arbitral, a Administração Pública gere direitos e interesses que pertencem a todo o corpo social. Justamente por esse motivo, os agentes públicos não podem livremente dispor dos direitos que devem tutelar, devendo sempre guiar sua atuação pelos princípios e regras de Direito Público que compõem o regime jurídico administrativo.

Contudo, conforme bem destacado por Eros Roberto Grau, “a Administração, para a realização do interesse público pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles”.³⁸

³³ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 47.

³⁴ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Almedina. Coimbra. 2009. p. 8.

³⁵ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Arbitragem e administração pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo*. 2017. 245 F. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 93.

³⁶ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Arbitragem e administração pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo*. 2017. 245 F. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 93.

³⁷ MATOS, Federico Nunes de. Arbitrabilidade objetiva: breve análise jurídico-comparada. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 7, n. 4, p. 471-501, 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_0471_0501.pdf. Acesso em: jan. 2024.

³⁸ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, p. 20, 2000.

Nesse cenário se coloca a tortuosa questão da delimitação de quais seriam os direitos dos quais a Administração Pública poderia dispor e quais seriam aqueles que lhe são absolutamente indisponíveis.

Sem pretensão de exaurir o tema – o que escapa ao objetivo deste trabalho –, serão apresentados alguns dos principais critérios utilizados pela doutrina para delimitar o campo de arbitrabilidade objetiva dos conflitos envolvendo o Poder Público.

Uma primeira corrente vale-se da dicotomia entre interesse público primário e secundário para defender que os primeiros seriam indisponíveis para a Administração, enquanto os segundos, disponíveis.³⁹ Contudo, além da dificuldade em enquadrar os interesses perseguidos pela Administração em primários e secundários, a distinção entre eles é, por si só, problemática.

Por força dos princípios da legalidade estrita e da supremacia do interesse público, não é dado aos agentes públicos dissociar sua atuação da busca pela concretização do interesse público. Portanto, somente seria legítimo à Administração Pública perseguir interesses secundários como forma instrumental da consecução do chamado interesse público primário, o que conduz à conclusão de que ambos seriam igualmente indisponíveis.

Nas palavras de Adriana Regina Sarra de Deus:

Em verdade, não é de causar espanto essa dificuldade, já que não é correta a ideia de que existiriam atos da administração desconectados do interesse público primário. Todos os atos da Administração necessariamente são praticados com o objeto de tutelar o interesse público primário, o que torna referida dicotomia bastante obscura e questionável.⁴⁰

Há, ainda, corrente que utiliza a distinção entre atos de império⁴¹ e atos de gestão⁴² para classificar os primeiros como indisponíveis e os segundos como disponíveis.

Além de também pecar pela imprecisão, que gera dificuldade de aplicação prática, Felipe Faiwichow Estefam alerta que esse critério confere à Administração o poder de praticar atos de império para interferir na relação contratual com o intuito de propositalmente inviabilizar o procedimento arbitral.⁴³

³⁹ Segundo a tradicional lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, interesse público primário é aquele pertinente à sociedade como um todo, são os interesses do corpo social consagrados pela Lei e tutelados pelo Estado; enquanto o interesse secundário pode ser entendido como interesse do Estado enquanto pessoa jurídica dotada de capacidade, patrimônio e direitos próprios (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102).

⁴⁰ SARRA DE DEUS, Adriana Regina. Arbitrabilidade objetiva e Administração Pública: quais matérias podem ser arbitradas? *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XVIII, p. 10-46, 2021. p. 15.

⁴¹ “Atos de império são os atos que a Administração Pública pratica em condição de superioridade hierárquica, impondo-os com obrigatoriedade aos destinatários.” SARRA DE DEUS, Adriana Regina. Arbitrabilidade objetiva e Administração Pública: quais matérias podem ser arbitradas? *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XVIII, p. 10-46, 2021.

⁴² “(...) atos de gestão são aqueles pelos quais a Administração age em regime de igualdade com os particulares, sem prerrogativas.” ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Arbitragem e administração pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo*. 2017. 245 F. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 97.

⁴³ Em matéria de arbitragem público-privada, a distinção em questão já foi objeto de críticas, justamente por sua imprecisão. Nesse passo, Joaquim de Paiva Muniz declara que a teoria do ato de império pode ser utilizada como artifício para que, após ter firmado a convenção de arbitragem, a Administração venha a, irregularmente, inviabilizar o procedimento arbitral. ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Arbitragem e administração pública: a*

Há também posições no sentido de que todas as matérias que podem ser resolvidas entre a Administração Pública e o particular sem a necessidade de intervenção judicial suportariam também solução pela via arbitral. Ou seja, sempre que cabível a solução administrativa do litígio, o direito discutido seria disponível.

Para os defensores dessa tese, a indisponibilidade estaria relacionada à inafastabilidade da jurisdição estatal. Nesse sentido, por exemplo, já se posicionou Fernando Couto Garcia quando tratou da arbitragem regulada pelas leis de concessões e PPPs:

A interpretação que parece mais adequada ao requisito da disponibilidade é de que ele se confunde com as hipóteses de jurisdição necessária, ou seja, aquelas em que, ainda que estejam de acordo, as partes não podem dispensar o concurso judicial, tal como ocorre, por exemplo, no processo penal, nas ações de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) na anulação do casamento.⁴⁴

A investigação da literatura especializada revela diversos outros parâmetros utilizados para delimitar a esfera dos direitos disponíveis da Administração Pública, mais ou menos restritivos ao emprego da arbitragem para a solução dos conflitos que envolvem o Poder Público.

Em sua tese de doutoramento, Felipe Faiwichow Estefam identifica pelo menos mais quatro critérios desenvolvidos pela doutrina brasileira para a definição da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a Administração Pública (a ordem pública; direitos transacionáveis e renunciáveis; direitos alienáveis e o reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem razão).⁴⁵

Dessa dificuldade conceitual decorre grande parte da resistência da doutrina brasileira com a utilização da arbitragem – e, via de consequência, dos demais meios alternativos de resolução de controvérsias previstos no art. 151 da Lei nº 14.133/21 – nos conflitos envolvendo a Administração Pública. Conforme constatação apresentada por Federico Nunes de Matos:

O direito brasileiro, apesar dos diversos avanços proporcionados pela Lei n.º 9.307/1996, permanece resistente à possibilidade de utilização da arbitragem para a resolução de conflitos em diversas matérias, tais como, direito administrativo, direito do trabalho, direito do consumidor e direito societário. Tal resistência, originária especialmente da doutrina e da jurisprudência, decorre, em certa medida, da escolha legislativa pelo critério da disponibilidade do direito para a definição das matérias susceptíveis de resolução pela via arbitral. Concorre para a relutância à expansão da arbitragem o sentido restritivo que

estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo. 2017. 245 F. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 97.

⁴⁴ GARCIA, Fernando Couto. Regras especiais de arbitrabilidade objetiva de litígios que envolvem a administração pública na lei de concessões e na lei de parcerias público-privadas. In: RANZOLIN, Ricardo (org.). *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre: Arbipedia, 2023. Acesso em: 23 nov. 2023. Disponível em: https://www.arbipedia.com.br/conteudo-exclusivo/10206-regras-especiais-de-arbitrabilidade-objetiva-de-litigios-que-envolvem-a-administracao-publica-na-lei-de-concessoes-e-na-lei-de-parcerias-publico-privadas.html?category_id=112.

⁴⁵ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Arbitragem e administração pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo*. 2017. 245 F. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

alguns setores da doutrina e da jurisprudência conferem à noção de direito disponível, o que acaba por aproximar o critério da disponibilidade do direito ao ultrapassado critério da ordem pública. Em outros termos, parcela da doutrina e da jurisprudência pátria associa a disponibilidade do direito à natureza imperativa da norma jurídica.

Parte da doutrina e parte da jurisprudência, ao relacionarem a disponibilidade do direito ao caráter imperativo de determinadas normas jurídicas, demonstram que persiste no direito brasileiro certa desconfiança em relação à aptidão dos árbitros para aplicarem normas consideradas como de maior relevância no âmbito do ordenamento jurídico. Em suma, parte da doutrina e parte da jurisprudência continuam a negar que o árbitro possa exercer a jurisdição com a mesma imparcialidade, independência e competência que o juiz estatal.⁴⁶

Contudo, conforme será demonstrado a seguir, boa parte das ressalvas da doutrina quanto à indisponibilidade dos direitos tutelados pela Administração Pública não encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que tem adotado postura favorável ao emprego da arbitragem para a solução de conflitos envolvendo o Poder Público.

4 A posição do Superior Tribunal de Justiça

Não obstante a indefinição da doutrina, quando confrontado com os limites da arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo a Administração Pública, o Poder Judiciário deve adotar posição clara sobre o tema.

Da prescrição constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”,⁴⁷ decorre o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que impõe aos Tribunais apresentar resposta efetiva aos conflitos que lhe são submetidos.

Sem embargo, a própria Lei de Arbitragem resguarda a atuação do Poder Judiciário no controle de legalidade das sentenças arbitrais (art. 33 da Lei nº 9.307/96), o que muitas vezes envolve a análise da validade ou a nulidade das decisões arbitrais envolvendo interesses da Administração Pública.

Para mais, o inciso I do art. 105 da Constituição Federal confere ao Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar originariamente: “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, ‘o’, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”.⁴⁸

Assim, considerando a natureza jurisdicional da sentença arbitral, o STJ tem adotado firme posicionamento no sentido de reconhecer sua competência para dirimir conflito de competência entre juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal.⁴⁹

⁴⁶ MATOS, Federico Nunes de. Arbitrabilidade objetiva: breve análise jurídico-comparada. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 7, n. 4, p. 471-501, 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_0471_0501.pdf. Acesso em: jan. 2024.

⁴⁷ Inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

⁴⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁴⁹ Nesse sentido:

CC 111.230/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014;

CC 146.939/PA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 30/11/2016;

Nesse cenário, seguindo a metodologia detalhada na introdução do presente trabalho, visando compreender a posição adotada pelos Tribunais em casos concretos que discutiram a validade da utilização da arbitragem para solucionar controvérsias em contratos administrativos, foram levantados 18 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça entre 30.12.2004 e 01.12.2023. Os dados analisados foram compilados e numerados no Quadro 1.⁵⁰

Dos 18 acórdãos levantados, 6 não tinham pertinência temática com o objeto do presente artigo⁵¹ e 3 foram julgados sem manifestação quanto à arbitrabilidade do litígio por conta dos obstáculos das Súmulas n.ºs 5⁵² e 7⁵³ do STJ.⁵⁴

Os 9 acórdãos restantes compreendem: 3 conflitos de competência,⁵⁵ 5 recursos especiais⁵⁶ e 1 mandado de segurança.⁵⁷

A partir da análise dos conflitos de competência levantados, percebe-se que a Corte Superior tem declarado a atribuição do juízo arbitral para deliberar sobre sua própria competência nos litígios que lhe são submetidos (princípio competência-competência). Essa posição é muito bem resumida no acórdão do CC 139.519/RJ,⁵⁸ que anota:

A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei nº 9.307/96, com a redação dada pela Lei nº 13.129/15).⁵⁹

Somente um conflito de competência foi decidido de modo diverso, com fundamento na restrição quanto às matérias arbitráveis constantes na própria cláusula de compromissória firmada pelas partes e não na suposta indisponibilidade do direito em discussão (CC nº 151.130/SP⁶⁰).

CC n. 150.830/PA, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/10/2018, DJe de 16/10/2018;
CC n. 159.162/AM, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 9/12/2020, DJe de 18/12/2020.

⁵⁰ Anexo a este trabalho.

⁵¹ Quadro 1, Anexo I, processos número 2, 3, 4, 8, 10 e 15.

⁵² Súmula nº 5 do STJ: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

⁵³ Súmula nº 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

⁵⁴ Quadro 1, Anexo I, processos número 6, 12 e 16.

⁵⁵ Quadro 1, Anexo I, processos número 1, 5 e 13.

⁵⁶ Quadro 1, Anexo I, processos número 7, 11, 14, 17 e 18.

⁵⁷ Quadro 1, Anexo I, processo número 9.

⁵⁸ Quadro 1, Anexo I, processo número 5.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (S1 – Primeira Seção). Conflito de Competência nº 139519/RJ (2015/0076635-2). Conflito Positivo de Competência. Juízo Arbitral e Órgão Jurisdicional Estatal. Conhecimento. Arbitragem. Natureza Jurisdicional. Meios Alternativos de Solução de Conflito. Dever do Estado. Princípio da Competência-Competência. Precedência do Juízo Arbitral em Relação à Jurisdição Estatal. Controle Judicial *a Posteriori*. Convivência Harmônica Entre o Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública e o Interesse Público. Conflito de Competência Julgado Precedente. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11.10.2017, DJe de 10.11.2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500766352. Acesso em 30 jan. 2024.

⁶⁰ Quadro 1, Anexo I, processo número 1. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (S2 – Segunda Seção). Conflito de Competência nº 151.130/SP (2017/0043173-8). Conflito de Competência. Arbitragem ou Jurisdição Estatal. Cláusula Compromissória. Art. 58 do Estatuto Social da Petrobras. Submissão da União a Procedimento Arbitral. Impossibilidade. Discussão Acerca da Própria Condição de Existência da Cláusula ao Ente Público.

No caso, a cláusula compromissória estipulada pelas partes delimitou a adoção da arbitragem para as disputas ou controvérsias que envolvam a companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, de modo que a controvérsia, de natureza indenizatória, transcendeu os limites da própria cláusula.

No âmbito dos recursos especiais, também prevaleceu esse entendimento acerca da competência do juízo arbitral para decidir sobre os limites de sua própria competência (princípio competência-competência), mas em muitos casos o STJ foi mais a fundo e declarou efetivamente a validade da solução da controvérsia instaurada em sede do contrato administrativo pela via arbitral.

Apenas em um dos recursos especiais analisados o Tribunal rejeitou a alegação de que a via adequada para a solução do conflito seria a arbitral. Trata-se do REsp nº 1.186.389/PR,⁶¹ interposto em sede de ação de improbidade administrativa.

A recorrente aduz que a existência de cláusula compromissória de arbitragem impediria o ajuizamento da ação de improbidade pelo Ministério Público, devendo a questão ser solucionada pelo Tribunal Arbitral. A alegação foi afastada sob o fundamento de que “legitimidade ativa da Ação de Improbidade é privativa do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada, além de ser proibida a transação sobre o objeto das respectivas ações, justamente porque indisponível”.⁶²

Nos demais recursos especiais analisados, o STJ reconheceu: i) a validade de sentença arbitral que definiu o percentual de reajuste tarifário em contrato de concessão de serviço público de abastecimento de água e esgoto;⁶³ ii) a competência do juízo arbitral para deliberar sobre suas atribuições em litígios envolvendo o pagamento e a compensação de créditos em contrato de obra pública e a contraprestação em contrato de

Competência Exclusiva da Jurisdição Estatal. Inexistência de Autorização Legal ou Estatutária. Pleito Indenizatório com Fundamento na Desvalorização das Ações por Impactos Negativos da Operação “Lava Jato”. Pretensão que Transcende ao Objeto Societário. Relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27.11.2019, DJe de 11.2.2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700431738.

⁶¹ Quadro 1, Anexo I, processo número 7. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (T2 – Segunda Turma). Recurso Especial nº 1186389/PR (2010/0054451-5). Processual Civil e Administrativo. Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Decisão que Recebe a Inicial. Princípio do *In Dubio Pro Societate*. Exigência Somente da Presença de Índícios. Prova do Elemento Subjetivo. Súmula 7. Temas Como Inépcia da Inicial, Legitimidade Passiva de Pessoa Jurídica e Contagem do Prazo Prescricional em Sintonia com a Orientação Do STJ. Súmula 83. Cláusula Compromissória Não Repercuta nas Atribuições do Ministério Público. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/4/2015, DJe de 7.11.2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500766352. Acesso em 30 jan. 2024.

⁶² REsp n. 1.186.389/PR, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7.4.2015, DJe de 7.11.2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500766352. Acesso em 30 jan. 2024.

⁶³ Quadro 1, Anexo I, processo número 11. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (T2 – Segunda Turma). Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.905.505/SP (2021/0162114-6). Processual Civil. Administrativo. Concessão de Serviço Público de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário. Revisão de Tarifa. Arbitragem. Sentença Arbitral. Portaria Emitida pela Agência Reguladora (ARSAE): Vedação a Qualquer Alteração de Preços pela Concessionária sem Autorização do Ente Regulador. Aplicação das Súmulas nºs 5 e 7, Ambas do STJ. Inaplicabilidade. Questão Unicamente de Direito. relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 27.11.2023, DJe de 29.11.2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202101621146. Acesso em: 30 jan. 2024.

concessão de serviço de fornecimento de energia elétrica;^{64 65} iii) a validade da solução, pela via arbitral, de controvérsia acerca do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão firmado por sociedade de economia mista;⁶⁶ e iv) a validade de cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios de contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, §1º).

Por fim, o mandado de segurança encontrado⁶⁷ foi impetrado contra ato coator praticado por Ministro de Estado, consubstanciado na publicação de portaria que determinou a rescisão unilateral de contrato administrativo sem a instauração do procedimento arbitral previamente ajustado pelas partes.

Ao final, o STJ concedeu a segurança pleiteada, reconhecendo a competência do juízo arbitral para solucionar o conflito relativo à rescisão do contrato em questão e à cobrança de eventuais valores devidos.

Interessante pontuar que as decisões analisadas foram proferidas entre 2005 e 2023, de modo que é possível aferir a manutenção de uma linha decisória congruente por parte do STJ ao longo das diversas alterações legislativas que paulatinamente ampliaram o emprego da arbitragem em disputas decorrentes de contratos administrativos.

Para além disso, em seis das decisões analisadas o resultado do julgamento foi unânime para reconhecer a validade da solução dada pela via arbitral⁶⁸ e a competência do árbitro para delimitar sua própria esfera de atribuições.⁶⁹

Chama atenção também o fato de que os relatores de todas as decisões são distintos entre si, de modo que os dados analisados não revelam a posição isolada de um ministro, mas sim da Corte como um todo.

⁶⁴ Quadro 1, Anexo I, processo número 13. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (S1 – Primeira Seção). Agravo Interno no Conflito de Competência nº 180394/BA (2021/0179296-2). Processual Civil. Conflito de Competência. Contrato Administrativo de Execução de Obras. Pagamento e Compensação de Créditos. Juízo Arbitral. Regra da “Competência-Competência”. Aplicação. Comportamento Contraditório (*Venire Contra Factum Proprium*). Constatação. Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 29.3.2022, DJe de 1.4.2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202101792962. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁶⁵ Quadro 1, Anexo I, processo número 14. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (T2 – Segunda Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1276872/RJ (2018/0084050-9). Processual Civil e Administrativo. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Ausência de Prequestionamento. Revisão Contratual. Cláusula de Arbitragem. Princípio do Kompetenz-Kompetenz. relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 1/12/2020, DJe de 30/6/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201800840509. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁶⁶ Quadro 1, Anexo I, processo número 17. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (T3 – Terceira Turma). Recurso Especial nº 904813/PR (2006/0038111-2). Processo Civil. Recurso Especial. Licitação. Arbitragem. Vinculação ao Edital. Cláusula de Foro. Compromisso Arbitral. Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato. Possibilidade. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.10.2011, DJe de 28.2.2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200600381112. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁶⁷ Quadro 1, Anexo I, processo número 9. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (S1 – Primeira Seção). Mandado de Segurança nº 11308/DF (2005/0212763-0). Administrativo. Mandado de Segurança. Permissão de Área Portuária. Celebração de Cláusula Compromissória. Juízo Arbitral. Sociedade de Economia Mista. Possibilidade. Atentado. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.4.2008, DJe de 19.5.2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200502127630. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁶⁸ Quadro 1, Anexo I, processos número 9, 11 e 14.

⁶⁹ Quadro 1, Anexo I, processos número 13 e 14

5 Conclusão

Os dados levantados revelam que, na maioria dos casos que lhe foram submetidos, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade da solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública pela via arbitral.

O STJ somente afastou a competência do tribunal arbitral para a solução de litígios envolvendo contratos administrativos em casos excepcionais, em que as próprias partes limitaram as matérias que poderiam ser submetidas à via arbitral ou quando a matéria discutida envolvia atos de improbidade administrativa.

Em todos os conflitos de natureza eminentemente contratual, portanto, o Tribunal respeitou a cláusula compromissória pactuada pelas partes – seja para limitar o alcance das matérias arbitráveis, seja para declarar a validade da via arbitral para a solução dos conflitos.

A única decisão em que a arbitragem foi afastada em razão da indisponibilidade do direito foi proferida em ação de improbidade administrativa, cujo conflito extrapola a seara contratual.

De todo o exposto, pode-se constatar que, a partir do reconhecimento da arbitragem como uma via de legítimo exercício da jurisdição ao lado dos órgãos do Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça tem respeitado a atribuição do árbitro para definir a respeito de sua própria competência nas questões contratuais que lhe são submetidas (princípio competência-competência).

A falta de definição por parte da doutrina quanto a quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública não parece, portanto, prejudicar a aceitação da arbitragem envolvendo o Poder Público por parte da Corte Superior.

Essa constatação deve ser levada em consideração na aplicação do art. 151 da Nova Lei de Licitações e Contratos.

O fato da Lei nº 14.133/21 ter adotado o mesmo critério da Lei nº 9.307/96 para a delimitação das matérias que podem ser submetidas aos meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias tem o potencial de reascender e instigar o debate acadêmico quanto à definição de quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública.

Essas discussões, contudo, não devem resultar em um desestímulo ao emprego da mediação, da conciliação, dos comitês de resolução de disputas e da arbitragem no campo dos contratos administrativos.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP. *Revista de Direito Administrativo*, [S.l.], v. 275, p. 151-318, 2017. DOI: 10.12660/rda.v275.2017.71654. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/71654>. Acesso em: 30 jan. 2024.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red. Livros, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. [2004]. Disponível em: Lei nº 11.079 (planalto.gov.br) Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017*. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. [2017]. Disponível em: L13448 (planalto.gov.br). Acesso em: 8 dez. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República [1996]. Disponível em: L9307 (planalto.gov.br). Acesso em: 7 nov. 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. [1995]. Disponível em: L8987compilada (planalto.gov.br). Acesso em: 8 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (S1 – Primeira Seção). Conflito de Competência nº 139519/RJ (2015/0076635-2). Conflito Positivo de Competência. Juízo Arbitral e Órgão Jurisdicional Estatal. Conhecimento. Arbitragem. Natureza Jurisdicional. Meios Alternativos de Solução de Conflito. Dever do Estado. Princípio da Competência-Competência. Precedência do Juízo Arbitral em Relação à Jurisdição Estatal. Controle Judicial a Posteriori. Convivência Harmônica entre o Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública e o Interesse Público. Conflito de Competência Julgado Procedente. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relatora para acórdão: Ministra Regina Helena Costa. Julgado em 11.10.2017, DJe de 10.11.2017. Brasília, STJ, 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500766352. Acesso em 30 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (S2 – Segunda Seção). Conflito de Competência nº 151.130/SP (2017/0043173-8). Conflito de Competência. Arbitragem ou Jurisdição Estatal. Cláusula Compromissória. Art. 58 do Estatuto Social da Petrobras. Submissão da União a Procedimento Arbitral. Impossibilidade. Discussão Acerca da Própria Condição de Existência da Cláusula ao Ente Público. Competência Exclusiva da Jurisdição Estatal. Inexistência de Autorização Legal ou Estatutária. Pleito Indenizatório com Fundamento na Desvalorização das Ações por Impactos Negativos da Operação “Lava Jato”. Pretensão que Transcende ao Objeto Societário. Relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27.11.2019, DJe de 11.2.2020. https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700431738.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (T2 – Segunda Turma). Recurso Especial nº 1186389/PR (2010/0054451-5). Processual Civil e Administrativo. Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Decisão que Recebe a Inicial. Princípio do *In Dubio Pro Societate*. Exigência Somente da Presença de Índícios. Prova do Elemento Subjetivo. Súmula 7. Temas Como Inépcia da Inicial, Legitimidade Passiva de Pessoa Jurídica e Contagem do Prazo Prescricional em Sintonia com a Orientação Do STJ. Súmula 83. Cláusula Compromissória Não Repercuta nas Atribuições do Ministério Público. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7.4.2015, DJe de 7.11.2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500766352. Acesso em 30 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (T2 – Segunda Turma). Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.905.505/SP (2021/0162114-6). Processual Civil. Administrativo. Concessão de Serviço Público de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário. Revisão de Tarifa. Arbitragem. Sentença Arbitral. Portaria Emitida pela Agência Reguladora (ARSAE): Vedação a Qualquer Alteração de Preços pela Concessionária sem Autorização do Ente Regulador. Aplicação das Súmulas nºs 5 e 7, Ambas do STJ. Inaplicabilidade. Questão Unicamente de Direito. Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado

em 27.11.2023, DJe de 29.11.2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202101621146 Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (S1 – Primeira Seção). Agravo Interno no Conflito de Competência nº 180394/BA (2021/0179296-2). Processual Civil. Conflito de Competência. Contrato Administrativo de Execução de Obras. Pagamento e Compensação de Créditos. Juízo Arbitral. Regra da “Competência-Competência”. Aplicação. Comportamento Contraditório (*Venire Contra Factum Proprium*). Constatação. Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 29.3.2022, DJe de 1.4.2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202101792962. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (T2 – Segunda Turma). Agravo Interno No Agravo Em Recurso Especial nº 1276872/RJ (2018/0084050-9). Processual Civil e Administrativo. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Ausência de Prequestionamento. Revisão Contratual. Cláusula de Arbitragem. Princípio do Kompetenz-Kompetenz. Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 1.12.2020, DJe de 30.6.2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201800840509. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (T3 – Terceira Turma). Recurso Especial nº 904813/PR (2006/0038111-2). Processo Civil. Recurso Especial. Licitação. Arbitragem. Vinculação ao Edital. Cláusula de Foro. Compromisso Arbitral. Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato. Possibilidade. Relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 20.10.2011, DJe de 28.2.2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200600381112. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (S1 – Primeira Seção). Mandado de Segurança nº 11308/DF (2005/0212763-0). Administrativo. Mandado de Segurança. Permissão de Área Portuária. Celebração de Cláusula Compromissória. Juízo Arbitral. Sociedade de Economia Mista. Possibilidade. Atentado. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.4.2008, DJe de 19.5.2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200502127630. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão 587/2003 – Plenário. Fiscobras. Adequação de Trechos Rodoviários na BR-101 no Estado do Rio Grande do Sul – Divisa SC/RS – Osório. PT 26.782.0233.3766.0101. Determinações. Audiências com gestor do DNIT. Comunicação ao Congresso Nacional. Relator: Adylson Motta. 28 maio 2003. Brasília, TCU. 2003. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A587%2520ANOACORDAO%253A2003%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: jan. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão 906/2003 – Plenário. Levantamento de Auditoria. Fiscobras. Obras do TRT/2ª Região – PT-02.061.0571.3750.0035. Juízo arbitral em contrato administrativo. Entendimento já fixado em nível de consulta. Impossibilidade. Fixação de prazo para o exato cumprimento da lei. Diligência. Relator: Lincoln Magalhães Da Rocha. 16 jul. 2003. Brasília, TCU. 2003. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A906%2520ANOACORDAO%253A2003%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: jan. 2024.

CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2013.

DE DEUS, Adriana Regina Sarra. Arbitrabilidade objetiva e Administração Pública: quais matérias podem ser arbitradas? *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XVIII, p. 10-46, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Arbitragem em Contratos Administrativos. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa; FERRAZ, Luciano (coord.). *Temas de Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. *Revista Consultor Jurídico*, 24 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2/>. Acesso em: 01 dez. 2023.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Arbitragem e administração pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2022a. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 1 – Artigos 1º ao 70. 642p. ISBN 978-65-5518-323-8.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2022b. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 2 – Artigos 71 ao 194. 620p. ISBN 978-65-5518-324-5.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 7. ed. rev. atual. e ampl. com comentários sobre a Lei nº 13.303/2016 – Lei das Empresas Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 931 p. ISBN 978-85-450-0271-0.

GARCIA, Fernando Couto. Regras especiais de arbitrabilidade objetiva de litígios que envolvem a administração pública na lei de concessões e na lei de parcerias público-privadas. In: RANZOLIN, Ricardo (org.). *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre: Arbipedia, 2023. Disponível em: https://www.arbipedia.com.br/conteudo-exclusivo/10206-regras-especiais-de-arbitrabilidade-objetiva-de-litigios-que-envolvem-a-administracao-publica-na-lei-de-concessoes-e-na-lei-de-parcerias-publico-privadas.html?category_id=112. Acesso em: jan. 2024.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

GUERRA, Sérgio. Limitação objetiva em procedimentos arbitrais envolvendo as agências reguladoras. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2023, p. 11-34.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, p. 20, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Tromson Reuters Brasil, 2021.

MATOS, Federico Nunes de. Arbitrabilidade objetiva: breve análise jurídico-comparada. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 7, n. 4, p. 471-501, 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_0471_0501.pdf. Acesso em: jan. 2024.

MONTEIRO, André Luis. Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP: princípio da competência-competência, arbitrabilidade e Convenção de Nova Iorque. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 57, ano 15, p. 57-98, abr./jun. 2018.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SACRAMENTO, Júlia Thiebaut. Os contratos administrativos como instrumentos normativos da arbitrabilidade objetiva: uma busca por eficiência e segurança jurídica. In: BARALDI, Eliana; ABDO, Helena; MARCATO, Ana; MASTROBUANO, Cristina (coord.); RAMOS, Caio Henrique de Campos (org.). *Infra Women Brazil: Resolução de disputas em infraestrutura* 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2023.

SARRA DE DEUS, Adriana Regina. Arbitrabilidade objetiva e Administração Pública: quais matérias podem ser arbitradas? *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XVIII, p. 10-46, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

TRISTÃO, Ivan Martins; FACHIN, Zulmar. O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 47-64, 2009. DOI: 10.5433/2178-8189.2009v13n0p47. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4001>. Acesso em: 30 jan. 2024

ANEXO – QUADRO 1

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (30/12/2004 A 01/12/2023)

(continua)

	Processo	Pertinência temática	Relator	Julgamento	Resultado
1	CC n. 151.130/SP	Sim	Relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção	27/11/2019	Incompetência do juízo arbitral em razão da matéria discutida extrapolar os limites definidos na cláusula compromissória arbitral
2	MS n. 20.033/DF	Não	-	-	-
3	MS n. 20.334/DF	Não	-	-	-
4	AREsp n. 640.815/PR	Não	-	-	-
5	CC n. 139.519/RJ	Sim	Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa	11/10/2017	Competência do tribunal arbitral para definir sua própria competência – princípio da competência-competência
6	AgRg no REsp n. 1.424.456/SE	-	-	-	Súmulas nºs 5 e 7 do STJ
7	REsp n. 1.186.389/PR	Sim	Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin	7/4/2015	A existência de cláusula compromissória arbitral no acordo de acionistas não impede o ajuizamento de ação de improbidade perante por parte do Ministério Público, que, além de não ser parte do negócio, vela por interesses públicos indisponíveis
8	AgRg no REsp n. 1.343.550/PR	Não	-	-	
9	MS n. 11.308/DF	Sim	Ministro Luiz Fux	9/4/2008	Competência do juízo arbitral para solucionar litígios relativos à rescisão e cobrança de valores devidos em contrato administrativo celebrado por sociedade de economia mista
10	REsp n. 710.385/RJ	Não	-	-	-
11	AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.905.505/SP	Sim	Ministro Francisco Falcão	27/11/2023	Reconhece a validade de sentença arbitral que definiu o percentual de reajuste tarifário em contrato de concessão de serviço público de abastecimento de água e esgoto
12	AgInt no REsp n. 2.051.713/SP	-	-	-	Súmulas nºs 5 e 7 do STJ

(conclusão)

	Processo	Pertinência temática	Relator	Julgamento	Resultado
13	AgInt no CC n. 180.394/BA	Sim	Ministro Gurgel de Faria	29/3/2022	Competência do juízo arbitral para deliberar sobre suas atribuições (princípio competência- competência) – litígio envolvendo o pagamento e a compensação de créditos em contrato de obra pública
14	AgInt no AREsp n. 1.276.872/RJ	Sim	Ministro Og Fernandes	1/12/2020	Competência do juízo arbitral para deliberar sobre suas atribuições (princípio competência- competência) – litígio envolvendo pagamentos em contrato de concessão de serviço de fornecimento de energia elétrica
15	REsp n. 1.625.833/PR	Não	-	-	-
16	AgRg no REsp n. 1.314.021/SP	-	-	-	Súmulas nºs 5 e 7 do STJ
17	REsp n. 904.813/PR	Sim	Ministra Nancy Andrighi	20/10/2011	É válida a solução, pela via arbitral, de controvérsia acerca do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão firmado por sociedade de economia mista
18	REsp n. 612.439/RS	Sim	Ministro João Otávio de Noronha	25/10/2005	São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, §1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

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

ALVES, André Canelas; DIAS, Maria Tereza Fonseca. Objetivos da arbitragem em contratos administrativos: análise da posição do STJ acerca da noção de “direito patrimonial disponível”. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 27-48. ISBN 978-65-5518-820-2.

AS CONTROVÉRSIAS INTERPRETATIVAS DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 11 DA LEI Nº 14.230/2021

GIULIA DE ROSSI ANDRADE

LUCAS BOSSONI SAIKALI

1 Introdução

A promulgação da Lei nº 14.230/2021, em 25 de outubro de 2021, marcou uma importante evolução no cenário jurídico brasileiro, especialmente no que diz respeito aos atos de improbidade administrativa regulados pela Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. As alterações introduzidas pela nova legislação afetaram tanto os aspectos processuais quanto materiais dessa área do Direito Administrativo Sancionador, promovendo um intenso debate e análise por parte da comunidade jurídica.

A sua superveniência trouxe consigo mudanças substanciais na interpretação e aplicação da legislação relacionada aos atos de improbidade administrativa. Enquanto as diretrizes de natureza processual passaram a ter aplicabilidade imediata, respaldadas pelo princípio do *tempus regit actum*, as disposições de cunho material também foram imediatamente aplicáveis aos processos em andamento, graças à inclusão de orientações interpretativas no texto da própria Lei de Improbidade Administrativa.

Um dos pontos centrais da discussão incide sobre o artigo 11, que foi objeto de reformulação pela Lei nº 14.230/2021. Essa reforma introduziu dois elementos de destaque: a necessidade de comprovação do dolo específico de lesar a Administração Pública para caracterizar o ato de improbidade administrativa e a adoção do princípio da taxatividade, restringindo as condutas passíveis de sanção apenas às descritas nos incisos do referido artigo.

Contudo, as interpretações judiciais sobre a aplicação retroativa dessas mudanças têm sido objeto de controvérsia. Enquanto o Superior Tribunal de Justiça adotou uma postura restritiva, seguindo apenas os entendimentos literalmente fixados pelo Tema 1.199, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma abordagem mais ampliativa, reconhecendo a aplicação retroativa das alterações legislativas para além do Tema 1.199.

Diante desse cenário de interpretações divergentes, surgem desafios significativos para a aplicação coerente e consistente da legislação relacionada à improbidade administrativa. A busca por uma interpretação que concilie os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, a segurança jurídica e a garantia dos direitos individuais torna-se imperativa para a efetivação do devido processo legal e a promoção da justiça administrativa.

2 A retroatividade da Lei nº 14.230/21

No dia 25 de outubro de 2021, entrou em vigor a Lei nº 14.230/2021, trazendo significativas alterações nos procedimentos e normas relacionados aos atos de improbidade administrativa. Esta nova legislação impactou diversos aspectos da Lei nº 8.429/92, mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, afetando tanto seu aspecto material quanto processual.

As novas diretrizes de natureza processual estipuladas pela Lei nº 14.230/2021 têm aplicabilidade imediata, respaldadas pelo princípio do *tempus regit actum*, conforme estabelecido no artigo 14 do Código de Processo Civil. Este princípio determina que a norma processual vigente no momento da prática do ato deve reger o procedimento, independentemente de posteriores alterações legislativas.¹

Quanto às novas disposições de cunho material, estas também são imediatamente aplicáveis aos processos em andamento que tratam de eventos anteriores à promulgação da Lei nº 14.230/2021. Tal aplicação decorre da inclusão de uma orientação interpretativa no artigo 1º, §4º, da Lei de Improbidade Administrativa, buscando a aplicação dos princípios do Direito Administrativo Sancionador nos processos judiciais em curso.²

Agora, a legislação estabelece expressamente que o Direito Administrativo Sancionador regula a função punitiva do Estado no âmbito administrativo, incluindo os atos de improbidade administrativa, e segue os mesmos princípios aplicáveis ao Direito Penal, devido à sua natureza punitiva. Portanto, ambos os campos do Direito devem respeitar os mesmos princípios constitucionais, como legalidade, tipicidade, individualização da pena e retroatividade da lei mais favorável.

Além disso, o artigo 17-D da Lei nº 8.429/92, inserido pela Lei nº 14.230/2021, estabelece que “a ação por improbidade administrativa é repressiva e tem caráter punitivo, destinada à imposição de penalidades pessoais previstas nesta Lei, e não constitui ação civil”. Isso reforça a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, delineando a natureza jurídica da nova Lei de Improbidade Administrativa.³

¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

“Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

² BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. “Art. 1º (...) §4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”.

³ BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. “Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

Antes mesmo da entrada em vigor das novas disposições legais, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido explicitamente que o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, conforme estabelecido no artigo 5º, XL, da Constituição Federal, também se aplica às leis que regulam o Direito Administrativo Sancionador.⁴

No contexto da Lei nº 14.230/2021, a opinião na doutrina especializada é unânime quanto à aplicação da nova norma mais benéfica às ações de improbidade administrativa em curso.

É importante ressaltar as observações de Rogério Favreto, juntamente com Luiz Manoel Gomes Junior e Diogo de Araujo Lima, de que, “embora o artigo 5º, XL, da CF, faça referência apenas à ‘lei penal’, entende-se que o dispositivo deve ser interpretado como um princípio jurídico geral, aplicável não apenas ao Direito Penal, mas a toda manifestação do *jus puniendi*”.⁵

Segundo os especialistas, embora o princípio da retroatividade da lei mais benéfica seja tradicionalmente associado ao Direito Penal, devido à sua natureza sancionadora, esse princípio deve ser estendido ao campo administrativo e judicial sancionador, que inclui os atos ímprobos. Isso ocorre porque, assim como a legislação penal, a Lei de Improbidade Administrativa também estabelece um conjunto de sanções e penalidades em sua estrutura normativa.⁶

Para Fernando Menegat, dentro do regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador, expressamente aplicável à nova Lei de Improbidade Administrativa pelo artigo 1º, §4º, as normas materiais que regem a improbidade administrativa devem retroagir e incidir imediatamente às ações em curso sempre que favorecerem a esfera do réu. Além disso, a interpretação da cláusula do devido processo legal, que amplia analogicamente a aplicação da garantia fundamental consagrada no artigo 5º, inciso XL, da Constituição, reforça a incidência do princípio da retroatividade em questões de improbidade.⁷

Luciano Ferraz comunga do mesmo entendimento, afirmando que, por uma questão de coerência argumentativa, é evidente para os estudiosos que a Lei nº 14.230/2021, responsável pela recente reforma da Lei de Improbidade Administrativa, tem aplicabilidade retroativa, mesmo sem uma disposição específica em seu texto.⁸

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. “Art. 5º, XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araujo; FAVRETO, Rogério. O Direito Intertemporal e a nova Lei de Improbidade Administrativa. *Consultor Jurídico*, 18 out. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-18/opiniao-direito-intertemporal-lei-improbidade#_edn8. Acesso em: 15 mar. 2024.

⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Aplicação retroativa da Lei n 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa) e as ações distribuídas pela lei anterior (Lei n 8.429/92) e demais normas de Direito Administrativo Sancionador*. Disponível em: <https://direitopublico.com.br/wp-content/uploads/2021/11/APLICACAO-RETROATIVA-DA-LEI-N-14.230-2021-LEI-DE-IMPROBIDADE-ADMINISTRATIVA-E-AS-ACOES-DISTRIBUIDAS-PELA-LEI-ANTERIOR-LEI-N-8.429-92-E-DEMAIS-NORMAS-DE-DIREITO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-1.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2024.

⁷ MENEGAT, Fernando. A retroatividade das normas de improbidade mais benéficas. *Consultor Jurídico*, 18 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-29/menegat-retroatividade-normas-improbidade-beneficas>. Acesso em: 15 mar. 2024.

⁸ FERRAZ, Luciano. Reforma da Lei de Improbidade e *novatio legis in melius* implícita. *Consultor Jurídico*, 28 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/interesse-publico-reforma-lei-improbidade-novatio-legis-in-melius-implicita?imprimir=1>. Acesso em: 15 mar. 2024.

A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei nº 14.230/21⁹ atenuou alguns impactos das alterações trazidas pela nova legislação. Isso inclui a constitucionalidade da exclusão da culpa como elemento do tipo de improbidade

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989/PR. Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 18 ago. 2022.

Ementa: IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPITOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, XL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO NORMATIVA. APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOMENTE A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI, OBSERVADO O RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO COM A FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA O TEMA 1199. 1. A Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, representou uma das maiores conquistas do povo brasileiro no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos. 2. O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, §4º, da CF). 3. A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem “induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado”. 4. O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados. 5. A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa. 6. A Lei 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa “natureza civil” retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA). 7. O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – “ilegalidade qualificada pela prática de corrupção” – e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas (artigo 9º da LIA) ou gerar prejuízos ao patrimônio público (artigo 10 da LIA), mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, apesar de ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública (artigo 11 da LIA). 8. A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º. 9. Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa desde a edição da Lei 8.429/92 e, a partir da Lei 14.230/2021, foi revogada a modalidade culposa prevista no artigo 10 da LIA. 10. A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º). 11. O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador. 12. Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de “anistia” geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – *revogação do ato de improbidade administrativa culposo* – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado. 13. A norma mais benéfica prevista pela Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato

administrativa, a aplicação retroativa da norma mais benéfica para os processos em curso e a irretroatividade do prazo de prescrição. No entanto, outras questões da nova lei ainda não foram discutidas pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que o caso analisado para a edição do Tema 1.199¹⁰ não teria como passar por todas as reformas que foram trazidas com a nova lei. Assim, as demais temáticas que ficaram em aberto na discussão da Suprema Corte têm trazido muitos debates e inseguranças, especialmente na aplicação da lei pelos Tribunais Superiores.

No julgamento, ficou estabelecido que a nova lei seria irretroativa para a prescrição e parcialmente retroativa para os atos de improbidade administrativa culposa, abrangendo processos em andamento, mas não os já encerrados com trânsito em julgado. Esse ponto é crucial devido à falta de descrição do delito culposo no novo texto legal, o que impossibilita a aplicação da lei anterior – *nullum crimen nulla poena sine lege*. Ao reconhecer essa retroatividade limitada, respeitando apenas os casos já julgados, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, acabou por aplicar a teoria da retroatividade mitigada das normas mais benéficas ao Direito Administrativo Sancionador.

O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, promoveu, inclusive, a II Jornada de Direito Administrativo, tendo como eixo central as mudanças da Lei de Improbidade

de improbidade administrativa –, portanto, não é retroativa e, conseqüentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Observância do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. 14. Os prazos prescricionais previstos em lei garantem a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico; fixando termos exatos para que o Poder Público possa aplicar as sanções derivadas de condenação por ato de improbidade administrativa. 15. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela INÉRCIA prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo. 16. Sem INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO. Possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio. 17. Na aplicação do novo regime prescricional – novos prazos e prescrição intercorrente –, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a IRRETROATIVIDADE da Lei 14.230/2021, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa. 18. Inaplicabilidade dos prazos prescricionais da nova lei às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, que permanecem imprescritíveis, conforme decidido pelo Plenário da CORTE, no TEMA 897, Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN. 19. Recurso Extraordinário PROVIDO. Fixação de tese de repercussão geral para o Tema 1199: “1) 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”.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tema 1.199 – *Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente. Tese: 1) 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.*

Administrativa. No evento, foram propostos e discutidos diversos enunciados balizadores, sendo que um deles, de número 38, consolidou exatamente a temática da retroatividade, ao definir que:

No Tema 1199, o STF reconheceu a incidência das normas da Lei nº 14.230/21 que sejam mais favoráveis ao réu, quando admitiu a constitucionalidade da exclusão da modalidade culposa e a fez aplicável aos processos em curso. Assim, qualquer alteração da lei nova, desde que mais favorável ao réu, deve ser aplicada imediatamente às ações em curso (*lex mitior*). Porém, quando as alterações forem mais gravosas (*lex gravior*), apenas incidirão para fatos posteriores à entrada em vigor da Lei nº 14.230/21.¹¹

Portanto, qualquer interpretação restritiva da aplicação retroativa da Lei nº 14.230/21, limitando-se apenas aos atos de improbidade administrativa culposos que ainda não foram finalizados judicialmente, pode ser questionada sob um viés jurídico. Essa abordagem prática negligencia outras disposições mais favoráveis da nova lei, inclusive no que diz respeito à atipicidade de certos comportamentos. A decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral do Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989/PR, conduz a uma situação em que o pronunciamento da Corte se torna uma condição prévia para a aplicação das novas regras da Lei nº 14.230/21. Isso inclui diversas situações em que condutas anteriormente consideradas ímprobos deixam de ser tipificadas como tal. Quando uma lei deixa de definir uma conduta como delituosa, não há mais base para aplicar essa lei revogada a processos em andamento, uma vez que os atos em questão não são mais considerados criminosos pela nova legislação. Isso exigiria uma disposição expressa sobre a continuidade da aplicação da lei anterior, o que não está presente na Lei nº 14.230/21.

3 Artigo 11: a superveniente atipicidade de alguns dispositivos e as diferentes interpretações judiciais

Com a recente reforma promovida no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, o legislador introduziu duas inovações significativas na Lei de Improbidade Administrativa. A primeira delas vem ratificar legalmente o que a doutrina especializada defende há muito tempo: a necessidade de comprovação do dolo específico de lesar a Administração Pública para caracterizar o ato de improbidade administrativa. A segunda, por sua vez, adotou o princípio da taxatividade, de forma que apenas as condutas descritas nos incisos do artigo 11 podem ser objeto de sanção, como explicitado pela expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas”.

Essa mudança legislativa busca evitar o sem-número de abusos que antes eram comuns às ações dessa natureza, impedindo que condutas irregulares sejam erroneamente enquadradas como atos de improbidade e sujeitas às severas sanções da lei.

A responsabilidade por ato de improbidade administrativa é sempre subjetiva, não se confundindo com simples irregularidades. A imputação de improbidade administrativa só pode ocorrer mediante a efetiva comprovação de má-fé e desonestidade, que

¹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. II Enunciados do IBDA. Jornada de Pirenópolis. Mudanças da Lei de Improbidade Administrativa. Enunciado nº 38.

não podem ser presumidas a partir de supostas irregularidades na conduta funcional do agente público.

A Lei nº 8.429/92, ao objetivar a responsabilização do agente desonesto e desleal para com a Administração Pública, visou resguardar o princípio da moralidade administrativa. No entanto, a aplicação generalizada da lei acabou por possibilitar um uso desenfreado desse instrumento, com o surgimento de um grande número de demandas que, longe de desestimular práticas administrativas reprováveis, revelam arbitrariedade e truculência.

Diante disso, é fundamental estabelecer referenciais claros e seguros no exercício do controle da moralidade administrativa, de forma a não comprometer outros valores constitucionais igualmente importantes. A delimitação precisa das condutas que configuram improbidade administrativa, representando a tipicidade da improbidade, é uma garantia constitucional do devido processo legal.

Em vista disso, a alteração do *caput* do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, que estabeleceu que não configura ato de improbidade administrativa aquele que meramente viola os princípios da Administração Pública, foi fundamental. Para que haja tal configuração, reitere-se, é necessário que os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade sejam infringidos por uma das condutas especificamente listadas em um rol taxativo de incisos. Em outras palavras, trata-se de uma previsão claramente delimitada que não permite interpretação ampliativa.

É nitidamente perceptível, portanto, que as imputações revogadas pela Lei nº 14.230/21, que não estão mais contempladas no rol taxativo do artigo 11, caracterizam-se como condutas atípicas, o que demanda a absolvição devida, uma vez que não há a configuração de ato de improbidade administrativa.¹²

No contexto do §4º do artigo 1º da Lei nº 8.429/92, que situa a persecução por ato de improbidade administrativa dentro do escopo do Direito Administrativo Sancionador, é relevante destacar que a doutrina jurídica brasileira tem reconhecido a aplicação do princípio da tipicidade no âmbito do Direito Administrativo punitivo, como decorrência direta dos princípios da legalidade e da segurança das relações jurídicas. Esse princípio da tipicidade é um requisito essencial para conferir legitimidade às sanções impostas pelas infrações administrativas, incluindo as decorrentes de atos de improbidade

¹² Nesse sentido: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Retroação da Lei 14.230/21 nas ações distribuídas sob a Lei 8.429/92 que versem sobre atos dolosos. *Jus.com.br*. 13 out. 2023. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/106661/da-aplicacao-retroativa-das-alteracoes-introduzidas-pela-lei-n-14-230-2021-e-os-seus-efeitos-sobre-as-aco-es-distribuidas-ainda-sob-a-egide-da-antiga-redacao-da-lei-n-8-429-92>. Acesso em: 15 mar. 2024; FERRAZ, Luciano. Tema 1.199 não restringe retroatividade só na modalidade culposa na improbidade. *Consultor Jurídico*. 10 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-10/interesse-publico-tema-1199-stf-nao-restringe-retroatividade-lei-1423021/>. Acesso em 15 mar. 2024; BERTI, Marcio. Retroatividade da Lei de Improbidade: um *easy case* ou *hard case*? *Consultor Jurídico*. 9 ago. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-09/streck-berti-retroatividade-lei-improbidade/>. Acesso em: 15 mar. 2024; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEDEIROS, Alice Silveira de. A retroatividade da lei penal mais benigna e os casos de improbidade. *Consultor Jurídico*. 20 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-20/limite-penal-retroatividade-lei-benigna-improbidade/>. Acesso em 15 mar. 2024; FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Lei nº 14.230/2021: o STF e a discussão sobre retroatividade. *Consultor Jurídico*. 15 set. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-15/interesse-publico-lei-142302021-stf-discussao-retroatividade/>. Acesso em: 15 mar. 2024; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; SOUZA, Caio Augusto Nazário de; MADALENA, Luis Henrique Braga. Os perigos da nova tese do STJ sobre a retroatividade da nova Lei de Improbidade. *Consultor Jurídico*. 26 jun. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-26/opinioao-perigos-tese-retroatividade-lia/>. Acesso em 15 mar. 2024.

administrativa. Ele não apenas delimita o exercício discricionário das prerrogativas estatais, mas também serve como um instrumento seguro para assegurar direitos, constituindo, assim, um meio fundamental para a efetivação do devido processo legal.¹³

Em outras palavras, Fábio Medina Osório explica que o Direito Administrativo Sancionador surge da interseção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Sob essa perspectiva, o Direito Administrativo Sancionador, que abarca o sistema da improbidade administrativa, herda os princípios constitucionais tanto do Direito Penal quanto do Direito Administrativo.¹⁴

Dentre esses princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, agora expressamente aplicáveis ao sistema da improbidade administrativa, destaca-se a preponderância do princípio da tipicidade sob a ótica da legalidade, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição, que determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Conforme destacado por Rogério Greco, a lei é a única fonte do Direito Penal quando se trata de proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Nesse sentido, apenas a lei, em seu sentido mais restrito, detém a autoridade para definir crimes – no caso em questão, os atos de improbidade – e estabelecer suas respectivas penalidades (princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*: não há crime sem lei e, por conseguinte, não há pena sem lei).¹⁵

Portanto, tanto no Direito Penal quanto no Direito Administrativo Sancionador, é imprescindível que a conduta considerada ilícita esteja prévia e expressamente estabelecida em lei para que possa ser caracterizada como tal e passível de penalidade administrativa.

No entanto, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Agravo em Recurso Especial nº 2.184.285/RJ em agosto de 2023, entendeu que “a Suprema Corte, no julgamento do Tema 1.199, da Repercussão Geral, não determinou a aplicação retroativa do novo rol taxativo das condutas descritas no art. 11 da LIA” e concluiu não ser cabível a devolução dos autos ao juízo de origem para que fosse exercido o devido juízo de retratação, mantendo a condenação pela infração genérica ao artigo 11.¹⁶

¹³ Nesse sentido: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2012; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000. p. 10; MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 135; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 621-622; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral, Volume I*. Niterói: Impetus, 2017.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo em Recurso Especial nº 2.184.285/RJ. Agravante: Álvaro Cabral da Silva. Agravado: Município de Valência e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 16 ago. 2023.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO PRECISA, NA PETIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL, DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR VIOLADOS QUE SERIAM OBJETO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. PARECER DO MPF NO SENTIDO DA DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM PARA EVENTUAL JUÍZO DE CONFORMAÇÃO COM O ACÓRDÃO PROFERIDO PELA SUPREMA CORTE NO TEMA 1.199 DA REPERCUSSÃO GERAL. INVIABILIDADE, NA ESPÉCIE. 1. Na interposição do recurso especial, é imperiosa a indicação do dispositivo federal alegadamente violado e sobre o qual recai a divergência jurisprudencial, o que não ocorreu no caso em tela. Assim, foi correta a aplicação, pela Presidência do STJ, da Súmula 284/STF, que dispõe: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. 2. Ademais, no que respeita à questão suscitada pelo Ministério Público Federal, a Suprema Corte, no julgamento do Tema 1.199 da Repercussão Geral, não determinou a aplicação retroativa

Porém, antes da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado sobre o tema, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, nos autos de Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.346.594, em que houve o reconhecimento da aplicação retroativa do artigo 11. O Ministro, em seu voto, destacou que, “após as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, para que haja condenação por ato de improbidade administrativa, com fundamento no art. 11 da Lei nº 8.429/1992 (ofensa a princípios da Administração Pública), há que se demonstrar a prática dolosa de alguma das condutas descritas nos incisos do dispositivo”.¹⁷

Assim, colocou-se em evidência um verdadeiro paradoxo, que pode levar a decisões conflitantes e gerar insegurança jurídica: o Superior Tribunal de Justiça indicou que vai adotar uma posição restritiva, seguindo apenas os entendimentos literalmente fixados pelo Tema 1.199,¹⁸ enquanto o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado os demais temas alheios ao Tema 1.199, interpretando-o de uma maneira lógica e ampliativa.

Retomando-se, por exemplo, o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.346.594, o Ministro Gilmar Mendes destacou o óbvio, de que “a diretriz fixada no julgamento quanto à incidência imediata das novas disposições da Lei nº 8.429/92 aos processos em que ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado é plenamente aplicável a casos em que não necessariamente esteja em discussão o elemento subjetivo da imputação, haja vista não ter sido essa a única alteração promovida pela Lei nº 14.230/21”.¹⁹

do novo rol taxativo das condutas descritas no art. 11 da LIA, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021. Logo, não é cabível a devolução dos autos ao juízo de origem para eventual juízo de conformação. Nessa linha de percepção: EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp n. 1.564.776/MG, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 25/4/2023, DJe de 2/5/2023. 3. Agravo interno desprovido.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.346.594/SP. Recorrente: Reinaldo Nogueira Lopes Cruz. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 maio 2023.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADVENTO DA LEI 14.231/2021. INTELIGÊNCIA DO ARE 843989 (TEMA 1.199). INCIDÊNCIA IMEDIATA DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 AOS PROCESSOS EM CURSO. DECISÃO MONOCRÁTICA RECONSIDERADA PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. 1. A Lei 14.231/2021 alterou profundamente o regime jurídico dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (Lei 8.249/1992, art. 11), promovendo, dentre outros, a abolição da hipótese de responsabilização por violação genérica aos princípios discriminados no *caput* do art. 11 da Lei 8.249/1992 e passando a prever a tipificação taxativa dos atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da administração pública, discriminada exaustivamente nos incisos do referido dispositivo legal. 2. No julgamento do ARE 843989 (Tema 1.199), o Supremo Tribunal Federal assentou a irretroatividade das alterações da introduzidas pela Lei 14.231/2021 para fins de incidência em face da coisa julgada ou durante o processo de execução das penas e seus incidentes, mas ressalvou exceção de retroatividade relativa para casos como o presente, em que ainda não houve o trânsito em julgado da condenação por ato de improbidade. 3. As alterações promovidas pela Lei 14.231/2021 ao art. 11 da Lei 8.249/1992 aplicam-se aos atos de improbidade administrativa praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado. 4. Tendo em vista que (i) a imputação promovida pelo autor da demanda, à exemplo da capitulação promovida pelo Tribunal de origem, restringiu-se a subsumir a conduta imputada aos réus exclusivamente ao disposto no *caput* do art. 11 da Lei 8.429/1992 e que (ii) as condutas praticadas pelos réus, nos estritos termos em que descritas no arresto impugnado, não guardam correspondência com qualquer das hipóteses previstas na atual redação dos incisos do art. 11 da Lei 8.429/1992, imperiosa a reforma do acórdão recorrido para julgar improcedente a pretensão autoral. 5. Recurso extraordinário com agravo conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e julgar improcedente a ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tema 1.199.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.346.594/SP. Recorrente: Reinaldo Nogueira Lopes Cruz. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 maio 2023.

Mais tarde, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal corroborou (Recurso Extraordinário nº 1.452.533) o entendimento da Segunda Turma (Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.346.594), tornando a jurisprudência da Corte Suprema pacífica, no sentido de reafirmar que “o entendimento firmado no Tema 1.199 da Repercussão Geral aplica-se ao caso de ato de improbidade administrativa fundado no revogado art. 11, I, da Lei nº 8.429/1992, desde que não haja condenação com trânsito em julgado”.²⁰ *Nesse precedente, houve a discussão sobre a confirmada presença do elemento dolo que, para o Ministério Público Recorrente, seria motivo para aplicar as sanções da Lei de Improbidade Administrativa. Porém, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal deixou claro que, para os casos envolvendo a imputação do artigo 11, deve ser aplicado o mesmo entendimento da tese fixada no Tema 1.199 para os tipos culposos, ou seja, de que houve abolitio criminis.*

Quando se identifica um fundamento jurídico comum, é essencial aplicar a mesma norma legal, o que leva à conclusão de que os princípios estabelecidos no Tema 1.199 devem ser estendidos ao antigo artigo 11 genérico, que foi revogado. Isso significa que, em processos em andamento, não é juridicamente possível condenar alguém com base em um tipo legal sancionador que foi abolido, mesmo que o ato em questão tenha sido doloso.

Assim, é urgente que o Superior Tribunal de Justiça reveja o seu perigoso posicionamento, antes que a interpretação aplicada no Agravo em Recurso Especial nº 2.184.285/RJ cause mais insegurança jurídica e prejuízo aos réus que respondem por atos de improbidade administrativa não mais elencados no artigo 11.

4 Conclusão

A análise da Lei nº 14.230/2021 e suas repercussões no cenário jurídico brasileiro, especialmente no contexto dos atos de improbidade administrativa regulados pela Lei nº 8.429/92, evidencia uma série de desafios e controvérsias interpretativas. A introdução de mudanças substanciais, tanto de natureza processual quanto material, gerou um intenso debate sobre a aplicação retroativa dessas alterações.

Entretanto, a controvérsia principal discutida no presente artigo concentra-se na interpretação do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que foi reformulado pela Lei nº 14.230/2021. A nova redação introduziu a necessidade de comprovação do dolo específico de lesar a Administração Pública e adotou o princípio da taxatividade, restringindo as condutas passíveis de sanção apenas às descritas nos incisos do referido artigo.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 1.452.533. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: João Paulo Karam Kleinubing e outros. Relator: Ministro Cristiano Zanin, 21 nov. 2023.

EMENTA: EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 14.231/2021: ALTERAÇÃO DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. TEMA 1.199 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO IMPROVIDO. I – No julgamento do ARE 843.989/PR (Tema 1.199 da Repercussão Geral), da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal assentou a irretroatividade das alterações promovidas pela Lei n. 14.231/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), mas permitiu a aplicação das modificações implementadas pela lei mais recente aos atos de improbidade praticados na vigência do texto anterior nos casos sem condenação com trânsito em julgado. II – O entendimento firmado no Tema 1.199 da Repercussão Geral aplica-se ao caso de ato de improbidade administrativa fundado no revogado art. 11, I, da Lei nº 8.429/1992, desde que não haja condenação com trânsito em julgado. III – Agravo improvido.

As interpretações judiciais sobre a aplicação retroativa dessas mudanças têm sido divergentes. Nesse contexto, é fundamental buscar uma interpretação que concilie os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, a segurança jurídica e a garantia dos direitos individuais. A coerência interpretativa é essencial para garantir o devido processo legal e promover a justiça administrativa.

É evidente que o Supremo Tribunal Federal buscou, por meio do Tema 1.199, estabelecer implicações abrangentes para a aplicação retroativa da nova Lei de Improbidade Administrativa. Contudo, é importante ressaltar que o referido tema não esgota a matéria, uma vez que se originou de um caso específico que não abarcava todas as modificações introduzidas pela Lei nº 14.230/21. No entanto, ao mesmo tempo, oferece uma gama de possíveis interpretações para a aplicação das novas normas, tendo em vista que emana do entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal.

Diante do paradoxo gerado pelas interpretações judiciais discrepantes, é urgente que o Superior Tribunal de Justiça reavalie sua posição, considerando os precedentes estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. A aplicação uniforme dos princípios estabelecidos no Tema 1.199 a casos envolvendo o antigo artigo 11 é fundamental para evitar insegurança jurídica e assegurar a proteção dos direitos dos réus.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo em Recurso Especial nº 2.184.285/RJ. Agravante: Álvaro Cabral da Silva. Agravado: Município de Valência e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 16 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989/PR. Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 18 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.346.594/SP. Recorrente: Reinaldo Nogueira Lopes Cruz. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 1.452.533. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: João Paulo Karam Kleinubing e outros. Relator: Ministro Cristiano Zanin, 21 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tema 1.199

FERRAZ, Luciano. Reforma da Lei de Improbidade e *novatio legis in melius* implícita. *Consultor Jurídico*. 28 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/interesse-publico-reforma-lei-improbidade-novatio-legis-in-mellius-implicita?imprimir=1>. Acesso em: 15 mar. 2024.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araujo; FAVRETO, Rogério. O Direito Intertemporal e a nova Lei de Improbidade Administrativa. *Consultor Jurídico*. 18 out. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-18/opinioao-direito-intertemporal-lei-improbidade#_edn8. Acesso em: 15 mar. 2024.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral, Volume I. Niterói: Impetus, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. II Enunciados do IBDA. Jornada de Pirenópolis. Mudanças da Lei de Improbidade Administrativa. Enunciado nº 38.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Aplicação retroativa da Lei n 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa) e as ações distribuídas pela lei anterior (Lei n 8.429/92) e demais normas de Direito Administrativo Sancionador*. Disponível em: <https://direitopublico.com.br/wp-content/uploads/2021/11/APLICACAO-RETROATIVA-DA-LEI-N-14.230-2021-LEI-DE-IMPROBIDADE-ADMINISTRATIVA-E-AS-ACOES-DISTRIBUIDAS-PELA-LEI-ANTERIOR-LEI-N-8.429-92-E-DEMAIS-NORMAS-DE-DIREITO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-1.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2024.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENEGAT, Fernando. A retroatividade das normas de improbidade mais benéficas. *Consultor Jurídico*, 18 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-29/menegat-retroatividade-normas-improbidade-beneficas>. Acesso em: 15 mar. 2024.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

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

ANDRADE, Giulia De Rossi; SAIKALI, Lucas Bossoni. As controvérsias interpretativas da aplicação do artigo 11 da Lei nº 14.230/2021. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 49-60. ISBN 978-65-5518-820-2.

CONCURSOS PÚBLICOS: O PROJETO DE LEI NACIONAL E A ALEGADA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS

FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO

1 Introdução

Em agosto de 2022 a Câmara dos Deputados aprovou o texto do Projeto de Lei (PL) nº 252/2003, que “Dispõe sobre as normas gerais relativas a concursos públicos”.

Trata-se de texto substitutivo, derivado da discussão do Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 92/2000.

Conforme determina o parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal (CF), como o projeto oriundo do Senado foi modificado na Câmara, ele retornou à Casa de origem, onde será rediscutido.

O relator do substitutivo, Deputado Eduardo Cury, registra em seu parecer¹ que, na elaboração do texto normativo, contou com a colaboração do Núcleo de Inovação da Função Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Essa colaboração encontra-se documentada em texto publicado pela SBDP, que a define como “proposta acadêmica de lei nacional para modernização dos concursos públicos”.²

Com efeito, grande parte do parecer do Deputado Cury, assim como das normas constantes do substitutivo, encontra-se no referido documento da SBDP.

O objetivo do presente texto é fazer uma reflexão sobre os pressupostos constitucionais para a edição de uma lei nacional sobre concursos públicos – portanto, de aplicação não apenas à Administração Federal, mas também aos estados, municípios e Distrito Federal (DF) –, em especial, sobre a competência da União para editar normas gerais, o que é defendido no parecer do relator no referido documento da SBDP.

¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer de Plenário Pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Projeto de Lei nº 252, de 2003*. Relator: Deputado Eduardo Cury. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105464>. Acesso em: 23 fev. 2024.

² SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. Núcleo de Inovação da Função Pública. *Para Modernizar os Concursos Públicos no Brasil*. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://sbdp.org.br/category/nucleo-de-inovacao-da-funcao-publica/>. Acesso em: 22 fev. 2024.

2 Análise da constitucionalidade formal do projeto

2.1 Delimitação dos aspectos a analisar

Em seu parecer, o relator do PL nº 252/2003 analisa, quanto ao que denomina *constitucionalidade formal*, os aspectos relacionados “à competência legislativa, à legitimidade da iniciativa parlamentar e ao meio adequado para veiculação da matéria”.³

Na sequência, serão analisados esses três aspectos, com maior atenção ao tema da competência legislativa, que nos parece ser o mais polêmico deles.

2.2 Forma de veiculação

Quanto à forma de veiculação, que é a de lei ordinária, o parecer registra “não haver exigência constitucional de lei complementar ou outro veículo normativo para disciplina do assunto”.⁴

Não há reparos a fazer a essa conclusão. Particularmente quanto à lei complementar, sabe-se tratar de veículo legislativo somente exigido para as matérias que a CF expressamente associou a essa espécie normativa.⁵ E efetivamente não há regra constitucional que exija lei complementar para a expedição de normas sobre concursos públicos.

2.3 Iniciativa legislativa

No que toca à iniciativa legislativa, o parecer afirma não haver reserva ao Chefe do Poder Executivo, prevista no art. 61, §1º, II, “c”, da CF.⁶

Esses dispositivos constitucionais estabelecem como de “iniciativa privativa do Presidente da República” as leis que disponham sobre “servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria”.

Apoiado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), o parecer distingue entre a situação jurídica do servidor público e o concurso, sendo este uma etapa anterior à formação daquela.

Quanto à expressão “provimento de cargos”, o relator afirma que o concurso público é “um dos requisitos para o provimento de cargos efetivos, sendo, portanto, etapa anterior a este”.

Também aqui nos parece correto o raciocínio. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello: “Provimento é a designação de uma pessoa para titularizar um cargo público”.⁷ No caso dos cargos de provimento efetivo, o provimento inicial, também dito autônomo, ou seja, “independentemente de anteriores relações entre o provido no cargo e o serviço

³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer...*, p. 12.

⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer...*, p. 12.

⁵ MORAES, *Direito Constitucional*, 2023, p. 782.

⁶ No substitutivo aprovado na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, bem como nos projetos de leis que, por conterem matérias afins, foram apensados ao PL nº 252/2003, o relator vislumbrou a existência de vício de iniciativa apenas em relação a alguns dispositivos, alguns “que invadem a seara atribuída ao órgão que realizará o concurso público, os quais tratam da lotação dos candidatos aprovados”, e outros que trazem “imposição de prazo para a obrigação de nomear candidatos”. Esses dispositivos foram excluídos pelo relator. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer...*, p. 13-14.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 1991, p. 35.

público”,⁸ deverá ser antecedido pela aprovação em concurso público, conforme o art. 37, II, da CF. Portanto, o concurso é procedimento administrativo que não se confunde com o provimento.

O parecer cita duas decisões do STF que corroboram esse ponto de vista: a proferida na ADI nº 2.672,⁹ que entendeu constitucional lei estadual, de iniciativa parlamentar, que estabeleceu hipóteses de isenção do pagamento de taxa de concurso público, e o acórdão da 1ª Turma, relativo ao AgRg AI 682317, que se manifestou pela constitucionalidade de lei municipal, também de iniciativa parlamentar, que tornou obrigatória a disponibilização de editais e instruções de concursos públicos em braile.¹⁰

2.4 Normas gerais

O terceiro aspecto analisado pelo relator do PL nº 252/2003, dentro da chamada *constitucionalidade formal*, diz respeito à competência legislativa da União para estabelecer normas gerais sobre concurso público.

Importante observar que, apesar de ser, na seara da *constitucionalidade formal*, o aspecto mais polêmico do projeto, a defesa da competência da União não mereceu mais que meia frase no parecer, assim expressa: “A matéria em apreço é da competência legislativa privativa da União, por ser pertinente à normatização dos concursos públicos realizados para provimento de seus cargos e empregos (...)”.¹¹

A leitura do projeto, porém, deixa claro que ele não se limita a tratar dos concursos para provimento de cargos e empregos da União.

Primeiro, porque a sua ementa registra: “Dispõe sobre as normas gerais relativas a concursos públicos”.¹²

Segundo, porque o texto normativo contém dois dispositivos com regras expressamente dirigidas a estados, Distrito Federal e municípios, a saber: o inc. III do §3º do art. 1º e o §2º do art. 13.

Quanto ao objeto descrito na ementa, é consolidada no Direito brasileiro, especialmente nos textos constitucionais, a figura das *normas gerais*, não obstante a reconhecida dificuldade de precisa delimitação dos seus contornos.

Dúvida não há, porém, de que se trata de conceito relacionado à repartição de competências no estado federal. Nessa forma de estado, as competências são divididas entre diferentes entidades políticas – os entes federativos – de modos *horizontal* e *vertical*.

Pelo primeiro, as normas constitucionais reservam determinadas competências a cada ente federativo, ao qual caberá discipliná-las em toda a sua extensão.¹³ Tais competências ou são *comuns* a todos os entes federativos – na CF de 1988, especialmente

⁸ BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 1991, p. 35.

⁹ ADI nº 2.672, relatora: Ellen Gracie, relator p/ acórdão: Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 22.06.2006.

¹⁰ Agravo regimental no agravo de instrumento 682.317 (AI 682317 AgR), relator: Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 14 fev. 2012.

¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer...*, p. 12.

¹² A Lei Complementar nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, assim caracteriza a ementa: “Art. 5º A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei”.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 90, p. 245-251, 1995, p. 247.

o art. 23 – ou são *privativas*, como as atribuídas à União pelo art. 22 da CF; aos municípios, em relação aos “assuntos de interesse local”, conforme o art. 30 da CF; e aos estados, segundo o critério residual do §1º do art. 25 da CF, pelo qual lhes são reservadas “as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”, ou seja, aquelas que não sejam atribuídas à União ou aos municípios. Quanto ao Distrito Federal, como em seu território não há formação de municípios, a ele “são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios” (art. 32, *caput* e §1º, da CF).

Na repartição vertical de competências, distribui-se a matéria entre os diversos entes federativos, gerando a chamada *competência concorrente*. Neste caso, o ordenamento constitucional estabelece critérios de primazia entre tais entes, de modo que alguns tenham de observar as normas expedidas por outro(s).

A competência concorrente pode ocorrer sob duas modalidades: *cumulativa* e *não cumulativa*.

Na primeira, não há limites materiais preestabelecidos para o exercício da atividade legislativa de cada ente, de modo que a pessoa estatal que detenha a primazia – em especial, a União – pode normatizar sobre tudo o que lhe parecer conveniente. Por outro lado, enquanto e até onde não exercida essa prerrogativa, os demais entes podem legislar sobre qualquer aspecto.

Quanto à competência concorrente *não cumulativa*, as matérias atribuídas aos entes federativos são delimitadas pelo critério de sua extensão, cabendo à União expedir normas *gerais* e, aos demais entes, editar normas *específicas*, também ditas *particulares*.¹⁴

Assim como já o fizeram as constituições anteriores – desde 1934 e com exceção apenas da Carta de 1937 –, a Constituição de 1988 previu a competência concorrente, interessando-nos, para os fins deste texto, a modalidade *não cumulativa*, porque a esta se associa o conceito de *normas gerais*.

Como demonstrado, o parecer com que o relator justifica o PL nº 252/2003, na versão aprovada na Câmara dos Deputados, apresenta registro equivocado para defender a “competência legislativa privativa da União” sobre a matéria. Contudo, o parecer e respectivo substitutivo aprovado apoiam-se no já referido documento da SBDP.

Por isso, o exame desse texto permite encontrar a argumentação mais elaborada que embasa a proposta de normas gerais sobre concurso público. Na sequência, serão feitas a exposição e a análise desses argumentos.

O primeiro deles é o seguinte:

(...) está na própria Constituição, e alcança todas as administrações públicas do país, o dever de fazer concursos públicos e de organizá-los por princípios como publicidade, impessoalidade e eficiência administrativa. A efetividade desse dever supõe a observância, por todos os entes da Federação e por todos os Poderes, de um arcabouço mínimo comum, que tem de ser estabelecido por meio de normas gerais nacionais.¹⁵

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 90, p. 245-251, 1995, p. 248. MOREIRA NETO, Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988, p. 129-131.

¹⁵ SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO, *Para Modernizar os Concursos Públicos no Brasil*. 2021, p. 4.

Esse argumento olvida-se de que, além de realizar concursos públicos, inúmeras outras atividades administrativas estão previstas na Constituição, a cargo também de todas as Administrações Públicas (federal, estadual, municipal e distrital). Por outro lado, sabe-se que os princípios da Administração Pública – incluindo todos os arrolados no art. 37, *caput*, da CF – aplicam-se a todas as atividades administrativas.

Portanto, se o argumento reproduzido fosse procedente, então a União teria competência para editar normas gerais sobre todas as matérias de Direito Administrativo, o que não nos parece constar e nem resultar da Constituição vigente.

A efetividade do “dever de fazer concursos públicos e de organizá-los por princípios como publicidade, impessoalidade e eficiência administrativa” deve ser garantida pela própria observância dos princípios, além das regras constitucionais pertinentes, em especial, aquelas dos incs. I a V da CF.

Pode-se defender a conveniência de uma certa padronização dos procedimentos relativos aos concursos públicos, mas nos parece excessivo extrair do texto constitucional a necessidade de edição de normas legais uniformes nacionalmente.

O documento da SBDP contém, como segundo argumento, o seguinte:

A Constituição Federal atribui competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre “procedimentos em matéria processual”. (...) Cabe à União “estabelecer normas gerais” (...), “havendo competência suplementar dos Estados”. (...)

Concurso público é espécie de procedimento (ou processo) administrativo.¹⁶

Processo é a designação genérica de toda e qualquer sucessão ordenada e encadeada de atos visando a determinada finalidade. Quando desenvolvido no âmbito da função administrativa do Estado, temos o processo administrativo. Já o procedimento é o modo como se desenvolve o processo, a depender da finalidade a ser alcançada e das respectivas normas jurídicas. Assim, no contexto da função administrativa temos diversos procedimentos, a exemplo da licitação; dos diversos modos pelos quais se expedem licenças, autorizações e permissões; dos procedimentos disciplinares e do concurso público. Este consiste no procedimento administrativo pelo qual se escolhem indivíduos, por critérios de mérito, para ocupação de cargos ou empregos públicos.¹⁷

A citada passagem do documento da SBPD consiste em interpretação do art. 24 da CF que, segundo o reproduzido raciocínio, atribuiria à União a competência para editar normas gerais de processo administrativo e, conseqüentemente, sobre concurso público. Importante, então, reproduzir o dispositivo constitucional:

¹⁶ SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO, *Para Modernizar os Concursos Públicos no Brasil*. 2021, p. 4.

¹⁷ Trata-se dos mesmos sentidos adotados pelas expressões *processo* e *procedimento* no âmbito da função jurisdicional, conforme sintetizado por Humberto Theodoro Júnior: “Em razão de vários fatores, como o valor da causa, a natureza do direito material controvertido, a pretensão da parte etc., a forma com que o processo se desenvolve assume feições diferentes. Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser. A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de procedimentos. Procedimento é, destarte, sinônimo de rito do processo, ou seja, ‘o modo e a forma por que se movem os atos no processo’” [AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, v. II, n. 350, p. 82]. Como os agentes do Poder Público, em regra, atuam sob o comando do princípio da legalidade, o processo judicial, em seus vários procedimentos, sempre se desenvolverá segundo a forma prevista em lei (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 2023, p. 705).

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XI - procedimentos em matéria processual;

(...)

§1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§2º. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§4º. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Ao contrário do que afirmado no documento da SBDP, o inc. XI do art. 24 da CF não nos parece abranger o processo administrativo, mas apenas o processo judicial, pelas razões a seguir expostas.

Ao criar o Estado Federal brasileiro, a Constituição de 1891 estabeleceu no art. 34, item 23º, a competência privativa do Congresso Nacional – consequentemente, da União – para “legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal” (mantido e reenumerado como item 22 pela Emenda Constitucional de 03.09.1926). Em relação a essas e outras matérias, a primeira Constituição republicana já adotou o critério das competências enumeradas para a União. Aos municípios assegurou-se autonomia “em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse” (art. 68). E aos estados-membros a Constituição facultou “em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição” (art. 68, 2º). Desses dispositivos resultava que os estados possuíam a prerrogativa para legislar sobre Direito Processual Judicial para as respectivas justiças estaduais.

A Constituição de 1934 alterou esse panorama. Em seu art. 5º, XIX, “a”, estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre “direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais”. Os estados federados perderam a prerrogativa de legislar sobre Direito Processual Judicial. E assim permaneceu nas Constituições de 1946 e 1967. Curiosamente, a Carta de 1937, embora expressão de um período ditatorial e centralista, no art. 18 atribuiu, em relação a diversas matérias, competência aos estados para “legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule”. Entre essas matérias, na alínea “g”, constava o “processo judicial ou extrajudicial”. Mas essa previsão, como várias outras da Carta de 1937, não teve implementação relevante.¹⁸

¹⁸ Conforme José Afonso da Silva: “A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo” (*Direito Constitucional Positivo*, 2014, p. 85).

O exame das constituições também mostra ser da tradição do Direito brasileiro que a função jurisdicional não seja exercida pelos municípios, mas apenas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Por outro lado, sabe-se que até a Constituição de 1988 e, principalmente, até a edição da Lei Federal nº 9.784/1999, as expressões *processo* e *direito processual* eram normalmente associadas ao processo judicial. Em se tratando da função administrativa, a expressão preferida era *procedimento*. Nesse tempo pretérito, preferiam essa denominação até mesmo autores que preconizavam a valorização do procedimento administrativo e seu enquadramento nos cânones do Estado Democrático de Direito.¹⁹

A preferência pela expressão *procedimento administrativo* sofre um primeiro impacto com o emprego, pela CF de 1988, da expressão *processo administrativo* no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Onze anos depois, é editada a Lei Federal nº 9.784/1999, que opta, desde a ementa, pela expressão *processo administrativo*.

Sérgio Ferraz e Adílson Dallari – este, membro da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto que resultaria nessa lei – alegam três razões para a opção adotada: por imperativo lógico, não há razão para denominar realidade análoga à do processo judicial com outra designação; por razão normativa, já que a CF de 1988 adotou a expressão *processo administrativo*; e por “critério ideológico”, pois, como indagam: “Como amesquinhar essa notável redefinição, de índole substantiva (‘processo’ como direito público subjetivo), na apertada síntese de uma expressão de índole estritamente instrumental e adjetiva, com é próprio da expressão ‘procedimento administrativo’?”²⁰

Então, somente no século XXI reverte-se a tendência a identificar *processo* com a função jurisdicional.

Assim, entende-se por que a previsão constitucional da competência da União para legislar privativamente sobre direito *processual*, desde 1934, foi interpretada como referente ao processo judicial. Nesse mesmo sentido continua sendo entendido o art. 22 da CF de 1988, I, ao prever que compete privativamente à União legislar sobre Direito Processual.

A expressão do inc. XI do art. 24 tem sentido complementar ao art. 22, I, de modo que a competência dos estados-membros e do Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual refere-se ao processo judicial.²¹ Também nos parece razoável interpretar que o inc. XI do art. 24 abrange processos administrativos intrinsecamente relacionados ao processo judicial, como no caso do inquérito policial em relação ao processo penal.²²

¹⁹ Por exemplo: SUNDFELD, A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, v. 20, n. 84, p. 64-74, out./dez. 1987, p. 73.

²⁰ FERRAZ; DALLARI, *Processo Administrativo*, 2001, p. 34-36.

²¹ No mesmo sentido: MODESTO, Federalismo administrativo, processo e experimentação. *Conjur*, 08.12.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/interesse-publico-federalismo-administrativo-processo-experimentacao/>. Acesso em: 25 fev. 2024.

²² Conforme já decidiu o STF: “1. O inquérito policial está inserido na competência concorrente da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual, conferida pelo inc. XI do art. 24 da Constituição da República. Precedentes. 2. Pela natureza procedimental administrativa do boletim de ocorrência, o Estado de São Paulo é competente para legislar sobre esse ato. Precedentes” (ADI nº 4.337, Relatora: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 13.09.2019).

Ademais, tendo em vista que os municípios não exercem a função jurisdicional, se o inc. XI do art. 24 pudesse ser entendido como abrangente do processo administrativo, haveria um grande decote da competência municipal. Isso porque o art. 24 trata de competências concorrentes entre a União, de um lado, e estados-membros e Distrito Federal, de outro. Os municípios estariam excluídos dessas competências e, assim, não poderiam legislar sobre processo administrativo, ainda que de modo concorrente. Ou, por aplicação do art. 30, II, da CF, no máximo poderiam “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

Considerando que, no mesmo art. 30, I, a CF determina competir aos municípios “legislar sobre assuntos de interesse local”, e que a competência para normatizar seus próprios processos e respectivos procedimentos é condição relevante para assegurar a autonomia municipal, não nos parece cabível que os municípios fiquem privados da competência para editar normas de processo administrativo, nem sobre procedimentos relativos a essa espécie processual.²³

O terceiro argumento encontrável no referido texto da SBDP é o de que “a jurisprudência mais recente dos tribunais superiores tem conferido efeitos nacionais a normas básicas da legislação federal sobre processo administrativo, alcançando também os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. Cita como exemplos a já referida decisão do STF na ADI nº 4.337 e aquela expedida na ADI nº 6.019, em que se considerou obrigatório, nacionalmente, o prazo quinquenal de decadência para anulação de atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados.²⁴

Cita-se também a Súmula nº 633 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual:

A Lei 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.

Nenhuma dessas decisões, porém, parece-nos embasar a conclusão de que o art. 24, XI, da CF, atribuiria à União a competência para estabelecer normas gerais de processo administrativo.

²³ Neste sentido, a observação de Paulo Modesto: “Os municípios poderão legislar apenas em caráter residual, suplementando o que remanescer da legislação federal e estadual, com fundamento no artigo 30, II, o que claramente é incompatível com a autonomia administrativa dos municípios se ampliado o alcance do artigo 24, XI, da CF, para abranger os procedimentos em matéria administrativa. Contrariamente, sendo o artigo 24, XI, referente exclusivamente a ‘procedimento em matéria processual’ de natureza jurisdicional, harmoniza-se a arquitetura federativa” (MODESTO, Federalismo administrativo, processo e experimentação. *Conjur*, 08.12.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/interesse-publico-federalismo-administrativo-processo-experimentacao/>. Acesso em: 25 fev. 2024).

²⁴ Confira-se o seguinte trecho da ementa: “(...) o prazo quinquenal consolidou-se como marco temporal geral nas relações entre o Poder Público e particulares (v., e.g., o art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 e o art. 173 do Código Tributário Nacional), e esta Corte somente admite exceções ao princípio da isonomia quando houver fundamento razoável baseado na necessidade de remediar um desequilíbrio entre as partes. (...) Os demais estados da Federação aplicam, indistintamente, o prazo quinquenal para anulação de atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados, seja por previsão em lei própria ou por aplicação analógica do art. 54 da Lei nº 9.784/1999. Não há fundamento constitucional que justifique a situação excepcional do Estado de São Paulo, impondo-se o tratamento igualitário nas relações Estado-cidadão.” (ADI nº 6.019, redator do acórdão: Roberto Barroso, julgamento: 12.05.2021).

No caso da ADI nº 4.337, tratou-se de reconhecer a competência concorrente entre União e Estados quanto à normatização do inquérito policial, que é processo administrativo auxiliar ao processo judicial.

Quanto à ADI nº 6.019, entendeu-se que a existência de prazos decadenciais distintos nas diversas estruturas administrativas estaduais ofenderia o princípio constitucional da isonomia. Pode-se, eventualmente, não concordar com esse raciocínio, mas não é correto afirmar que ele teria se sustentado em suposta competência da União para editar normas gerais de processo administrativo.

No que diz respeito à Súmula nº 633 do STJ, a aplicabilidade de normas da Lei Federal de Processo Administrativo é admitida, para estados e municípios, apenas como forma de suprimento de lacunas (“de forma subsidiária”), ou seja, “se inexistente norma local e específica que regule a matéria”, e não como texto de normas gerais.²⁵

Talvez porque não houvesse inteiro convencimento sobre a competência da União para editar normas gerais sobre concursos públicos, ao se aprovar o PL nº 252/2003, incluiu-se o §2º no art. 13, com a seguinte previsão:

§2º. Alternativamente à observância das normas desta lei, os Estados, o Distrito Federal e Municípios podem optar por editar normas próprias, observados os princípios constitucionais da administração pública e da presente lei.

Como registrado, o §4º do art. 24 da CF determina, em matéria de competência concorrente, que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

Ao inverter essa fórmula, inclusive em favor de leis municipais, não se está mais tratando da referida competência concorrente.

Mas, conforme o PL nº 252/2003, por outro lado, se estados e municípios optarem pela edição de normas próprias, eles devem observar “os princípios constitucionais da administração pública e da presente lei”.

Quanto aos princípios constitucionais, a previsão é completamente despicienda, pois todas as normas da CF obrigam, por força própria, os respectivos destinatários.

Já os princípios “da presente lei”, que não forem de índole constitucional, não podem obrigar os Estados e os Municípios, a não ser que a União tivesse competência para editar normas gerais sobre concurso público, ou mesmo processo administrativo, o que não nos parece ser o caso.

²⁵ Novamente comungamos dos ensinamentos de Paulo Modesto que, a respeito da Súmula nº 633 do STJ, pondera: “Essa operação hermenêutica é realizada sem o reconhecimento da competência da União para legislar sobre normas gerais de processo ou procedimento administrativo. Determina-se a aplicação da legislação federal exclusivamente em caráter integrativo, ante lacuna da legislação local, com invocação de princípios e direitos fundamentais dos cidadãos de obrigatória vigência nacional, a exemplo da segurança jurídica, proporcionalidade e razoabilidade, e com expressa ressalva da superveniente aprovação de legislação própria pelos estados e municípios. É dizer: adota-se sistemática inversa àquela prevista no artigo 24 da Constituição, dado que esta última apenas admite a competência plena do Estado-membro exclusivamente ante a inércia legislativa da União” (MODESTO, Federalismo administrativo, processo e experimentação. *Conjur*, 08.12.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/interesse-publico-federalismo-administrativo-processo-experimentacao/>. Acesso em: 25 fev. 2024).

3 Conclusão

No presente texto, tivemos como objetivo analisar os aspectos de constitucionalidade formal do PL nº 252/2003, em especial, aquele que nos parece ser o mais problemático: a atribuição, às suas disposições, do *status* de normas gerais, com o fito de obrigar também os Estados, Municípios e o Distrito Federal.

Considerando que, conforme registrado no parecer do relator do substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados, o embasamento jurídico do PL foi o referido documento da SBDP, fizemos também a análise desse texto e, como desfecho, nenhum dos fundamentos ali registrados parece-nos suficiente para embasar a pretensão de editar uma lei de normas gerais sobre concursos públicos.

Quanto ao conteúdo do PL nº 252/2003, embora não tenha sido o foco do presente texto, é oportuno registrar que ele traz importantes ideias para a racionalização do procedimento do concurso público. Porém, o que o Congresso Nacional pode, nessa matéria, é aprovar uma lei federal que, uma vez em vigor, poderá servir de referência para os demais entes federativos, mas preservada a sua autonomia para conformação de seus concursos públicos.

Por outro lado, é também importante reconhecer que o conteúdo do PL nº 252/2003 é composto, em grande parte, de normas muito genéricas, que pouco nos parece poderem contribuir para a solução de problemas relacionados aos concursos públicos.

Permitir que a autonomia dos entes federativos continue a ser exercida nesse campo, mantido o papel controlador do Judiciário, por meio do qual se vêm fixando diretrizes de aplicação das regras e princípios constitucionais, parece-nos ser um caminho mais promissor do que a escolha de mais uma opção centralizadora.²⁶

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei (PL) nº 252/2003*. Dispõe sobre as normas gerais relativas a concursos públicos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105464>. Acesso em: 23 fev. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer de Plenário pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Projeto de Lei nº 252, de 2003*. Relator: Deputado Eduardo Cury. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105464>. Acesso em: 23 fev. 2024.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 90, p. 245-251, 1995. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296>. Acesso em: 25 fev. 2024.

MODESTO, Paulo. Concurso público: experimentação administrativa ou lei nacional? *Conjur*, 07.12.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-07/concurso-publico-experimentacao-administrativa-ou-lei-nacional/>. Acesso em: 25 fev. 2024.

²⁶ Também nesse sentido: MODESTO, Paulo. Concurso público: experimentação administrativa ou lei nacional? *Conjur*, 07.12.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-07/concurso-publico-experimentacao-administrativa-ou-lei-nacional/>. Acesso em: 25 fev. 2024.

MODESTO, Paulo. Federalismo administrativo, processo e experimentação. *Conjur*, 08.12.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/interesse-publico-federalismo-administrativo-processo-experimentacao/>. Acesso em: 25 fev. 2024.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 39. ed. Barueri: Atlas, 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. Núcleo de Inovação da Função Pública. *Para Modernizar os Concursos Públicos no Brasil*. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://sbdp.org.br/category/nucleo-de-inovacao-da-funcao-publica/>. Acesso em: 22 fev. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, v. 20, n. 84, p. 64-74, out./dez. 1987, p. 73.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

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

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Concursos públicos: o projeto de lei nacional e a alegada competência da união para editar normas gerais. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 61-71. ISBN 978-65-5518-820-2.

O PODER DE SANÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS À LUZ DOS TEMAS 157, 835 E 1287 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PEDRO HENRIQUE MAGALHÃES AZEVEDO

1 Introdução

As discussões acerca dos limites de atuação dos Tribunais de Contas têm crescido nos últimos anos. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, questões sensíveis foram objeto de análise, tais como a prescrição da pretensão executória fundada em decisão do Tribunal de Contas (RE 636.886, Tema de Repercussão Geral 899, publicado em 24.06.2020), a competência para execução das multas aplicadas pelos órgãos de controle externo (RE 1.003.433, Tema de Repercussão Geral 642, publicado em 13.10.2021) e a compatibilidade da Súmula 347 com a Constituição da República (MS 25.888/DF, publicado em 11.09.2023).

No fim de 2023, novamente o Supremo Tribunal Federal deparou-se com caso concreto envolvendo a forma de atuação dos Tribunais de Contas. Dessa vez, no âmbito do Recurso Extraordinário com Agravo 1.436.197, discutiu-se a possibilidade de os órgãos de controle externo aplicarem sanções a Prefeitos e Governadores. Até então, ao menos na esfera dos Tribunais de Contas, não havia dúvidas acerca da existência desse poder sancionatório tendo como sujeitos os Chefes do Poder Executivo.

No presente artigo, dividido em cinco seções, incluindo a introdução e a conclusão, serão analisadas, inicialmente, as duas competências mais clássicas dos Tribunais de Contas – consultiva e julgamento –, as quais são o alicerce para a discussão dos limites de atuação do controle externo em face de Prefeitos e Governadores. Na sequência, realizar-se-á exame crítico da classificação doutrinária das contas prestadas pelos jurisdicionados em “gestão” e “governo”. Finalmente, com a base teórica estabelecida, será possível estudar a evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal que trataram do poder sancionatório dos Tribunais de Contas.

Espera-se, com isso, trazer mais elementos para o aprimoramento da atuação dos Tribunais de Contas de modo a torná-la mais efetiva e aderente aos preceitos constitucionais.

2 Competência consultiva e de julgamento dos Tribunais de Contas

Tradicionalmente, os Tribunais de Contas brasileiros são conhecidos por emitirem pareceres prévios sobre as contas dos Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores do Estado e Prefeitos municipais), bem como por julgar as contas de todos os demais administradores. Essas são as duas primeiras competências atribuídas pela Constituição da República aos órgãos de controle externo nos incisos I e II do art. 71 da Constituição Federal.

Em relação à primeira atribuição – emissão de parecer prévio –, grande parte da doutrina denomina essa atividade do Tribunal de Contas de “consultiva”.¹ Ocorre que os Tribunais de Contas também emitem pareceres em consultas formuladas por jurisdicionados. Neste caso, contudo, o parecer possui natureza normativa,² ao passo que no parecer prévio sobre contas de governo a natureza é técnico-opinativa (STF, Tema 157 de Repercussão Geral, RE nº 729744, apreciado em 17.08.16).

De toda sorte, a apreciação das contas anuais do Chefe do Poder Executivo constitui o momento no qual os Tribunais de Contas analisam, em regra, o resultado das políticas públicas, o cumprimento dos planos (em especial do plano plurianual), a obediência ao orçamento público e o respeito aos limites fiscais. O conteúdo da prestação de contas anual varia entre os Tribunais, mas, frequentemente, itens como limite de gasto com pessoal, percentual mínimo de aplicação em ensino e saúde e créditos adicionais são examinados pelos órgãos de controle.

Por meio da Resolução 01/2021, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON³ – recomendou aos órgãos de controle que analisem, no mínimo, os seguintes aspectos nas contas do chefe do Executivo: conjuntura econômica e social; apreciação dos balanços gerais; apreciação da execução orçamentária, financeira e fiscal; resultado do desempenho do governo; monitoramento das deliberações constantes nos pareceres prévios anteriores.

Concluído o exame das contas, o colegiado competente emite o parecer prévio, o qual consiste em condição necessária para que o Poder Legislativo realize o julgamento das contas do Prefeito, do Governador e do Presidente da República. Trata-se de típica situação em que se verifica a unicidade da função de controle, partilhada harmonicamente entre Tribunal de Contas e Legislativo, e a multiplicidade de competências entre esses mesmos órgãos.

Já em relação à competência inserta no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, tem-se que todos os demais administradores (do Presidente do Supremo Tribunal Federal

¹ BUGARIN, Bento José. Evolução do controle externo no Brasil. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 87, p. 224-237, jan./mar. 2001. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/931/995>. Acesso em: 30 jan. 2024; GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

² PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*. 1997. 279f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. 1997.

³ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. Resolução 01 de 28 de abril de 2021. Disponível em: <https://atrimon.org.br/wp-content/uploads/2021/04/RESOLUCAO-N.-01-2021-ATRICON-Apreciacao-do-Parecer-Previo-das-contas-do-Chefe-do-Poder-Executivo-publicacao.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

ao diretor de uma associação municipal que recebeu recursos públicos em decorrência de termo de fomento) estão sujeitos a terem suas contas julgadas diretamente pelo Tribunal de Contas. Não há nesse caso coparticipação do Poder Legislativo.

Conforme mencionado por Luiz Henrique Lima, “o termo julgamento, introduzido na Constituição de 1934, tem provocado intenso debate na doutrina”.⁴ É que julgar carrega a acepção semântica de resolver determinada situação com caráter de definitividade. No entanto, considerando o princípio da jurisdição una e a ausência de um contencioso administrativo no Brasil, não é possível excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, de modo que muito se discute sobre a existência, ou não, de uma função judicante nos Tribunais de Contas.

O ponto que importa, para fins do presente estudo, é que, em relação aos demais administradores públicos, o Tribunal de Contas julga suas contas, podendo, até mesmo, aplicar sanções no caso de despesas ilegais ou contas irregulares (art. 71, VIII, da Constituição Federal).

Feita a distinção entre os destinatários das duas clássicas competências do Tribunal de Contas, passa-se a analisar o tratamento dado pela doutrina às contas objeto de apreciação.

3 Contas de gestão e contas de governo

Caso haja alguma similaridade entre os incisos I e II do art. 71 da Constituição, ela está no uso da expressão “contas”. Ambos os dispositivos outorgam aos Tribunais de Contas competências para ora emitir parecer prévio sobre contas, ora para julgar contas. Diante disso, surgiram na doutrina questionamentos acerca do que seriam essas contas e, principalmente, se haveria distinção entre elas.

Em 2007, Caldas Furtado,⁵ em artigo muito celebrado e que acabou por virar referência na análise do regime de contas públicas, apontou a existência de duas categorias distintas de contas: as chamadas contas de governo e as denominadas contas de gestão. As primeiras de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, embasadas no art. 71, I, da Constituição Federal, e as segundas atinentes aos administradores e demais responsáveis, derivadas, portanto, do art. 71, II, da Constituição.

Confirmam-se as lições do autor para explicar o alcance e a diferença das duas espécies de contas:

A prestação de contas de governo, que se diferencia da prestação de contas de gestão (vide o item seguinte), é o meio pelo qual, anualmente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos Municipais expressam os resultados da atuação governamental no exercício financeiro a que se referem.

(...)

⁴ LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo: Teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 49.

⁵ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão. *Revista do TCU*, n. 109, 2007. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/438>. Acesso em: 21 fev. 2024.

Tratando-se de exame de contas de governo o que deve ser focalizado não são os atos administrativos vistos isoladamente, mas a conduta do administrador no exercício das funções políticas de planejamento, organização, direção e controle das políticas públicas idealizadas na concepção das leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA), que foram propostas pelo Poder Executivo e recebidas, avaliadas e aprovadas, com ou sem alterações, pelo Legislativo.

(...)

As contas de gestão, que conforme as normas de regência podem ser anuais ou não, evidenciam os atos de administração e gerência de recursos públicos praticados pelos chefes e demais responsáveis, de órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive das fundações públicas, de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e municípios, tais como: arrecadação de receitas e ordenamento de despesas, admissão de pessoal, concessão de aposentadoria, realização de licitações, contratações, empenho, liquidação e pagamento de despesas.⁶

A partir de então, as expressões “contas de governo” e “contas de gestão” passaram a ser amplamente empregadas pelos Tribunais de Contas para distinguir aquelas contas sujeitas a parecer prévio das que estão sujeitas a julgamento.

Posteriormente, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON – editou a Resolução 01/14,⁷ por meio da qual estabeleceu os conceitos de “contas de governo” e “contas de gestão” em seu anexo único:

9 e) Contas de gestão: contas dos administradores e responsáveis por recursos ou por contrair obrigações públicas, marcadas pela generalização da figura do prestador ou ordenador, aquele que movimenta os recursos financeiros da entidade ou do órgão, emitindo ordem de serviço, atestando a prestação de serviços e o fornecimento de mercadorias, assinando notas fiscais e recibos. Sujeitam-se a julgamento pelos Tribunais de Contas (artigo 71, II, CF);

9 f) Contas de governo: contas globais, prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, cujo principal objetivo é a análise dos planos de governo e sua correspondente execução, sob os crivos contábil, orçamentário, financeiro, operacional e patrimonial, havendo um complexo de atos permeados por determinadas balizas, quais sejam, os limites constitucionais e legais de planejamento e execução do orçamento e das finanças públicas. Sujeitam-se a parecer prévio pelos Tribunais de Contas e a julgamento pelo Poder Legislativo (artigo 71, I, CF).

Veja-se que, embora tenha sido feita a diferenciação das duas espécies, a conceitualização das “contas de gestão” tratou apenas do sujeito (não do objeto), ao passo que a definição de “contas de governo” foi além e dispôs sobre os dois temas.

De toda sorte, com a referida distinção, foi possível até mesmo justificar a existência do duplo regime de julgamento do Prefeito municipal: um político, conduzido pela Câmara, após o parecer prévio do Tribunal de Contas, e outro técnico, iniciado e

⁶ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão. *Revista do TCU*, n. 109, 2007. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/438>. Acesso em: 21 fev. 2024.

⁷ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. Resolução 01 de agosto de 2014. Disponível em: https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/08/ResolucaoAtricon_01-2014_DCE3201-2014_AgilidadePrazos.pdf. Acesso em: 18 fev. 2024.

concluído integralmente pelo Tribunal de Contas. Esse último caso ocorreria na hipótese da prática, pelo Chefe do Poder Executivo, de atos de ordenamento de despesas. Sendo a hipótese de julgamento, os órgãos de controle externo poderiam, até mesmo, aplicar sanções aos Prefeitos.

A esse respeito, Caldas Furtado tece as seguintes considerações:

Nessas circunstâncias, a *apreciação das contas de governo* do Chefe do Executivo municipal será consubstanciada na peça denominada *parecer prévio* (CF, art. 71, I, c/c 75, *caput*), enquanto as *contas de gestão* do Prefeito ordenador de despesas serão *julgadas* mediante a emissão de *acórdão* (CF, art. 71, II, c/c 75, *caput*), que terá força de título executivo, caso haja imputação de débito ou aplicação de multa (CF, art. 71, §3º). [4] Alguns Tribunais de Contas Estaduais processam as contas de governo e de gestão, apresentadas pelos Prefeitos, nos autos de um único processo; nessa hipótese, constarão nesse processo dois atos decisórios (*parecer prévio e acórdão*) emitidos pelo Órgão de Contas.⁸

No mesmo sentido são as lições de Luciano Ferraz:

Se ditas competências fossem fixadas em razão da pessoa – isto é: se a competência do inciso I do art. 71 c/c o art. 49, IX, da Constituição, fosse excludente da competência prevista no inciso II do art. 71 –, em vez de fixadas em razão da matéria – contas de governo e contas de gestão –, bastaria ao Chefe do Poder Executivo homologar, ao cabo do exercício financeiro, todos os ordenamentos de despesa de seus subalternos (o poder hierárquico o autoriza), para que os Tribunais de Contas não pudessem julgá-los (os subalternos).⁹

É importante mencionar que ainda existem questionamentos a respeito da existência, ou não, desse duplo regime de contas – governo e gestão.

Argumentam os que advogam a não existência desse duplo regime, em primeiro lugar, que não faria sentido atribuir conceitos distintos para a mesma expressão utilizada pelo constituinte originário. Se o mesmo termo foi escolhido para definir o objeto sobre o qual incidirá a análise do Tribunal de Contas, ou seja, as contas, não caberia à lei e nem mesmo à doutrina estabelecer sentidos diferentes. As contas, portanto, de governo ou de gestão, teriam um mesmo significado tanto na hipótese do art. 71, I, da Constituição Federal, como no caso do art. 71, II. O que mudaria seria apenas a forma como os órgãos de controle atuariam: ora como parecerista, ora como julgador.

Em segundo lugar, de acordo com essa linha de pensamento, dever-se-ia indagar se o constituinte quis estabelecer competências em razão da função exercida pela pessoa ou do cargo por ela ocupado. Aqueles que defendem a competência em razão da função afirmam existir o chamado duplo regime de contas, segundo o qual o Prefeito, quando atua como ordenador de despesas, está sujeito a julgamento pelo Tribunal de Contas, uma vez que ele teria deixado de exercer sua função “política” e passaria a exercer a função de “ordenador de despesa”.

⁸ FURTADO, José de Ribamar Caldas. *O caso do Prefeito ordenador de despesas*. Disponível em: <https://atrimon.org.br/o-caso-do-Prefeito-ordenador-de-despesas/>. Acesso em: 14 fev. 2024.

⁹ FERRAZ, Luciano. Controle externo e julgamento de contas – questão de competência. In: RASO, Luciana; PIRES, Maria Coeli Simões. *Paulo Neves de Carvalho: suas lições por seus discípulos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Ocorre que em momento algum o inciso II mencionou expressamente o “ordenador de despesa”, mas, sim, o responsável “por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta”. De acordo com o art. 80, §1º, do Decreto-Lei nº 200/67, o ordenador de despesa é “toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda”. Ser responsável por dinheiro, bens e valores públicos é, conforme essa linha de pensamento, muito diferente do que ser responsável por expedir atos dos quais resultam emissão de empenho.

Por esse motivo, o constituinte teria previsto competência em razão do cargo ocupado (mandato exercido, no caso) e, sendo assim, não poderiam os Prefeitos estar sujeitos a julgamento pelo Tribunal de Contas, nem mesmo se praticassem, atipicamente, atos de ordenação de despesa. A esse respeito, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao apreciar o Recurso Extraordinário 848.826, que será analisado mais adiante, considerou “não ser juridicamente relevante a distinção dos tipos de contas a serem prestadas pelos chefes do Poder Executivo municipal para efeitos de determinação da competência para julgamento destas”.

Os Tribunais de Contas, contudo, na prática, têm se embasado na distinção doutrinária para aplicarem sanções aos Prefeitos ordenadores de despesa. Resta saber, então, como a posição desses órgãos de controle tem sido vista pelo Supremo Tribunal Federal.

4 Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

4.1 Tema 835 de repercussão geral

Por mais que, na prática, os Tribunais de Contas brasileiros sempre tenham trabalhado com a distinção entre contas de governo e contas de gestão, bem como com a possibilidade de se aplicar penalidade a Prefeito que também houvesse praticado irregularidade ao exercer atribuições de ordenador de despesa, fato é que esses temas foram submetidos ao Supremo Tribunal Federal e, em 2016, a decisão da Corte pegou os órgãos de controle de surpresa.

O caso submetido ao Supremo Tribunal Federal remonta às eleições de 2014 e diz respeito a um ex-Prefeito, candidato a Deputado Estadual, que, em função de ter tido suas contas desaprovadas pelo extinto Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará por não recolher contribuições previdenciárias, tornou-se inelegível para o pleito realizado naquele ano. Cabe dizer que o referido candidato havia sido Prefeito do Município de Horizonte, no Estado do Ceará, em 2000, e as contas objeto de desaprovação pelo Tribunal de Contas faziam referência a esse período.

Após todo o trâmite na Justiça Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que:

A inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 pode ser examinada a partir de decisão irrecurável dos tribunais de contas que rejeitam as contas do Prefeito que age como ordenador de despesas, diante da ressalva final da alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90.

Interposto recurso extraordinário em face dessa decisão, o processo foi distribuído ao Ministro Roberto Barroso. Reconhecida repercussão geral, o relator no STF votou no

sentido de que caberia aos Tribunais de Contas o julgamento das contas de gestão do Prefeito que houver atuado como ordenador de despesa, uma vez que, nessa hipótese, o gestor estaria no papel de administrador, e não no de Chefe político do Poder Executivo. Com efeito, apresentou a seguinte proposta de tese de repercussão geral:

Por força dos arts. 71, II, e 75, caput, da Constituição Federal, compete aos Tribunais de Contas dos Estados ou dos Municípios ou aos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, julgar em definitivo as contas de gestão de Chefes do Poder Executivo que atuem na condição de ordenadores de despesas, não sendo o caso de apreciação posterior pela Casa Legislativa correspondente.

Ocorre que, após o voto do Ministro Roberto Barroso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal debateu a questão e o Ministro Ricardo Lewandowski surgiu com posição distinta à do relator e contrária à prática da grande maioria dos Tribunais de Contas. O voto divergente acabou por ser acatado pela maioria do Colegiado, ficando vencidos os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Desse modo, a tese de repercussão geral fixada tornou-se a seguinte:

Para os fins do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de Prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores.

Para o Supremo Tribunal Federal, portanto, pouco importaria a natureza das contas – de governo ou de gestão –, uma vez que a definição do órgão competente dar-se-ia em razão do cargo ocupado pela pessoa. Sendo Prefeito, o julgamento das contas caberia exclusivamente à Câmara Municipal, mesmo na hipótese de ele ter atuado como ordenador de despesa. A lógica da distinção doutrinária das contas havia sido integralmente descartada e os Tribunais de Contas precisariam rever urgente e amplamente sua forma de atuação.

Ocorre que um “detalhe” na redação final da tese de repercussão geral levou a interpretação da decisão do STF a patamares a princípio distintos daqueles almejados pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Antes da apreciação do mérito do recurso extraordinário, ou seja, por ocasião da definição da existência ou não de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 27.08.2015, determinou as balizas do que deveria ser enfrentado pela Corte para fins da futura tese a ser fixada:

Constitui questão constitucional com repercussão geral a definição do órgão competente – Poder Legislativo ou Tribunal de Contas – para julgar as contas de Chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas, à luz dos arts. 31, § 2º; 71, I; e 75, todos da Constituição.

Nota-se que, em momento algum, o relator limitou os contornos da futura tese especificamente à seara eleitoral. O que deveria ser objeto de debate e, conseqüentemente, de manifestação definitiva por aquela Corte era o órgão competente para julgar as contas

do Chefe do Poder Executivo. É dizer, ainda que o caso concreto dissesse respeito à inelegibilidade decorrente de decisão do Tribunal de Contas, os contornos traçados na decisão de reconhecimento de repercussão geral extrapolaram essa seara.

Tanto é assim que a tese inicialmente apresentada pelo relator, Ministro Roberto Barroso, sequer continha referência à legislação eleitoral ou à inelegibilidade. Pelo contrário, ela se ateu às balizas definidas na decisão que reconheceu a repercussão geral do recurso extraordinário (definição do órgão competente para julgar as contas do Chefe do Executivo ordenador de despesas). No entanto, a tese vencedora, oriunda do voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski, acabou por restringir a manifestação do STF a apenas um aspecto específico – o eleitoral –, deixando em aberto a definição macro do órgão competente para julgar contas.

Essa (in)definição, fruto da tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, acabou sendo interpretada pela maioria dos órgãos de controle da seguinte forma: para fins de enquadramento da decisão do Tribunal de Contas à lei de inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/1990), o órgão competente seria a Câmara Municipal. Para todos os demais fins, incluindo a aplicação de sanções em face de Prefeitos ordenadores de despesas, o órgão competente seria o próprio Tribunal de Contas.

Sintetizando essa interpretação e apenas poucos dias após a decisão que fixou a tese de repercussão geral (e antes mesmo da sua publicação oficial), a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON – expediu a Resolução 04/2016,¹⁰ recomendando a todos os Tribunais de Contas que adotassem as seguintes condutas:

Os Tribunais de Contas remetam às Câmaras de Vereadores os acórdãos proferidos acerca das CONTAS DE GESTÃO de recursos municipais de Prefeito que tenha agido na qualidade de ordenador de despesas, a fim de que tais Casas Legislativas as apreciem exclusivamente em razão do disposto no artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990, ou seja, apenas para fins de legitimar a possível inelegibilidade do chefe do Poder Executivo, permanecendo intactas as competências dos Tribunais de Contas para 1) imputar dano e aplicar sanções com força de título executivo aos mencionados gestores, b) conceder medidas cautelares e também c) fiscalizar os recursos de origem federal ou estadual que foram ou estejam sendo aplicados mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres celebrados com os entes federados municipais, podendo a rejeição das contas pelos Tribunais de Contas, nesta última hipótese, que não foi objeto do referido julgamento, gerar a inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/90.

Já em 2018, esse entendimento da ATRICON foi consolidado na Resolução 01/2018,¹¹ por meio da qual foi recomendada a todos os Tribunais de Contas a dissociação entre o parecer prévio para fins de inelegibilidade e o acórdão de julgamento para os demais fins sempre que os órgãos de controle externo estivessem diante de contas de Prefeitos ordenadores de despesas:

¹⁰ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. Resolução 04 de 25 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2016/09/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Atricon-04-2016.doc.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2024.

¹¹ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. Resolução 01 de 13 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Resolu%C3%A7%C3%A3o-01-18-Prefeito-ordenador-de-despesa.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2024.

Art. 1º - No processo de contas de gestão em que o Prefeito figurar como ordenador de despesa, o Tribunal de Contas emitirá:

I – parecer prévio, que instrumentalizará o julgamento pela Câmara Municipal, para os fins do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (alterado pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010); e

II – acórdão de julgamento, para os demais efeitos, como, por exemplo, imputação de débito, aplicação de multa, entre outros.

O posicionamento da associação baseou-se, estritamente, na literalidade da tese fixada no Tema 835 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal. No entanto, analisando os fundamentos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, é possível extrair que a ideia intrínseca à tese seria de que não teriam os Tribunais de Contas competência para julgar quaisquer espécies de contas de Prefeito, mesmo na hipótese de ele ter atuado como ordenador de despesa. Alguns excertos do voto evidenciam essa posição:

a opção do constituinte foi a de destinar o julgamento de todas as contas à Câmara, em clara demonstração de respeito à relação de equilíbrio que deve necessariamente existir entre os Poderes da República, na sistemática de “checks and balances”. Não caberia, portanto, tal encargo aos técnicos dos Tribunais de Contas, que não são detentores de poder.

(...)

o juiz natural das contas do Prefeito sempre será a Câmara Municipal, prestigiando-se, portanto, a democracia, a soberania popular, a independência e a autonomia do órgão legislativo local.

(...)

Verifico que a distinção entre as contas políticas e as contas de gestão passou a ser feita pela Lei Complementar 135/2010. No entanto, percebo que houve um exacerbamento hermenêutico em relação aos seus dispositivos, de modo a atribuir-se aos Tribunais de Contas, indevidamente, força vinculante aos seus pareceres, em se tratando de contas de gestão.

Na prática, prevaleceu a interpretação literal da tese de repercussão geral, de modo que a decisão do Supremo Tribunal Federal pouco surtiu efeito na rotina dos órgãos de controle externo, tendo eles continuado a aplicar multas a Prefeitos. Ainda assim, permanecia a insegurança sobre quais seriam, de fato, os limites e a extensão dos poderes sancionatórios dos Tribunais de Contas sobre os chefes do Poder Executivo municipal.

4.2 Tema 157 de repercussão geral

O segundo caso a ser analisado diz respeito ao Recurso Extraordinário 729.744/MG, apreciado na mesma data do Tema 835 de repercussão geral. No âmbito do referido processo, o ex-Prefeito de Bugre, Minas Gerais, tinha se candidatado para ocupar a chefia do Poder Executivo municipal, nas eleições locais de 2012. Considerando que o Tribunal de Contas havia emitido parecer prévio pela rejeição de suas contas relativas ao exercício de 2001, a oposição questionou a nova candidatura do ex-Prefeito, argumentando que o parecer prévio do Tribunal de Contas deveria prevalecer até o julgamento definitivo das contas pela Câmara Municipal. Após o trâmite em primeira e segunda instâncias, o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário.

Ao apreciar o recurso, o Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, discorreu sobre a distinção doutrinária entre as espécies de contas e alertou que “temos de tomar cuidado ao definir quando a manifestação do tribunal de contas se refere ao exame de contas de gestão ou não”. Em seguida, o relator foi claro ao afirmar que:

No tocante às contas do Chefe do Poder Executivo, a Constituição confere à Casa Legislativa, além do desempenho de suas funções institucionais legislativas, a função de controle e fiscalização de suas contas, em razão de sua condição de órgão de Poder, a qual se desenvolve por meio de um processo político-administrativo cuja instrução se inicia na apreciação técnica do Tribunal de Contas.

Em sequência, dando início ao processo de construção da tese de repercussão geral, o Ministro Gilmar Mendes salientou que “o entendimento de que o parecer conclusivo do Tribunal de Contas produziria efeitos imediatos, que se tornariam permanentes no caso do silêncio da Casa Legislativa, ofende a regra do art. 71, I, da Constituição”.

É interessante notar que, nesse caso, o Ministro Teori Zavascki considerou procedente a tese do duplo regime de contas, no caso do Prefeito ordenador de despesas, e, para tanto, trouxe os seguintes argumentos:

A questão que surge é nesta peculiar hipótese em que o chefe do Poder Executivo assume também a condição de ordenador de despesa. Essa é a questão. Normalmente, isso não acontece. Imagino que isso deva acontecer em pequenas cidades. Ora, quando isso ocorre, o ato do Tribunal de Contas também tem eficácia de decisão. O Prefeito ordenador de despesa também sofre multa. O Prefeito ordenador de despesa, que tem contra si constituído um débito, também é sujeito passivo dessa decisão, que não é parecer prévio, mas sim um título executivo que pode ser voltado contra ele.

Por tais razões, entendo que, quando o Prefeito assume a condição, que não precisa assumir, de ordenador de despesa e assim pratica atos de gestão, ele fica sujeito ao regime dos demais ordenadores de despesa.

De outro lado, a Ministra Cármen Lúcia, ao apresentar sua proposta de tese de repercussão geral, tangenciou o duplo regime de contas, mas considerou que, tanto no caso de contas de governo como na hipótese de contas de gestão, o órgão competente para apreciar o parecer prévio do Tribunal de Contas (e julgar – ainda que a Ministra não tenha usado esse termo expressamente) seria a Câmara Municipal:

A omissão da Câmara Municipal em apreciar o parecer técnico do Tribunal de Contas sobre as contas anuais, de gestão ou atinentes à função de ordenador de despesas do Prefeito, não corresponde à aprovação tácita do parecer.

Em que pesem essas discussões, a proposta de tese vencedora foi a do Ministro Gilmar Mendes, que optou por não distinguir as duas espécies de contas:

O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo, exclusivamente, à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo.

Vê-se, portanto, que nada mais foi dito pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade, ou não, da imputação de sanções aos Chefes do Poder Executivo pelos Tribunais de Contas. As duas teses de repercussão geral, tanto a contida no tema 835, como a do 157, ativeram-se apenas a aspectos da natureza jurídica do parecer prévio e ao órgão competente para julgar as contas, “para os fins do art. 1º I, g, da Lei Complementar 64/1990”. Para extrair mais informações, somente recorrendo à fundamentação e às discussões em ambos os processos.

Por mais que os Tribunais de Contas continuassem aplicando sanções a Prefeitos ordenadores de despesas, ainda não havia decisão clara do Supremo Tribunal Federal a respeito dessa questão.

4.3 Tema 1287 de repercussão geral

Nesse contexto ainda nebuloso acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o ex-Prefeito de Vale do Paraíso, Rondônia, ajuizou ação declaratória, objetivando a nulidade de acórdão do Tribunal de Contas daquele Estado, por meio do qual foi aplicada multa e determinado o ressarcimento de dano ao erário ao gestor público, em decorrência de irregularidades na gestão de convênio. Tanto o juízo de primeiro grau como o Tribunal de Justiça entenderam não assistir razão ao ex-Prefeito. Assim, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, mediante recurso extraordinário com agravo.

O recorrente aduziu que não poderia “o Tribunal de Contas julgar quaisquer contas do Chefe do Poder Executivo, seja por gestão ou execução de convênio, entendimento que estaria amparado no julgamento dos recursos extraordinários 848.826 e 729.744, respectivamente Temas 835 e 157 da Repercussão Geral”, uma vez que “o juiz natural das contas do Prefeito sempre será a Câmara Municipal”.

No fim de 2023, o Ministro Luiz Fux, relator do caso, traçou panorama dos dois temas de repercussão geral aludidos pelo recorrente e, em seguida, estabeleceu os contornos do que o Supremo Tribunal Federal apreciaria:

O caso ora em apreço não envolve a discussão de inelegibilidade – já enfrentada no caso supramencionado –, nem o julgamento das contas anuais do Poder Executivo municipal, mas envolve a possibilidade, ou não, de imputação administrativa de débito e multa a ex-Prefeito, pelos Tribunais de Contas, em procedimento de tomada de contas especial, decorrente de irregularidades na execução de convênio firmado entre entes federativos (no caso, os entes estadual e municipal).

Constato, a par desse quadro, que a questão jurídico-constitucional versada nestes autos – referente à possibilidade de fiscalização e/ou a aplicação de outras sanções pelos Tribunais de Contas na apreciação de contas do Chefe do Executivo – diz respeito ao alcance da tese firmada em sede de repercussão geral no julgamento do RE 848.826-RG (Tema 835).

Em continuação, o relator afirmou que, ao analisar o Tema 835, “o STF limitou-se a vedar a utilização do parecer do Tribunal de Contas como fundamento suficiente para rejeição das contas anuais dos Chefes do Poder Executivo Municipal e do consectário reconhecimento de inelegibilidade”. A partir de então, baseando não na distinção entre

“contas de governo” e “contas de gestão”, o Ministro Luiz Fux salientou que a aplicação de sanções a Prefeitos encontraria respaldo na competência fiscalizatória dos Tribunais de Contas, prevista nos incisos VI e VIII do art. 71 da Constituição Federal.

Diante disso, ponderando sobre o alcance dos Temas 157 e 835, o Ministro Fux assim decidiu:

O fato de haver decisão no sentido de que compete ao Legislativo o julgamento das contas do Prefeito para fins do reconhecimento de inelegibilidade não têm o condão de impedir o natural exercício da atividade fiscalizatória, nem das demais competências dos Tribunais de Contas em toda sua plenitude, tendo em vista não só o conteúdo dos debates e votos proferidos no julgamento dos Temas 157 e 835, mas também a autonomia atribuída constitucionalmente às Cortes de Contas.

Finalmente, a proposta de tese de repercussão geral restou assim definida pelo relator:

No âmbito da tomada de contas especial, é possível a condenação administrativa de Chefes dos Poderes Executivos municipais, estaduais e distrital pelos Tribunais de Contas, quando identificada a responsabilidade pessoal em face de irregularidades no cumprimento de convênios interfederativos de repasse de verbas, sem necessidade de posterior julgamento ou aprovação do ato pelo respectivo Poder Legislativo.

Se antes ainda havia dúvidas acerca do alcance do Tema 835 de repercussão geral, uma vez a redação menciona tanto as “contas de governo” como as “contas de gestão”, agora ficou claro que o seu alcance está restrito aos fins da Lei Complementar nº 164/1990 (mesmo que, *a priori*, essa não tenha sido a posição do redator do voto condutor, em sua fundamentação), de modo que, para todos os demais fins, inclusive sancionatórios, os Tribunais de Contas ainda teriam poderes para julgar Prefeitos ordenadores de despesa, na linha da interpretação da ATRICON.

Voltando ao Tema 1287, percebe-se que a redação final da tese se circunscreveu, como deveria ser, às nuances do caso que deu origem à repercussão geral, ou seja, às hipóteses de multas aplicadas em processos específicos (tomadas de contas especiais) e oriundas de irregularidades em convênios. Ocorre que as tomadas de contas especiais não se prestam, exclusivamente, a apurar danos em decorrência de ilícitos em convênios. Questões como ilicitudes na gestão de bens públicos, danos decorrentes de desvios de recursos financeiros e atos antieconômicos não decorrentes de ajustes interfederativos também são apuradas nesses processos. A tese de repercussão geral aplicar-se-ia também a essas hipóteses? E no que diz respeito aos outros processos de controle – auditoria, denúncias e representações, por exemplo –, o Prefeito ordenador de despesa também poderia ser sancionado pelo Tribunal de Contas, ou a tese deve ser interpretada restritivamente?

Antevendo esses questionamentos, a ATRICON emitiu a Nota Técnica 01/2024, por meio da qual concluiu o seguinte:

Embora a decisão do STF, no caso concreto, refira-se a repasses de convênios, sua lógica aplica-se à responsabilização dos Prefeitos por atos de gestão e em processos de outras naturezas. Isso ocorre porque o que o STF vedou, e continua vedando, é o julgamento,

pelos Órgãos de Controle Externo, das contas anuais, sejam elas de gestão ou de governo, dos Chefes de Poder Executivo, o qual compete ao Poder Legislativo, com a potencial inelegibilidade dos gestores caso sejam consideradas irregulares. Permanecem intactas, portanto, as competências constitucionais dos Tribunais de Contas para aplicar sanções e imputar débito a Prefeitos responsabilizados por ilegalidade de despesa. Competências essas, destaca-se, que são exclusivas dos Tribunais de Contas, não as detendo as Câmaras de Vereadores.¹²

De toda sorte, com a definição do Supremo Tribunal Federal no Tema 1287 de repercussão geral, restaram afastadas as dúvidas ainda existentes a respeito da possibilidade, ou não, de aplicação de sanções pelos Tribunais de Contas a Prefeitos ordenadores de despesas.

5 Considerações finais

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu ao longo dos anos em matéria de controle externo da Administração Pública. De 2016 até 2024, aquela Corte analisou a natureza jurídica do parecer prévio, examinou o órgão competente para julgar as contas dos Prefeitos e, finalmente, investigou a possibilidade, ou não, dos Tribunais de Contas aplicarem multas a Prefeitos em caso de irregularidades em convênios.

Muitas dúvidas existentes na doutrina foram sanadas com essas decisões. Sabe-se, agora, que o parecer prévio tem natureza opinativa, mas que não é possível a Câmara iniciar o julgamento das contas sem que ele tenha sido emitido. Além disso, restou claro que, para os fins da Lei Complementar nº 64/1990, o Poder Legislativo é o órgão competente para julgar as contas do Prefeito. Por fim, não há mais obscuridade quanto à possibilidade de sancionar chefes do executivo municipal, em tomadas de contas especiais instauradas para apurar ilicitudes em acordos interfederativos.

Com a solução dessas questões, resta saber, agora, se a interpretação a ser dada à tese consubstanciada no Tema 1287 merece interpretação extensiva ou restritiva. É dizer, podem os Tribunais de Contas sancionar Prefeitos em outros processos, que não tomadas de contas especiais? Essas tomadas de contas especiais devem versar apenas sobre convênios ou podem fazer alusão a irregularidades de outras ordens?

Particularmente, entende-se que a referência à tomada de contas especial e ao convênio se deu apenas pelo fato de tais elementos serem intrínsecos ao *leading case* levado à apreciação dos ministros. Trata-se, portanto, de meros exemplos citados pelos Ministros, e não de processos ou características necessários e suficientes, os quais precisariam estar presentes para configurar a possibilidade de os Tribunais de Contas sancionarem os Prefeitos ordenadores de despesas.

¹² ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. Nota Técnica 01 de 1º de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://atrimon.org.br/wp-content/uploads/2024/01/Nota-Tecnica-01-2024-Tema-1287-STF-1.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2024.

Referências

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. Resolução 01 de 28 de abril de 2021. Disponível em: <https://atrimon.org.br/wp-content/uploads/2021/04/RESOLUCAO-N.-01-2021-ATRICON-Apreciacao-do-Parecer-Previo-das-contas-do-Chefe-do-Poder-Executivo-publicacao.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. Resolução 01 de 06 de agosto de 2014. Disponível em: https://www.atrimon.org.br/wp-content/uploads/2014/08/ResolucaoAtricon_-01-2014_DCE3201-2014_AgilidadePrazos.pdf. Acesso em: 18 fev. 2024.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. Resolução 04 de 25 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.atrimon.org.br/wp-content/uploads/2016/09/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Atricon-04-2016.doc.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2024.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. Resolução 01 de 13 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.atrimon.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Resolu%C3%A7%C3%A3o-01-18-Prefeito-ordenador-de-despesa.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2024.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. Nota Técnica 01 de 1º de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://atrimon.org.br/wp-content/uploads/2024/01/Nota-Tecnica-01-2024-Tema-1287-STF-1.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2024.

BUGARIN, Bento José. Evolução do controle externo no Brasil. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 87, p. 224-237, jan./mar. 2001. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/931/995>. Acesso em: 30 jan. 2024.

FERRAZ, Luciano. Controle externo e julgamento de contas – questão de competência. In: RASO, Luciana; PIRES, Maria Coeli Simões. *Paulo Neves de Carvalho: suas lições por seus discípulos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. *O caso do Prefeito ordenador de despesas*. Disponível em: <https://atrimon.org.br/o-caso-do-Prefeito-ordenador-de-despesas/>. Acesso em: 14 fev. 2024.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão. *Revista do TCU*, n. 109, 2007. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/438>. Acesso em: 21 fev. 2024.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo: Teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*. 1997. 279f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. 1997.

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

AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. O poder de sanção dos Tribunais de Contas à luz dos Temas 157, 835 e 1287 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 73-86. ISBN 978-65-5518-820-2.

O ERRO GROSSEIRO NA LINDB E SUAS REPERCUSSÕES NAS ESFERAS ADMINISTRATIVA, CIVIL E POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ANA MARIA BARATA

1 Introdução

Este tema compõe a obra coletiva sobre os temas expostos no 37º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em 2023 na cidade de Maceió, cuja matéria nesta abordagem trata do erro grosseiro previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018-LINDB, regulamentada pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, e suas repercussões sancionatórias nas esferas, administrativa, civil e na improbidade administrativa, promovendo abordagens conceituais, identificando as cautelas necessárias a evitar a ocorrência de erro grosseiro, como objeto de controle nas esferas administrativa, controladora e judicial, sem escapar das demais avaliações normativas contextuais expressas na LINDB.

A Lei nº 13.655/18, ao alterar a LINDB, estabeleceu um conjunto de normas gerais para a segurança jurídica e eficiência no Direito Público, aplicável nas esferas administrativa, controladora e judicial. Essa legislação enfatiza a importância da avaliação pragmática nas decisões do Estado, buscando adaptar-se à realidade e suas complexidades, promovendo abordagens em que considera as consequências das decisões e incentiva soluções que protejam o interesse público de forma adequada e proporcional, com um olhar para a realidade com suas especificidades, obstáculos, dificuldades, e meios de lidar com os sistemas de interpretação das normas.

A lei, ao tratar da responsabilidade do agente público pela prática de erro grosseiro, visa proteger o administrador honesto, íntegro e de boa-fé, que enfrenta desafios ao gerir, aplicar e interpretar a lei em casos específicos. Reconhece que, diante de emergências, esses gestores podem ter de tomar decisões que se desviam da interpretação estrita da lei para evitar maiores prejuízos. Admite que o erro é uma possibilidade inerente à condição humana, surgindo em diversas situações.

2 O erro grosseiro

O Código de Processo Civil estabelece proteção aos agentes públicos de várias carreiras jurídicas contra a responsabilização por erros cometidos no exercício da função, exceto em casos de dolo ou fraude. Isso se aplica a membros do Ministério Público (art. 181), magistrados (art. 143), defensores públicos (art. 187), advocacia pública (art. 184) e procuradores da Fazenda Nacional e do Banco Central, entre outros.

A LINDB, nesse mesmo sentido, reconhece também que outros agentes públicos estão sujeitos a cometer erros ou equívocos em suas decisões ou opiniões técnicas em variados campos, especialmente no jurídico. No entanto, introduziu uma gradação de culpa no sistema de responsabilidade desses agentes públicos na conduta por “erro grosseiro”, caracterizado por grave negligência, imprudência, imperícia ou omissão que resultem em prejuízos.

O art. 28 assim dispõe:

O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

O agente público para esses fins é aquele definido nos termos do art. 2º da Lei nº 8.429/92, como qualquer pessoa que mantenha vínculo com o Estado, abarcando uma ampla gama de atores dentro da esfera estatal. Assim, todos os que atuam em nome do Estado, estão sujeitos à possibilidade de cometerem erros, pois o erro é inerente à natureza humana, sendo, porém, responsabilizados por essas ações específicas quando incidirem em erro grosseiro.

A legislação identifica dois principais destinatários dessa regra: os agentes públicos com poder de decisão, conforme descrito no inciso III do §2º do art. 1º da Lei nº 9.784/99, tratando-se, portanto, de agentes públicos na condição de autoridades; e os agentes que emitem opiniões técnicas. Ambos são pessoalmente responsáveis por decisões ou opiniões técnicas fundadas em erro grosseiro ou dolo, refletindo nos vários domínios de aplicação.

O uso do termo “pessoalmente” indica que, nesses casos, a lei exclui a responsabilidade subsidiária do Estado, diferentemente do que estabelece o art. 37, §6º, da Constituição Federal, que trata da responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros e permite ação regressiva contra o agente causador do dano. Isso significa que a responsabilidade por erro grosseiro recai diretamente sobre o agente e não sobre o Estado, marcando uma distinção importante na forma como a responsabilidade pessoal é atribuída no Direito Público.

Outro grupo relevante na aplicação dessa legislação são os profissionais que emitem opiniões técnicas, jurídicas ou não, em campos como medicina, engenharia, perícia e outros, que fundamentam decisões administrativas. No âmbito jurídico, isso inclui manifestações, notas técnicas, consultas e, mais comumente, pareceres jurídicos emitidos por especialistas em direito. Esses pareceres geralmente servem de base para decisões e podem ser facultativos ou obrigatórios/vinculantes, conforme estabelecido pela lei de processo federal, no art. 42.

A autoridade competente pode solicitar parecer jurídico de forma facultativa para orientação em suas decisões, tendo a liberdade de seguir ou não as conclusões

apresentadas. Contudo, existem situações em que a legislação exige análise jurídica prévia obrigatória em matérias específicas, como licitações, contratos públicos, aposentadorias ou processos disciplinares, conforme a legislação exija. Nesses casos, se a decisão decorrer obrigatoriamente e baseada em parecer jurídico e a autoridade discordar de suas conclusões, é recomendável solicitar nova análise para embasar decisão que lhe conduza a melhor interpretação, porém, a decisão tomada deve ser fundamentada em algum parecer, por exigência legal.

Dito isto, essa opinião jurídica se vincula àquele que a expediu, atraindo responsabilidade pelo que escreveu, conforme seja o desdobramento ocorrido, pois essa opinião poderá sustentar uma decisão, principalmente quando a autoridade não tiver conhecimento jurídico sobre o tema e dependa dessa opinião para decidir situações de interesse público.

Como demonstrado, a LINDB não se furtou a responsabilizar o agente público por suas opiniões técnicas, porém, qualificou o erro administrativo como erro grosseiro, e o que seria esse erro? O erro grosseiro é aquela conduta sem esmero, sem atenção, sem estudos mais sedimentados, é o chamado erro crasso, com alto grau de culpa por negligência, imperícia e imprudência ou mesmo atuar de forma omissa, que é um grau da culpa. A atuação em erro grosseiro poderá afetar o interesse público, acarretando severos prejuízos à Administração Pública ou a terceiros.

Analisando algumas regras do Decreto nº 9.830/2019 que regulamenta os artigos 20 a 30 da LINDB, no que se refere ao erro grosseiro, o art. 12 ampliou como fatores do erro grosseiro a omissão e o dolo eventual, além do dolo direto. A norma regulamentadora no §1º, considerou erro grosseiro como aquele manifesto, evidente e inescusável com culpa grave, por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. Assim, o processo vai apurar se a culpa qualificada está evidente e se é inescusável, ou seja, se há ou não alguma justificativa válida para a conduta, apurando se houve esse “elevado grau” de culpa, haja vista a condição técnica de seu emissor.

O §2º ressalta a importância de análise detalhada no processo administrativo de responsabilização, enfatizando a necessidade de avaliar não apenas o grau de culpa, mas também as circunstâncias fáticas que levaram à ocorrência do erro. Isso inclui considerar aspectos práticos e as consequências das ações, conforme mencionado no art. 20 da LINDB, além dos obstáculos e dificuldades enfrentados, conforme o art. 22, buscando caminhos para regularizar a situação.

O §3º estabelece que o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso só será considerado para fins de responsabilidade se houver culpa grave ou dolo, enquanto o §4º introduz potencial atenuação da responsabilidade, considerando a complexidade da matéria e as circunstâncias sob as quais o agente atuou, como sobrecarga de trabalho ou múltiplas atribuições.

O §5º determina que a magnitude do dano, por si só, não caracteriza erro grosseiro ou dolo. É necessária a demonstração de que as ações que levaram ao dano foram realizadas com alto grau de culpa ou com intenção dolosa. Nesse aspecto, no que tange à responsabilidade civil e à possibilidade de indenização, conforme discutido no contexto do art. 12 da Lei nº 8.429/92, esta lei não exclui a obrigação de reparar o dano, independentemente do mecanismo de responsabilização adotado, mas sem descurar do sistema de abatimento de compensação expresso no §5º do art. 21 da LIA.

O §6º aborda a situação do gestor que toma decisões baseadas em opiniões técnicas, especialmente quando não possui formação ou expertise na área em questão. Avalia-se a possibilidade de compartilhamento da responsabilidade entre o gestor e o autor da opinião técnica, dependendo da capacidade do gestor de discernir se a opinião estava contaminada por erro grosseiro ou dolo.

Por fim, o §7º trata da responsabilidade do gestor que falha em implementar sistemas de controle interno adequados para prevenir condutas inadequadas. Essa responsabilidade, denominada culpa “in vigilando”, aplica-se quando há omissão no controle associada a erro grosseiro ou dolo. Essas disposições sublinham a importância da diligência e eficiência por parte de gestores e técnicos na Administração Pública, reiterando a necessidade de controles internos robustos para prevenir erros e condutas danosas.

O conceito de erro grosseiro é delineado por características específicas que indicam uma conduta marcadamente imprudente, por parte do agente público. Esse erro se manifesta quando o gestor atua sem o devido cuidado, de maneira temerária, ou quando comete erros de conduta graves, que são injustificáveis e inescusáveis. A evidência de falhas significativas ou defeitos na formulação de decisões ou opiniões técnicas também contribui para a configuração desse tipo de culpa qualificada devido ao elevado grau de negligência ou imprudência envolvido, seja por ação ou omissão.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), especialmente em seu art. 11, expande essa discussão ao mencionar a omissão dolosa, ou seja, aquela omissão manifesta e intencional de causar dano ou em interesse próprio. Tal omissão é entendida como uma das formas mais diretas de ilegalidade, caracterizada pela inação ou pela recusa em agir quando há um claro dever de fazê-lo, resultando em prejuízo ao interesse público ou ao administrado. Esse enquadramento sublinha a gravidade da negligência ou da imprudência no exercício da função pública, evidenciando a responsabilidade dos gestores em não agir de forma diligente e consciente para evitar danos à administração e à sociedade.

Para evitar a incidência em erro grosseiro, o agente público deve adotar uma série de precauções, especialmente no contexto jurídico. Ao elaborar pareceres e responder a consultas, é crucial que o agente atue com cuidado e atenção, principalmente em questões de alta complexidade. A legislação e os regulamentos fornecem ferramentas jurídicas essenciais para garantir a segurança jurídica na interpretação do Direito Público, conforme estabelecido nos artigos 20 a 24 do regulamento.

Para fundamentar adequadamente sua opinião, o parecerista deve embasá-la em ampla variedade de fontes, incluindo doutrina, jurisprudência, enunciados, decisões dos Tribunais de Contas, experiências bem-sucedidas, diálogos e debates com colegas, além de buscar pareceres normativos, manuais, consultas, súmulas, formação de comissões de estudos, e considerar precedentes administrativos e judiciais, incluindo decisões com repercussão geral. Essa abordagem meticulosa se torna ainda mais necessária diante de temas altamente complexos e de novas legislações que ainda não foram amplamente discutidas ou que contam com pouca bibliografia disponível.

Advogados públicos, ao defenderem suas posições, devem demonstrar sua boa-fé e assegurar suas prerrogativas profissionais, conforme previsto pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), que estabelece a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício profissional.

Dessa forma, a LINDB alinha-se à legislação já existente sobre o tema, promovendo tratamento igualitário tanto para o gestor público quanto para aqueles que emitem opiniões técnicas, reforçando a importância da diligência, da fundamentação robusta e da busca por segurança jurídica nas atividades relacionadas à Administração Pública e ao exercício da advocacia.

3 Repercussões da responsabilidade administrativa, civil e por improbidade administrativa por erro grosseiro

O erro grosseiro, que acarreta responsabilização, manifesta-se em diferentes âmbitos: administrativo, civil e de improbidade administrativa. Esse tipo de erro considerado uma infração grave no desempenho das funções, pode envolver tanto o gestor público, em suas decisões, quanto o servidor que emite opiniões técnicas dentro do contexto administrativo ou processual. Essas opiniões, quando circulam no âmbito administrativo, têm o potencial de influenciar decisões.

Se a opinião técnica é caracterizada por alta qualidade e segurança jurídica, mas o gestor decide agir contrariamente a ela, a responsabilidade do gestor é então individualizada. Isso significa que, caso a decisão do gestor, divergindo de uma opinião técnica bem-fundamentada, resulte em consequências negativas ou danosas, ele pode ser responsabilizado individualmente por essa escolha.

Essa cautela sublinha a importância da fundamentação e da consideração de pareceres técnicos no processo decisório dentro da Administração Pública. Ela busca garantir que as decisões sejam tomadas com base em avaliações técnicas sólidas, reduzindo o risco de erros grosseiros e, por consequência, de responsabilização. A medida visa a promover uma gestão cuidadosa e responsável, enfatizando a necessidade de alinhar decisões administrativas com pareceres técnicos qualificados para evitar prejuízos ao interesse público e assegurar a legalidade e a eficiência da Administração.

A avaliação da responsabilidade do gestor público por parte dos órgãos de controle deve considerar como elemento atenuante o nível de conhecimento técnico do gestor sobre a matéria em questão. Se o gestor possui formação e conhecimento específico na área e opta por não seguir uma opinião técnica fundamentada na legalidade, sua responsabilidade pode ser ampliada, especialmente se a decisão tomada carecer de fundamentação legal adequada. Nesse contexto, é recomendável que o gestor submeta a questão a uma nova análise para confirmar ou refutar o parecer anterior, garantindo assim uma decisão baseada em segurança jurídica.

Por outro lado, quando o gestor não tem formação ou especialização na área relacionada à decisão que precisa tomar, é essencial que adote precauções adicionais, assegurando-se de que esteja bem-informado sobre o parecer técnico, que deve ser claro, explicativo, objetivo e pragmático, facilitando a compreensão e aplicação ao caso concreto. Nesse cenário, os órgãos de controle ao avaliar a conduta do gestor, devem levar em conta tais variáveis, reconhecendo a importância de este dispor de todos os recursos técnicos necessários para uma compreensão abrangente, especialmente em matérias de elevada complexidade jurídica.

Portanto, a responsabilidade do gestor não apenas se relaciona à decisão final tomada, mas também ao processo de tomada de decisão, que deve envolver a busca por

aconselhamento técnico adequado e a devida consideração de pareceres especializados, especialmente em áreas fora de sua expertise direta. Essa abordagem reflete a necessidade de uma gestão pública informada, diligente e responsável, alinhada aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que regem a Administração Pública.

Nesse cenário, o profissional que profere opinião técnica, jurídica ou não, precisa fundamentar melhor sua opinião, de modo a obter posicionamentos seguros, seja para ofertar uma opinião técnica consistente, legitimada em construções argumentativas e interpretativas na doutrina e na jurisprudência consolidada, seja para se resguardar do combo dessas responsabilidades.

3.1 Erro grosseiro e a responsabilidade administrativa

Inicialmente, por erro grosseiro, o agente público poderá responder administrativamente; o gestor perante o Tribunal de Contas, caso sua decisão seja submetida a essa espécie de controle, também poderá responder perante o órgão de controle do Ministério Público, que poderá apontar irregularidades e promover recomendações, TACs ou mesmo ingressar com ações judiciais, e perante os demais órgãos de controle previstos constitucionalmente.

Já o responsável por emitir opiniões técnicas, especialmente advogados públicos em áreas como aposentadorias, concursos, licitações e contratos, pode responder administrativamente e ser submetido a processo administrativo disciplinar por erros graves e, dependendo da gravidade do ato, pode receber sanções disciplinares. Se uma infração é identificada, os procedimentos de investigação seguem o regime disciplinar dos servidores públicos, aplicando as normas pertinentes da LINDB ao processo. No caso, a lei não promoveu discrimen na espécie do parecer em qualquer das suas modalidades para fins de responsabilidade, como bem apontam Binjenbojm e Cyrino:

Pois bem. O art. 28 da LINDB vem em boa hora e elucida que, independentemente do caráter vinculante, ou, ainda, existindo ou não teor decisório extraível do Parecer, o fato é que só haverá responsabilidade em caso de erro grosseiro ou dolo. De fato, o art. 28 refere-se a *opiniões e decisões*, de modo que se torna indiferente saber se há ou não caráter vinculante no parecer.¹

Ainda para estes autores:

“Em outras palavras, o erro grosseiro é um código dogmático que exprime como a culpa deve ser valorada para que o agente público possa ser responsabilizado”. Enfatiza que “o agente público não pode ficar refém de órgãos de controle sob pena de resultar em (I) inibição de qualquer iniciativa inovadora (inércia conservadora); e (II) a submissão acríica e imediata às orientações dos controladores (subserviência institucional).²

¹ *Op. cit.* p. 211.

² BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral sobre o erro administrativo. *Rev. Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. Edição Especial. Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13655/2018), p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: [https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/77655/74318/161999#:~:text=28,%C2%A72%C2%BA%20\(VETADO\)](https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/77655/74318/161999#:~:text=28,%C2%A72%C2%BA%20(VETADO)). Acesso em: 20 fev. 2024.

A lei expressa o termo “responsabilidade”, em que, segundo a Lei nº 8.112, de 11.12 de 1990, no art. 121 determina que o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições, logo, dependendo da gravidade do erro poderá gerar reponsabilidade nessas três esferas, ou apenas em alguma delas, não esquecendo que, além da culpa grave, a conduta pode estar revestida de dolo.

Antes de o processo disciplinar ser instaurado, a Administração deverá submeter a irregularidade ao crivo da opinião técnica para abalizar o juízo de admissibilidade pela autoridade³ competente, de modo a identificar se a conduta efetivamente se enquadrou em erro grosseiro, bem como em que grau de esfera o servidor pode vir a responder. Neste aspecto, há um dado muito importante, é necessário que o erro grosseiro, por culpa grave ou dolo, esteja tipificado no regime disciplinar do servidor, e, para que seja aplicada a sanção respectiva, tal erro tem de ter correspondência a um tipo definido nesse regime infracional, pois a LINDB apenas menciona que essa espécie de erro se constitui em infração, mas, sem a correspondente sanção específica. Para tanto é preciso qualificá-lo entre as infrações previstas na lei estatutária.

Avaliando o regime disciplinar federal, é preciso identificar o conectivo com o erro grosseiro transposto nas infrações do art. 117, IX, valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem; XII, recebimento de propina, comissão, presente, vantagem de qualquer espécie em razão de suas atribuições (podendo ser em razão de um parecer); XV proceder de forma desidiosa, que é culpa grave que enseja demissão, ou ainda se o erro grosseiro for cometido com dolo. Em princípio, seriam essas infrações que guardam algum conectivo com o erro grosseiro com culpa grave ou dolo e que conduzem à demissão, esperando que nas vindouras alterações do regime disciplinar esteja tipificada essa espécie infracional.

Neste aspecto, é pertinente destacar que a opinião do agente público, quando reflete em culpa leve pode estar associada às infrações do art. 116, como a falta de zelo e dedicação às funções do cargo e conduta incompatível com a moralidade administrativa, apesar de não se enquadrar como erro grosseiro, no entanto, isso não impede a incidência disciplinar dessas condutas, pois a LINDB não exclui a apuração de condutas de culpa leve em âmbito disciplinar, conforme estabelecido no decreto regulamentar, dispendo:

Art. 17. O disposto no art. 12 não afasta a possibilidade de aplicação sanções previstas em normativas disciplinares, inclusive nos casos de ação ou de omissão culposas de natureza leve.

O dispositivo em apreço autoriza que tanto o erro grosseiro com culpa grave, omissão ou dolo, quanto o erro comum com culpa leve, estão submetidos ao regime disciplinar com suas respectivas penalidades conforme o grau de culpa apurada na conduta.

De qualquer modo, ocorrendo a conduta, para fins de ressarcimento perante a Administração Pública, esta deve ser apurada em processo de responsabilização, como estabelece a lei. É nele também que se determinará o significado do termo

³ Lembrando que a Lei nº 13.869/19, pelo art. 30, torna crime quem, sem justa causa, dá início a persecução penal, civil ou administrativa.

“erro grosseiro”, que comporta conteúdo fluído, notadamente porque a infração não se encontra definida, apenas o regulamento traz algumas medidas do que não seja considerado erro grosseiro, com poucas margens de certeza positiva.⁴

É pertinente lembrar que o art. 20 da LINDB veda que se decida com base em valores abstratos, cabendo ao órgão controlador decompor o significado do valor jurídico abstrato diante dos elementos fornecidos pela própria norma, tais como: as circunstâncias que envolveram os fatos, os obstáculos, as consequências, o primado da realidade, o volume de trabalho, a complexidade da matéria, a prematuridade da lei aplicável à opinião técnica, de modo a delimitar e mensurar o grau do erro, se leve, grave ou em dolo, eliminando assim a incerteza jurídica quanto à efetividade do erro grosseiro e os graus a que está revestido, identificando se a culpa é comum ou qualificada, esta, com alta carga de negligência, imperícia e imprudência, ou se o erro foi praticado com dolo direto ou eventual, para que a sanção se efetive nos marcos da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse aspecto, Carlos Nitão menciona:

Dessa forma, entende-se que a norma estipula que sejam observadas as circunstâncias nas quais a decisão foi realizada para, a partir daí, avaliar o erro na conduta do agente público, devendo enquadrá-lo em uma de suas espécies a saber: erro escusável, erro inescusável ou erro grosseiro para, ao fim, indicar as consequências possíveis de sua responsabilização.⁵

No âmbito sancionatório, em qualquer medida ou sob qualquer regime, o órgão controlador deve reverência ao art. 22 da LINDB na aplicação de sanções, inclusive de conteúdo disciplinar, pois a lei abarcou as mesmas regras de dosimetria na aplicação das penalidades da lei estatutária federal em seu art. 128. Desse modo, o §2º trouxe a medida a ser considerada quanto à natureza e gravidade da infração cometida, os danos, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes, matéria que foi melhor tratada em artigo específico.⁶

Como já mencionado, o agente público pode vir a responder em torno de até seis esferas (improbidade, civil, criminal, administrativa, penal, política) quanto ao mesmo fato praticado pelo mesmo infrator, consoante a gravidade da conduta. A LINDB contemplou a possibilidade de redução de sobrecarga de sanções que se acumulam, formando uma pirâmide sancionatória, ou o chamado “empilhamento de sanções”. Essa minoração sancionatória está presente no §3º do art. 22, que dispõe:

§3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Em leitura apressada ou desatenta, o dispositivo legal pode levar ao equívoco da possibilidade do *bis in idem*, entretanto, o objetivo da regra é reduzir a carga sancionatória

⁴ A regra que estabelecia o que não se constituía em erro grosseiro foi vetada pelo Chefe do Executivo.

⁵ NITÃO, Carlos Henrique Benedito Lacerda. *Entre as Alternativas Possíveis e o Erro Grosseiro nas Contratações Públicas*. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 94.

⁶ BARATA, Ana Maria. Reflexões sobre a LINDB e seus efeitos no Direito Administrativo Sancionador. In: MENDES, Denise; BACELAR, Jeferson Antonio; MENDES, Guisepp. *Direito Público e suas transversalidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 61-78.

que pesa contra o infrator que comete falta grave e pode ser sancionado em tantas esferas jurídicas pelos órgãos de controle pelo mesmo fato, com duplicidade de sanções. Desse modo, as sanções devem observar processo de dosimetria no sentido de abatimento entre sanção anterior e sanção posterior, hipótese que os órgãos sancionadores precisam promover controle quanto a esse combo sancionatório e evitar acúmulo de sanções.

Outra regra importante que demonstra conteúdo preventivo é o §1º do art. 13 do diploma regulamentar, que dispõe:

§1º A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.

Vê-se que a regra se projeta para a prevenção, aparentando já ocorrer a existência de possível infração, e, antes de instaurar qualquer processo de caráter sancionatório, é mister buscar outros meios de solução dos problemas, resgatando a regra do §3º do art. 4º do regulamento para encontrar alternativas para a regularização de determinadas situações que possam ser saneadas mediante meios de consensualidade. Assim, a regra pretende alcançar medidas de prevenção para buscar alternativas de conserto, regularização e solução de modo a evitar situações contenciosas, quando possíveis, a exemplo do que ocorre no plano disciplinar com alguns sistemas de consensualidade.

3.2 Erro grosseiro e a responsabilidade civil

A decisão ou a opinião técnica produzida em erro grosseiro por culpa grave ou dolo, e que cause danos ao erário, também será objeto de responsabilização civil, seja por meio do processo de responsabilização de que trata a LINDB – muitos deles expressos em lei de modo consensual (art. 122 da Lei nº 8.112/90) – seja por meio judicial civil ou de improbidade, se por esta forma se configurar. A LINDB, no §2º do art. 12, se refere a “autos do processo de responsabilização”, ou seja, por meio de processo administrativo não disciplinar, pois nessa via comum vai identificar se houve ou não erro grosseiro, se ocorreu dano patrimonial e qual seu montante, e neste terá de avaliar as circunstâncias fáticas e tudo o mais que a lei estabelece como situações justificadoras. Também importa lembrar que não cabe, para este fim, a utilização do compromisso (art. 10), pois este se dirige ao particular, nem pelo TAG,⁷ por vedação expressa no §2º do art. 11 para esta hipótese.

Nesse contexto, existem duas questões constitucionais em discussão. A LINDB estabelece que o agente público é responsável por erro grosseiro resultante de culpa grave ou dolo que causem prejuízos financeiros, devendo ressarcir os danos se for responsabilizado, após processo legal justo que garanta a ampla defesa.

O questionamento que se faz é: quando o dano decorrer de erro comum por culpa leve, como fica a responsabilidade civil diante do que dispõe o art. 37, §6º, da Carta Nacional? Essa discussão tem surgido, pois a regra constitucional não determinou os graus da culpa, como fez a LINDB.

⁷ TAG – Termo de Ajustamento de Gestão.

Ao menos duas posições vêm se formando. A primeira se posiciona no sentido de que qualquer culpa deverá ser objeto de responsabilidade, pois a CRFB não promoveu exceção com relação à intensidade da culpa para o ressarcimento do dano, não podendo lei ordinária desconstituir o que a ordem constitucional construiu no sistema de responsabilidade, em razão de sua supremacia hierárquica diante de outras leis, porque lei posterior não pode excluir outros graus da culpa. Portanto, para essa corrente, qualquer dano causado por qualquer agente público deve ser indenizado, seja em benefício de terceiros ou da Administração Pública, por culpa grave ou leve, conforme comando constitucional.

Nesse sentido, Donnini⁸ afirma que o art. 28 da LINDB fere flagrantemente o texto constitucional ao abrandar a responsabilidade civil do agente público que exerce ato ou atividade danosa mediante conduta culposa. Afirma que o erro grosseiro deve ter o mesmo tratamento do dolo, e que a lei, ao excluir a ação culposa, é inconstitucional por restringir comportamento expresso na Carta Magna.

Outra posição defende que leis mais recentes podem detalhar aspectos não especificados pela Constituição sobre a culpa por danos causados por agentes públicos em suas funções. Argumenta que a Lei nº 13.555/18 introduziu uma diferenciação nos níveis de culpa na responsabilidade civil do agente público, isentando a responsabilidade por culpa leve que resulte em danos à Administração Pública. Sugere que a Constituição abordou a responsabilidade civil do agente público apenas em relação a danos a terceiros, deixando a regulação de danos à Administração para legislações específicas, como as alterações na LINDB. Observa que, embora o CPC tenha protegido certas carreiras jurídicas da responsabilidade civil, não há questionamentos de inconstitucionalidade, enquanto o art. 28 enfrenta críticas por restringir a aplicação da culpa.

Neste aspecto, o regulamento da LINDB, no plano infraconstitucional, enfrentou o problema editando o art. 14, quanto à aplicação do §6º do art. 37 da CRFB, estabelecendo que o direito de regresso contra o agente público só ocorrerá em caso de dolo ou erro grosseiro, aparentando ter regulamentado o sistema geral da responsabilidade do agente público, seja por danos a terceiros, seja por danos ao Estado, excluindo a culpa leve, tema que certamente retornará aos debates, seja por minorar a culpa ou por esta gradação derivar de decreto e não de lei.-

Para Palma e Rosilho,⁹ “o art. 28 da LINDB encontra-se em plena convergência com o art. 37, §4º, e em perfeita sintonia com o §6º da Constituição, pois nada fez que graduar as sanções”. Importa lembrar que o §4º do art. 37 vincula a improbidade ao dever de ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei.

Dessa forma, pela LINDB, não sendo a decisão ou a opinião técnica praticada em falta grave, pode não ser objeto de indenização, porém, os danos expressivos por erro grosseiro poderão ser objeto de ressarcimento pelas vias legais. Ressalte-se que, neste aspecto, a Lei nº 8.112/90 estabelece no seu art. 122 que o agente público

⁸ DONNINI, Rogério. Responsabilidade Civil do Agente Público. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1952, Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de; ROSILHO, André. Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB. *Revista da CGU*, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.36428/revista-da-cgu.v13i23.386>.

responde civilmente por ato comissivo ou omissivo, doloso ou culposo que resulte prejuízo ao erário ou a terceiros. Por óbvio, no aspecto culposo no grau leve, essa regra deve ser interpretada pelo conteúdo do art. 28 da LINDB, sem descurar dos aspectos interpretativos na LINDB, a teor do art. 21, parágrafo único, e 22, §1º, entre outros.

Em interpretação literal, quanto aos danos causados a terceiros, a responsabilidade é regida pelo art. 37, §6º, da Carta Nacional, por ação regressiva. Se o dano é causado à Administração Pública por decisão ou opinião técnica, a responsabilidade é ditada pelo art. 28 da Lei nº 13.655/18, em casos de erro grosseiro por culpa grave ou dolo. Nesse aspecto, Pellegrini¹⁰ entende que a responsabilização ocorre na origem do ato. “Se for proveniente de decisões ou opiniões técnicas, o regime é o do novo art. 28, ao passo que, se não for, aplica-se o regime de responsabilidade extracontratual”, no caso, o art. 37, §6º.

Porém, em caso de culpa leve, pelo disposto no art. 28, a reponsabilidade civil será relevada pela boa-fé, inclusive, para situações de mudança de interpretação de lei pela própria administração, conforme dispõe o inciso XIII do art. 2º da lei de processo federal, com aporte no Parágrafo único (*in fine*) do art. 21 da LINDB. Entretanto, essa matéria de limitação da culpa de origem constitucional ainda poderá ser enfrentada pelo STF, pois em ADIs que questionavam a MP nº 966/2020, em que foi reconhecida a constitucionalidade do art. 28 da LINDB, o assunto não ficou decidido quanto à limitação de responsabilidade dos agentes por norma infraconstitucional, devido ao art. 37, §6º, da CRFB. Cabe lembrar que o TCU¹¹ faz restrições interpretativas à regra do art. 28, com o entendimento de que o agente responde civilmente por culpa em qualquer grau, nos termos do art. 37, §6º, promovendo ainda gradação de graus da culpa para fins de responsabilização, como, grave/grave, grave/leve e grave/levíssima.

Ainda no tema, Binenbojm e Cyrino,¹² sobre o art. 37, §6º, comentam: “o constituinte adotou um conceito amplo ao se referir à culpa, mas não fechou questão sobre o grau de intensidade de sua incidência para a configuração da responsabilidade do agente público [...]”. “Por evidente, não existe uma interdição constitucional a que o legislador democrático *densifique* o conceito de culpa ou adote uma certa modalidade ou intensidade para que a responsabilidade reste configurada”.

Por fim, o Instituto de Direito Administrativo – IBDA, fornecendo expressiva contribuição na interpretação das leis, exarou o Enunciado 20 sobre a LINDB, dispondo: “O art. 28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o §6º do art. 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins de responsabilidade regressiva do agente público”.¹³

¹⁰ PELLEGRINI, Guilherme Martins. Anotações ao artigo 28 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1952, Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 417.

¹¹ Acórdão nº 2.391/2018. Caso FUNASA. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>.

¹² *Op. cit.* p. 216.

¹³ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – IBDA. Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 20 fev. 2024.

3.3 Erro grosseiro e a responsabilidade por improbidade administrativa

Outro tema instigante é se o agente público que comete erro grosseiro responde por improbidade administrativa. A Lei nº 13.655/2018 é anterior à Lei n.14.230/2021, aquela é norma geral e esta é norma especial, portanto, nos sistemas de interpretação, ambas precisam estar em harmonia para o aperfeiçoamento dos institutos conexos entre si. A LIA por sua alteração, ao excluir a improbidade culposa, ajustou-se, em parte, ao art. 28 da LINDB quanto ao erro grosseiro, é o que se pode extrair do §1º do inciso VII do art. 17C da LIA, determinando que: “A ilegalidade sem a presença do dolo que a qualifique não configura improbidade”.

Caroline Lacerda elenca as principais interferências da LINDB sobre a LIA, no seguinte sentido:

i) responsabilização por erro grosseiro; (ii) consideração das consequências práticas da decisão do administrador para responsabilização; (iii) consideração da realidade fática do agente público; (iv) consideração das demais sanções na dosimetria da pena; (v) possibilidade de acordo; (vi) possibilidade de compensação dos danos; (vii) autovinculação das técnicas decisórias; (viii) implementação de riscos na administração pública; (ix) tolerabilidade do erro grosseiro; (x) impossibilidade de responsabilidade pautada exclusivamente nos princípios.¹⁴

Ressalte-se que vários dispositivos da LINDB foram transpostos para a LIA, conforme observado nas regras do art. 17C. Como visto, os órgãos de controle devem adaptar-se às mudanças, alinhando essas duas legislações para harmonizar os sistemas jurídicos. É necessário, especialmente no âmbito das sanções, considerar as circunstâncias, o pragmatismo, os obstáculos e a realidade das condutas e decisões, bem como os critérios para a dosagem das penas. Tais princípios são compartilhados por ambos os conjuntos de normas.

Como já dito, o erro grosseiro se compõe como modalidade de culpa grave, qualificada em alto grau de negligência, imprudência e imperícia por ação ou omissão. A novel lei (LIA) só considerou improbidade administrativa a conduta dolosa (§1º do art. 1º) decorrente da vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito previsto como tal nesta lei (§2º). O dolo foi determinante como objeto principal dessa lei, pois foi mencionado em diversos dispositivos, tais como: art. 1º, §§1º, 2º, 3º; art. 9º; art. 10 e art. 11. O dolo permeia o contexto das infrações previstas, e, para além disso, a voluntariedade foi expressamente excluída no §2º do art. 1º, tudo isso para não restar qualquer dúvida quanto à opção do legislador, e, nesse mesmo sentido, tanto doutrina quanto jurisprudência já vinham entendendo que a improbidade decorre de conduta dolosa.

Foi no mesmo sentido o julgamento do ARE 843.989/PR,¹⁵ que gerou o Tema 1.999, afetado como repercussão geral, com a seguinte tese:

¹⁴ LACERDA, Caroline Maria Vieira. *Os impactos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nas ações de Improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, p. 178, 2022.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 843989 RG/PR. Prescrição e Decadência. Retroatividade de norma. Repercussão Geral reconhecida. Tema 1.999. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4652910>. Acesso em: 20 fev. 2024.

1) 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.

Em síntese, a decisão reconheceu como ato de improbidade aquele praticado com DOLO. A Lei nº 14.230/21 é irretroativa, salvo no caso do ato de improbidade na modalidade culposa, praticados na vigência do texto anterior da lei em virtude de sua revogação expressa no novo texto, porém a restringiu para condenações transitadas em julgado e respectiva execução das penas. Assim, pela demora, quem ainda não teve seu processo julgado, beneficiou-se; porém, quem obteve decisão mais rápida, com condenação transitada em julgado antes da vigência da lei nova, prejudicou-se. De qualquer sorte, a Suprema Corte reconheceu a revogação da improbidade na modalidade culposa pela nova lei, beneficiando aqueles que ainda respondiam por ações de improbidade culposas pelas regras anteriores.

O erro grosseiro exige culpa grave, entretanto, em razão da mudança ocorrida pela nova lei (LIA), o agente público não responderá por ato de improbidade, porquanto a lei especial que regula a improbidade administrativa com as respectivas sanções não alcança mais as condutas praticadas na modalidade culposa. Nesse mesmo sentido é o Enunciado nº 19 do IBDA¹⁶ em 2019, dispondo:

A modalidade culposa de improbidade administrativa não se harmoniza com a Constituição, porque a improbidade é ilegalidade qualificada pela intenção desonesta e desleal do agente. Não obstante, analisando a legislação infraconstitucional, o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretado de acordo com o art. 28 da LINDB, afastando-se a possibilidade de configuração da improbidade sem a presença de erro grosseiro do agente (culpa grave).

Entretanto, se o erro grosseiro decorreu de dolo, o agente público poderá responder por improbidade administrativa, pois o art. 28 decompôs o erro grosseiro nas espécies, culpa grave e dolo. Porém, ao autor da ação (AIA) cabe verificar se a decisão ou o erro técnico praticado com dolo estão abrangidos pela tipificação desta lei específica em algum dos tipos previstos nos artigos 9º, 10 e 11. Repise-se, a conduta pelo exercício do cargo precisa estar enquadrada nas regras tipificadas na LIA em um de seus artigos, mesmo porque a cada tipo haverá correspondentes sanções, pois é possível que se identifique erro grosseiro inserido em decisão ou opinião técnica praticada com dolo, ou seja, com a deliberada intenção de causar danos ao erário ou com objetivo de beneficiar a si ou a terceiros, utilizando construção decisória ou técnica para atingir objetivo ilegal.

¹⁶ IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB, *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br>. Acesso em: fev. 2024.

Outro ponto importante é a figura da omissão dolosa, que, na regra anterior (art. 10), se referia a ação ou omissão culposa, sendo que a regra modificada retirou o termo “culposa”. Embora no terreno da exceção, é possível se deparar com uma omissão dolosa, intencional dirigida a causar danos ao erário ou em benefício próprio ou de terceiros, promovendo o resultado desejado pelo responsável por esse não agir. Logo, a omissão foi objeto das duas leis, anterior e posterior (LIA), como causa do ato de improbidade, mantendo-se agora apenas a condição dolosa, devendo esta compor a omissão com a vontade deliberada de causar danos ou mácula à Administração Pública.

Assim, o erro grosseiro, dependendo da análise do caso específico e considerando a realidade, as garantias, dificuldades, obstáculos e outras condições previstas na LINDB, uma vez provado em processo apropriado nas respectivas esferas, permite que o agente público, por decisão ou opinião, seja responsabilizado administrativa, civilmente e, em caso de dolo, por atos de improbidade. Além disso, se a conduta, por hipótese, configurar crime contra a Administração Pública, a responsabilidade se estende ao âmbito criminal. Portanto, é fundamental um cuidado extra no desempenho das funções públicas para proteger o agente público de boa-fé.

É desejo de todos que a LINDB e a LIA proporcionem interpretações justas, razoáveis e humanas para os demandados, e que a interpretação dessas normas, bem como as decisões de órgãos administrativos, controladores e judiciais, leve em conta a devida motivação, as consequências jurídicas e administrativas, a segurança jurídica, os obstáculos, as dificuldades, as circunstâncias práticas e uma dosimetria sancionatória justa e adequada no processo de responsabilização por erros grosseiros. Além disso, é recomendável que os órgãos criem regulamentos, orientações jurídicas, súmulas, provimentos, comissões de estudos e enunciados alinhados à LINDB, promovendo interpretações, decisões e opiniões técnicas que garantam segurança jurídica e eficácia na aplicação do Direito Público, permitindo que os aplicadores da lei possam extrair dela a beleza e a justiça pretendidas.

4 Conclusões

Dentre tantas mudanças ocorridas na Lei nº 13.755/18-LINDB e depois na Lei nº 14.230/21-LIA, já mencionadas neste estudo, o erro grosseiro e suas repercussões nas esferas administrativa, cível e por improbidade foi o tema central deste singelo trabalho, que se sujeita a outras melhores reflexões e posições críticas de modo a estimular o debate ou reconstruir novas posições.

O erro grosseiro no âmbito administrativo poderá gerar um ilícito com repercussão sancionatória do agente público gestor, pelos meios processuais cabíveis expressos na CRFB. O erro grosseiro originado em opinião técnica ou técnico-jurídica, uma vez detectado pelas vias processuais cabíveis, estará submetido ao regime sancionatório, por meio de processo administrativo disciplinar, garantido o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, desde que o erro grosseiro se enquadre em um dos ilícitos previstos na Lei nº 8.112/90.

No âmbito da responsabilidade civil, o erro grosseiro deverá ser apurado em processo de responsabilização cível para a liquidez do dano, podendo o servidor ressarcir administrativamente, ou, não sendo por esta via, ser ajuizado ação regressiva cível, caso não satisfaça o débito administrativamente.

A reponsabilidade por erro grosseiro no âmbito da improbidade administrativa praticado com culpa, ainda que grave, não está alcançada pela atualizada Lei nº 8.429/92, tendo em vista a exclusão da improbidade culposa. Entretanto, estando a decisão ou a opinião técnica produzida com erro grosseiro configurado como doloso, com fim ilícito, praticado de forma intencional, consciente e de má-fé, visando fim diverso do estabelecido em lei, com clara e comprovada intenção de agressão a tutela da probidade e afronta à integridade do patrimônio público e social do Estado, responderá seu autor por improbidade administrativa, desde que esteja enquadrado em um dos tipos expressos na LIA.

Espera-se que a LINDB, pela importância que tem quanto à eficiência, segurança jurídica, motivação, proteção do bom agente público e aplicação do Direito Público, seja interpretada e aplicada de forma coerente, justa e, acima de tudo, produza os efeitos pretendidos. Isso vai depender de sua boa aplicação nas esferas administrativa, controladora e judicial.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário 843989 RG/PR*. Prescrição e Decadência. Retroatividade de norma. Repercussão Geral reconhecida. Tema 1.999. Reclamante: Rosmery Terezinha Cordova. Reclamado: Instituto Nacional de Seguros Sociais-INSS. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4652910>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421 MC/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.391/2018*. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 17.10.2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SILVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=S AGAS-SESSAO-ENCERRADA&OcultaPagina=S&item0=607198>. Acesso em: 26 fev. 2024.

BARATA, Ana Maria. Reflexões sobre a LINDB e seus efeitos no Direito Administrativo Sancionador. In: MENDES, Denise; BACELAR, Jeferson Antonio; MENDES, Guiseppe. *Direito Público e suas transversalidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral sobre o erro administrativo. *Rev. Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. Edição Especial. Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13655/2018), p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: [https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/77655/74318/161999#:~:text=28,%,C2%A72%C2%BA%20\(VETADO\)](https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/77655/74318/161999#:~:text=28,%,C2%A72%C2%BA%20(VETADO)). Acesso em: 20 fev. 2024.

DONNINI, Rogério. Responsabilidade Civil do Agente Público. O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Lei de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*. Decreto-Lei 4657, de 4 de setembro de 1952, Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 406.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – IBDA. Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminário-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. 2019. Acesso em: 20 fev. 2024.

IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB, *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 221. p. 167-168, jul. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br>. Acesso em: fev. 2024.

LACERDA, Caroline Maria Vieira. *Os impactos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nas ações de Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

LOUREIRO, Carlos Henrique Benedito Nitão. *Entre as Alternativas Possíveis e o Erro Grosseiro nas Contratações Públicas*. Londrina, PR: Thoth, 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; ROSILHO, André. Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB. *Revista da CGU*, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.36428/revistadcgu.v13i23.386>. Acesso em: 20 jan. 2024.

PELLEGRINI, Guilherme M. Anotações ao artigo 28 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

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

BARATA, Ana Maria O erro grosseiro na LINDB e suas repercussões nas esferas administrativa, civil e por improbidade administrativa. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 87-102. ISBN 978-65-5518-820-2.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL: IMPULSIONANDO TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT

JANRIÊ RODRIGUES RECK

Introdução

No cenário contemporâneo, a Administração Pública Digital emerge como um vetor transformador, moldando a relação entre o Estado e a sociedade. No contexto brasileiro, esse fenômeno adquire uma importância singular, especialmente quando voltamos nosso olhar para a esfera da contratação pública. A transição para práticas administrativas mais eficientes e transparentes tem sido impulsionada pela adoção de tecnologias digitais, alinhadas ao conceito de Administração Pública Digital. Evidente que se esse sempre foi um compromisso da Administração Pública, muito antes das transformações digitais; contudo, o que se busca demonstrar é como a tecnologia propiciou o impulsionamento desse compromisso da gestão pública, especialmente com o tema da contratação.

O problema que conduz essa pesquisa é: quais transformações no âmbito da contratação pública advindas da busca da chamada “administração pública digital” têm contribuído para uma maior transparência e controle social da contratação pública no Brasil?

Evidente que tal transição de modelos não está isenta de desafios. Há uma complexidade de conciliar a proteção de direitos fundamentais, tais como a privacidade, e a proteção de dados, com a necessidade de garantir uma contratação pública transparente e sujeita ao controle social. Assim, a pesquisa se propõe a investigar de que maneira os mecanismos digitais têm impactado a transparência na contratação pública no Brasil, ao mesmo tempo em que reconhece os desafios inerentes a essa transformação.

O objetivo primordial desta é apontar os avanços e impactos da Administração Pública Digital na contratação pública brasileira, a partir da indicação de mecanismos que transformaram a forma de contratação pública no Brasil e sua publicização, ilustrando o impacto positivo desses mecanismos digitais na eficiência e transparência dos processos de contratação pública especialmente no que se refere à transparência e controle social, compromisso assumido pela gestão pública, em especial com a Constituição de 1988.

Busca-se, portanto, analisar os meios pelos quais a Administração Pública Digital tem remodelado os processos de contratação, destacando os avanços alcançados, os desafios enfrentados e os benefícios concretos experimentados pela sociedade brasileira. Ao final, almejamos não apenas mapear esse cenário, mas também identificar os meios pelos quais a Administração Pública Digital se configura como um catalisador essencial para uma gestão pública mais transparente, participativa e alinhada aos anseios da população.

1 Administração Pública Digital no Brasil: é possível falar em uma virada de chave da Administração Pública?

Os avanços tecnológicos cada vez mais irão moldar a sociedade e suas interações dentro desse novo paradigma, o paradigma digital. Mantêm-se os compromissos assumidos pela gestão pública agregados a tantos outros desafios advindos dessas transformações, impondo uma nova forma de pensar e gerir por parte da Administração Pública. Muito mais do que apenas digitalizar processos, tem-se que buscar o que podemos chamar de uma “virada de chave”, o que implica processos pensados e não meramente adaptados a partir da introdução de mecanismos tecnológicos no dia a dia da Administração Pública.

A revolução tecnológica impõe mudanças profundas na forma como a sociedade opera. Caracterizada por sua velocidade, amplitude e profundidade, esta revolução propicia o avanço, a fusão de tecnologias e a interação nos domínios físicos, digitais e biológicos. Considerando a sua magnitude, é imperativo que a Administração Pública esteja na vanguarda desse movimento, adotando práticas e tecnologias que permitam melhorar a eficiência, transparência e a entrega de serviços públicos. A adoção de tecnologias como a inteligência artificial e a digitalização de processos são elementos-chave para garantir que a Administração Pública esteja alinhada com as demandas e oportunidades dessa nova era tecnológica.

Optou-se pela utilização do termo “Administração Pública Digital” por assim considerá-lo mais abrangente. A presença do Estado no ambiente digital se desdobra em múltiplas facetas, manifestando-se de maneiras distintas que permeiam e potencializam as dinâmicas governamentais. Essa expressão se desvela em três vertentes específicas: governo eletrônico, administração eletrônica e governança eletrônica, cada uma desempenhando um papel crucial na interação entre o Estado e seus cidadãos. Sob essa perspectiva abrangente, o governo eletrônico transcende a mera utilização de ferramentas de Tecnologia da Informação pela Administração Pública. Ele se configura como uma expressão que engloba a incorporação dessas tecnologias por parte das entidades públicas, visando não apenas a execução de suas funções, mas também a otimização de processos e atividades. Na esfera da administração eletrônica, a inter-relação entre diferentes entidades ganha destaque, indo além da simples gestão de conhecimento. Essa

dimensão abraça os relacionamentos complexos entre diversas entidades administrativas, impulsionados por soluções tecnológicas que promovem eficiência e colaboração. Por fim, a governança eletrônica emerge como um componente essencial, caracterizado pela interatividade entre o Estado e os cidadãos. Essa interação vai muito além da tradicional prestação de serviços, concentrando-se na melhoria contínua da governança, estimulando a participação cidadã e promovendo uma administração mais transparente e responsiva.¹

Enfrentamos um desafio significativo ao evitar uma visão simplista da tecnologia digital, que não se restrinja à mera migração da Administração Pública para plataformas virtuais, ou seja, trata-se de uma concepção ampliada do que seja governo digital.² O verdadeiro desafio reside na transformação do modelo de pensamento,³ operação e acessibilidade da Administração Pública, orientada pelo interesse público. Isso vai além de um simples diagnóstico do estado atual; implica refletir sobre quais problemas reais buscamos resolver.

Isso demanda um contínuo aprimoramento dos ambientes digitais, treinamento de pessoas e repensar processos visando maior agilidade, transparência e eficiência de resultados. Não é o uso tecnológico para simplesmente mudar os arquivos de emaranhados de papéis para pastas digitais, é bem mais do que isso, é potencializar através do uso das tecnologias e inovação o agir da Administração Pública em prol de seus compromissos constitucionais, seja através da sua forma de atuar e operacionalizar internamente através de seus procedimentos, bem como externamente, ou seja, como o uso da tecnologia facilita a regulação administrativa, a entrega de serviços públicos de qualidade, auxilia na concretização dos direitos fundamentais, na implementação de políticas públicas, dentre outros.

Com o intuito de simplificar a análise, é notável que a adaptação da Administração Pública ao atual panorama tecnológico ocorre em duas frentes distintas. No primeiro eixo, presenciamos um intrincado processo interno, onde a incorporação de ferramentas de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) redefine os paradigmas da gestão administrativa. Esse movimento cria um novo modelo de administração, orientado não apenas para a eficiência operacional, mas também para a promoção da inovação, utilizando a tecnologia como um catalisador. Por outro lado, o segundo eixo destaca-se como um desafio palpável, intrinsecamente ligado às problemáticas brasileiras e ao desenvolvimento do sistema produtivo em esfera nacional e regional. Este processo externo visa disseminar as tecnologias emergentes para a sociedade, por meio da implementação de políticas públicas voltadas para a inclusão digital.⁴ Dessa forma, há

¹ BRAGA, Lamartine Vieira; GOMES, Ricardo Corrêa. Governo Eletrônico e seu relacionamento com o desenvolvimento econômico e humano: um estudo comparativo internacional. *Revista do Serviço Público*, v. 66, n. 4, p. 523-556, 24 dez. 2015. p. 527.

² VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Lírio do. *Governo digital e a busca por inovação na administração pública*. Lei 14.129 de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

³ A isso tem se denominado como 4ª revolução industrial: A revolução tecnológica como marca de revolução impõe profundas mudanças em relação ao modo como se vive em sociedade e está marcada pela sua velocidade, amplitude e profundidade, propiciando o avanço, a fusão de tecnologias e a interação nos domínios físicos, digitais e biológicos. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

⁴ Sobre esse tema artigo bastante interessante que discuto a questão da invisibilidade digital no Brasil é: REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fabio de Sousa. *Electronic government, digital invisibility and fundamental social rights*. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 41, n. 85, p. 30-50, 2020. Acesso em: 22 jan. 2024.

uma tentativa de alinhar não apenas a Administração Pública, mas toda a estrutura social, aos avanços tecnológicos. A interligação desses dois eixos não é apenas estratégica, mas também vital. Ambos devem ser implementados de forma simultânea para garantir uma transição equilibrada e eficaz para um ambiente administrativo mais tecnologicamente avançado. No entanto, é importante ressaltar que a implementação dessas mudanças não é uma tarefa trivial para a Administração Pública. Há desafios específicos que demandam uma abordagem diferenciada para a incorporação imediata das inovações tecnológicas.⁵

É necessário empreender uma abordagem abrangente que vá além da simples informatização, buscando uma autêntica metamorfose cultural e a reestruturação profunda nos meandros do setor público. Tal empreendimento visa forjar um ambiente de gestão não apenas mais eficiente, mas verdadeiramente robusto e alinhado com as demandas contemporâneas. No contexto evolutivo, observa-se que os primeiros esforços em direção ao governo eletrônico tinham como meta principal a digitalização de serviços e processos já existentes. Contudo, a concepção de um governo digital transcende essa abordagem inicial, propondo uma transformação radical que vai muito além da mera transposição do analógico para o digital.⁶ Nesse novo paradigma, busca-se não apenas otimizar o que já existe, mas desenvolver novos modelos de serviço que explorem integralmente as potencialidades da tecnologia disponível.⁷

Em termos práticos, isso implica a criação de sistemas que não apenas digitalizam documentos e processos, mas que também viabilizam um acesso compartilhado e remoto a informações cruciais, privilegiando o compartilhamento de informações e a interoperabilidade dos dados.⁸ Esses avanços conduzem a uma comunicação mais efetiva e

⁵ VALLE, Vivian Lima López; CABRAL, Rodrigo Maciel. Administração pública digital e a implementação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, v. 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoopolitica. Acesso em: 22 jan. 2024.

⁶ A transição do ambiente eletrônico para o digital é reconhecida como um fenômeno disruptivo. Essa mudança de paradigma vai além da visão convencional e gradual de implementação de tecnologias na Administração Pública. Ao invés disso, essa nova abordagem busca não apenas a modernização, mas a potencialização da ação administrativa. Ela não se limita a uma aplicação instrumental, mas visa transformar a prestação de serviços públicos, promovendo o acesso facilitado, estimulando a participação cidadã e fortalecendo os mecanismos de controle social. Essa transição, portanto, não é apenas uma mudança tecnológica, mas uma evolução conceitual que reconfigura a relação entre o Estado e os cidadãos. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Sequência*, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. Acesso em: 22 jan. 2024.

⁷ GABARDO, Emerson; BITENCOURT, C. M. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. *Interesse Público*, v. 9, p. 41-74, 2021. Acesso em: 5 jan. 2024.

⁸ Um conceito muito caro a esse debate é o da interoperabilidade dos dados, afinal, o grande poder advindo do armazenamento de informações disponíveis no ambiente digital deve ser utilizado em prol de uma administração inclusiva, eficiente e transparente. Sobre o significado de interoperabilidade utilizado no contexto desse trabalho, entendemos que: “o conceito de interoperabilidade não pode ser confundido com o de dados abertos ou abertura de dados. Embora possam ser atributos que se relacionem e, no setor público, em regra, devem ser promovidos, tratam de características distintas”. Conforme descrito por Tavares e Bitencourt (2022, p. 149), “enquanto a interoperabilidade possibilita a interação dos dados presentes em sistemas de diferentes órgãos, entidades ou esferas de poder, a abertura permite a disponibilização dos dados públicos para que sejam manuseados e processados por usuários internos e externos à estrutura administrativa. Assim, a abertura não implica necessariamente em interoperabilidade, embora seja possível o armazenamento posterior desses dados em outro banco a fim de possibilitar a interoperabilidade. Porém, a interoperabilidade ideal resulta da interação direta com a fonte original dos dados, a fim evitar justamente essa replicação de dados e criação desnecessária de novas bases de dados pelos usuários”. TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller. Avaliação de

eficiente no âmbito da Administração Pública, rompendo com paradigmas tradicionais e permitindo uma interação mais ágil e transparente entre os diversos setores. Trata-se de uma transição que demanda não apenas investimentos em tecnologia, mas também uma mudança cultural substancial. A resistência a novos métodos e a necessidade de adaptação por parte dos servidores públicos são desafios inerentes a essa transformação. Logo, estratégias de capacitação e conscientização são elementos cruciais para assegurar o êxito dessa empreitada. Além disso, ao almejar um governo digital, é crucial considerar questões relacionadas à segurança cibernética, privacidade e ética no uso de tecnologias.⁹ A implementação dessas mudanças não deve comprometer a integridade dos dados nem violar princípios éticos, sendo imperativo estabelecer salvaguardas eficazes. Defende-se aqui uma mudança que abarca um tripé: cultura, processos e estruturas.¹⁰

Ao explorar plenamente as potencialidades da tecnologia, podemos forjar uma Administração Pública mais ágil, transparente e eficiente, ancorada em princípios éticos e segurança. Isso tudo será pensado logo adiante quando se trata de contratação pública.

Sobre os caminhos do desenvolvimento dessa transformação no Brasil, pretende-se abordar alguns instrumentos normativos que se consideram bastante relevantes, embora evidentemente a lista seja bem mais longa. Destaca-se o Decreto nº 9.319, de 21 de março de 2018: Sistema Nacional para a Transformação Digital. Este decreto trouxe uma evolução significativa ao instituir o Sistema Nacional para a Transformação Digital (SinDigital). Ao criar a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital), seus eixos temáticos e sua estrutura de governança, o governo demonstrou um comprometimento estratégico e coordenado em promover a transformação digital em nível nacional.

Também outro importante decreto foi o Decreto nº 9.756, de 11 de abril de 2019, sobre Governança no Compartilhamento de Dados, quando o Brasil avançou no desenvolvimento de uma governança robusta para o compartilhamento de dados. Além de instituir o cadastro Base do Cidadão, a criação do Comitê Central de Governança de Dados proporcionou um arcabouço estruturado para lidar com informações governamentais, sinalizando uma preocupação com a segurança e eficiência na gestão de dados.

políticas públicas e interoperabilidade na perspectiva da governança pública digital. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 13, n. 3, p. 687-723, set./dez. 2022. p. 698. DOI: 10.7213/revdireconsoc.v13i3.30240. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/30240/26189>. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁹ Esse alerta quanto à forma com que os dados e as informações coletadas têm sido utilizados pelas grandes corporações como poder e dominação é bem exposto no termo capitalismo de vigilância, destacando a maneira como as empresas de tecnologia coletam e utilizam dados pessoais para obter vantagem econômica, buscando extrair valor não apenas da produção de bens e serviços, mas principalmente da observação e predição do comportamento humano. Essa coleta maciça de dados é realizada de forma invisível e muitas vezes sem o conhecimento ou consentimento dos usuários. No contexto da Administração Pública, o livro tem implicações significativas. À medida que os governos adotam tecnologias digitais para melhorar serviços, otimizar processos e tomar decisões, há uma crescente preocupação com a extensão do poder de vigilância. Governos também podem se tornar alvos ou parceiros involuntários do capitalismo de vigilância ao usar serviços e plataformas controladas por empresas que operam nesse modelo. A coleta massiva de dados pode afetar a relação entre cidadãos e governos, levantando questões sobre privacidade, transparência e a própria natureza da democracia e respeito aos direitos individuais. ZUBOFF, Susana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. PublicAffairs, 2019.

¹⁰ GABARDO, Emerson; BITENCOURT, C. M. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. *Interesse Público*, v. 9, p. 41-74, 2021. Acesso em: 22 jan. 2024.

Nesse mesmo sentido tivemos a criação do portal único do Governo Federal “gov.br” através do Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019, uma notável evolução na oferta de serviços digitais. Essa medida definiu regras para a unificação dos canais digitais do Governo federal, simplificando a experiência do usuário e centralizando o acesso a informações e serviços, demonstrando uma preocupação com a acessibilidade e eficiência na comunicação governamental.

Em 2021, a evolução foi marcante com a criação da Política Nacional de Modernização do Estado – Moderniza Brasil, dada pelo Decreto nº 10.609, de 26 de janeiro de 2021, o que reflete o esforço do governo em aumentar a eficiência e modernizar a Administração Pública, enfatizando a integração, articulação, monitoramento e avaliação de iniciativas de modernização no Poder Executivo federal.

Claro que a contribuição legislativa mais significativa para coroar essa transformação da administração brasileira foi a Lei nº 14.129, que se destaca ao instituir princípios, regras e instrumentos para impulsionar a eficiência do governo digital.¹¹ Esta legislação representa uma evolução significativa, modificando leis existentes para promover um ambiente governamental mais ágil, transparente e eficaz, alinhado com princípios como desburocratização, inovação, transformação digital e participação do cidadão.¹² Essas legislações não apenas refletem a crescente conscientização sobre a importância da transformação digital na Administração Pública, mas também evidenciam um comprometimento efetivo em criar um ambiente governamental moderno, eficiente e responsivo às necessidades da sociedade digital contemporânea.

No próximo tópico busca-se enfrentar como tais mecanismos têm contribuído para uma maior eficiência no âmbito da contratação pública, em especial quanto aos quesitos de uma contratação mais transparente e que privilegie o controle social da Administração Pública.

2 O impacto da Administração Pública Digital nas contratações públicas no Brasil: construindo pontes para ampliação da transparência e o controle social

Essa mudança de paradigma emergiu como um catalisador fundamental para a ampliação da transparência na gestão pública, desencadeando uma série de mudanças

¹¹ Sobre os principais avanços desta Lei: “Observa-se em diferentes momentos do seu texto legal a preocupação em atrelar o incentivo ao desenvolvimento de inovações tecnológicas à criação de espaços para o exercício da cidadania, por meio da participação e do controle social, ao aumento da transparência pública e do direito ao acesso à informação, bem como ao estímulo da transformação digital e da eficiência na Administração Pública. Dentre os objetivos a serem atingidos, destacamos: i) a digitalização da Administração Pública e da prestação digital dos serviços públicos, prescrevendo-se para isso o uso de plataformas de governo digital; ii) a abertura e interoperabilidade dos dados, além da possibilidade de criação de espaços colaborativos de inovação, tais como as redes de conhecimento e os laboratórios de inovação; iii) reforço a utilização da tecnologia para as atividades de governança, gestão de riscos, controle e auditoria no setor governamental”. TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller. A lei do Governo Digital e os laboratórios de inovação: Inteligência artificial, ciência de dados e big open data Como ferramentas de apoio à auditoria social e controle Social. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Lírio do. *Governo digital e a busca por inovação na administração pública*. Lei 14.129, de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

¹² Esse tema foi tratado com bastantes detalhes na obra: MOTTA, Fabrício; Valle, Vanice Lírio do. *Governo digital e a busca por inovação na administração pública*. Lei 14.129, de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

significativas na forma como os órgãos governamentais interagem com a sociedade. No contexto brasileiro, duas peças-chave dessa transformação são a Lei de Acesso à Informação (LAI) e os portais de transparência, que desempenham papéis cruciais na promoção da transparência e no fortalecimento do controle social.

A LAI, promulgada em 2011, foi um marco crucial ao garantir o direito dos cidadãos brasileiros de acessar informações públicas. Essa legislação estabeleceu um novo padrão de transparência, permitindo que os cidadãos requisitem e recebam informações sobre as ações do governo. Através dessa ferramenta legal, a transformação digital encontrou um meio para potencializar o acesso à informação, colocando nas mãos dos cidadãos uma poderosa ferramenta para fiscalizar e compreender as atividades governamentais, diga-se, contudo, que antes mesmo da regulamentação legislativa do art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal,

Contudo, desde 2004 os portais de transparência,¹³ por sua vez, materializam a transformação digital ao oferecerem interfaces interativas que detalham receitas, despesas, contratações e outras informações relevantes sobre a Administração Pública. Essa plataforma serve como um repositório central, permitindo que os cidadãos realizem análises detalhadas e monitorem de perto as ações do governo.¹⁴ Além de fornecerem informações essenciais para a tomada de decisões informadas por parte dos cidadãos, os portais de transparência e a LAI fomentam a *accountability* e a integridade nas instituições governamentais. Ao possibilitarem o acompanhamento detalhado dos recursos públicos, essas ferramentas não apenas mitigam a corrupção, mas também fortalecem a relação de confiança entre governo e sociedade.

Mais do que simples instrumentos tecnológicos, a transformação digital aliada à transparência pública é um meio vital para a promoção do controle social. Facilitando o acesso à informação e possibilitando a participação ativa dos cidadãos na fiscalização do Poder Público, essas iniciativas são pilares essenciais para a construção de uma gestão pública mais eficiente, responsável e alinhada aos interesses da população brasileira.

A transformação para a Administração Pública Digital revolucionou a dinâmica da contratação pública, introduzindo uma série de benefícios que otimizam os processos, aumentam a eficiência e promovem a transparência. Vamos explorar objetivamente como essas mudanças ocorreram no âmbito da contratação pública, e como está interligada hoje a contratação pública com a transparência e a possibilidade de controle social.

¹³ Evidente que, apesar do grande avanço legislativo e mesmo com a implementação dos portais por parte dos poderes públicos, ainda há inúmeros desafios para que possamos falar em uma transparência pública real e efetiva. Sobre esse tema ver: BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. O estado da arte do acesso à informação no Brasil e sua possível configuração como legislação simbólica. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v. 15, n. 1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 25 jan. 2024.

¹⁴ Muitas podem ser as melhorias para que o controle social seja viabilizado através do acesso à informação e transparência pública, dentre elas, destacamos: “- contemple opções para que o consulente tenha acesso a dados de forma traduzida ao leigo; o consulente possa encontrar os dados brutos; - que o portal explicithe os critérios de classificação de rubricas; - que obrigue especificações dentro das rubricas, não bastando meramente indicações gerais de valores e percentuais gastos; - que obriguem os portais a exibir um quadro comparativo do previsto no orçamento com a despesa realizada; - que obrigue os particulares a detalhar o destino dos recursos recebidos, no mesmo portal do Município; que discrimine o quanto foi realizado em órgãos públicos e o quanto foi enviado a entidades privadas”. Ver em: BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da lei a partir da experiência dos portais de transparência dos municípios do rio grande do sul. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 23, n. 3, p. 126-153, set./dez. 2018. Acesso em: 25 jan. 2024.

Vamos elencar alguns pontos em que a contratação pública vai ser impactada pelos mecanismos disponíveis no âmbito da Administração Pública Digital:

I - Plataformas de licitação eletrônica cada vez mais sofisticadas disponíveis através da tecnologia desenvolvida dentro do setor público ou mesmo por empresas privadas que passam a se especializar na realização de processos licitatórios. Elas oferecem funcionalidades que vão desde a publicação de editais até a recepção e análise eletrônica de propostas e verificação de documentação via inteligência artificial;

II- Os sistemas de registro de preços eletrônico possibilitam a formação de catálogos virtuais de produtos e serviços com preços pré-negociados. Isso simplifica a contratação, permitindo que órgãos públicos realizem aquisições de forma mais ágil, sem a necessidade de novas licitações;

III- Portais de compras governamentais são plataformas unificadas que reúnem informações sobre licitações, contratos e fornecedores. Esses portais centralizam o acesso a oportunidades de negócios, facilitam a pesquisa e proporcionam uma visão holística dos processos de contratação em âmbito governamental;

IV- Sistemas integrados de gestão contratual oferecem uma abordagem abrangente que vai desde a fase de planejamento até a execução do contrato, auxiliando na gestão de prazos, pagamentos, garantias e outras atividades relacionadas, promovendo uma visão sistêmica e facilitando o acompanhamento de todo o ciclo contratual;

V- Mecanismos de assinaturas digitais e certificação eletrônica são essenciais para formalizar contratos de maneira segura e ágil, através do sistema e-gov, permitindo que documentos sejam assinados eletronicamente, eliminando a necessidade de trâmites físicos, reduzindo custos e acelerando o processo de formalização contratual;

VI- Plataformas e ferramentas de inteligência artificial têm sido incorporadas para analisar propostas de forma automatizada, identificando padrões, verificando a conformidade das propostas em relação ao edital e realizando análises mais rápidas e precisas, aumentando a eficiência nos processos de seleção;

VII- Comunicação instantânea e em tempo real com os fornecedores até mesmo durante o processo licitatório, promovendo um ambiente mais transparente e colaborativo.

A Lei nº 14.133/2021,¹⁵ que estabelece o novo marco legal para licitações e contratos administrativos no Brasil, incorpora de maneira inovadora diversos mecanismos digitais em seus processos, evidenciando um avanço significativo na modernização das práticas governamentais.

Destacando-se entre as mudanças, o artigo 6º introduz a contratação integrada, modalidade que permite a participação ativa do contratado na elaboração do projeto básico ou executivo, visando maior eficiência na execução dos contratos públicos.

A modalidade de diálogo competitivo, prevista no artigo 32, possibilita a negociação de propostas com licitantes selecionados previamente, representando uma flexibilização que promove maior adequação às necessidades específicas de cada contratação, quando não há solução técnica consagrada no estado da arte.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Dispõe sobre normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas e institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 jan. 2024

Estabeleceu no art. 174 a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), um ambiente virtual único para a divulgação de informações sobre licitações e a condução de processos licitatórios de forma eletrônica, promovendo a transparência e facilitando o acesso às oportunidades de contratação. Da mesma forma, a criação do Sistema Eletrônico de Compras consolida uma ferramenta essencial para a realização de procedimentos licitatórios de maneira ágil e eficaz, incorporando plenamente a era digital.

Ao viabilizar a realização de leilões eletrônicos, fazendo amplo uso da modalidade de pregão eletrônico com interação em tempo real, potencializa a eficiência e a maximização de recursos públicos com uso da tecnologia em prol do interesse público.

A possibilidade de consulta pública antes da elaboração de editais, conforme o artigo 39, fortalece a participação da sociedade nos processos decisórios, enriquecendo a formulação das licitações com contribuições externas.

Ao autorizar a utilização de inteligência artificial e análise de dados, tais como consideração dos preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, a legislação reconhece a importância de inovações tecnológicas para otimizar a eficiência e segurança dos procedimentos licitatórios.

Dessa forma, a Lei nº 14.133/2021 não apenas atualiza as práticas tradicionais de licitação, mas efetua uma transformação profunda, alinhando-se às demandas do mundo contemporâneo e promovendo a eficácia, transparência e participação nos processos licitatórios no Brasil.¹⁶ As compras públicas devem ser pensadas também como um mecanismo de desenvolvimento social.¹⁷

Por fim, há iniciativas no nível de controle e transparência da contratação pública que têm chamado atenção pelo grau de eficiência explorando as potencialidades do uso da Inteligência Artificial ou de combinações algorítmicas que bem representam o que se espera de uma gestão pública na era digital. Um exemplo claro desse avanço é observado na análise de dados e *Big Data*. A IA capacita órgãos governamentais a examinar grandes conjuntos de dados, proporcionando *insights* valiosos para embasar decisões informadas.¹⁸ Essa capacidade de processar informações em larga escala permite uma avaliação mais abrangente de fornecedores, históricos contratuais e condições de mercado, resultando em uma tomada de decisão mais precisa e estratégica.

Além disso, a IA aprimora substancialmente a avaliação de propostas. Por meio de algoritmos avançados, a tecnologia é capaz de analisar propostas de forma automatizada, considerando variáveis como preço, prazos, conformidade técnica e outros critérios predefinidos. Esse processo não apenas acelera a análise, mas também promove uma abordagem mais imparcial e eficiente.

¹⁶ Para um estudo aprofundado do tema: MOTTA, Fabrício. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: comentários à Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

¹⁷ BORGES, Jorge Henrique Caldeira. Compras públicas: uma estratégia para o desenvolvimento econômico e social. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 235-252, jan./mar. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/112697/Compras_publicas_uma_estrategia_para_o_desenvolvimento_economico_e_social.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024.

¹⁸ Texto essencial para a compreensão das potencialidades e dos riscos do uso da AI na Administração Pública é: 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. DOI: 10.21056/aec.v20i81.1346. Acesso em: 10 jan. 2024.

Na fase de elaboração de documentos contratuais, a IA se destaca ao oferecer assistência significativa. Sistemas baseados em IA podem automatizar tarefas como a criação de cláusulas padrão, verificação de conformidade legal e até mesmo a geração de contratos personalizados. Isso não apenas reduz a carga de trabalho administrativo, mas também minimiza riscos associados a erros humanos.

Outro exemplo prático observado na gestão contratual eficiente ocorre durante a execução do contrato, a tecnologia monitora prazos, avalia o desempenho dos fornecedores e antecipa potenciais problemas. Essa abordagem proativa, baseada em análises preditivas, aprimora a eficiência e contribui para a resolução antecipada de possíveis desafios.

A IA também pode atuar na minimização de viés e promoção da imparcialidade. Operando com base em lógica e algoritmos, a tecnologia reduz a influência de fatores subjetivos, contribuindo para uma avaliação mais justa de propostas. Isso não apenas fortalece a igualdade de oportunidades, mas também reforça a transparência em todo o processo de contratação.

Dentro de várias iniciativas interessantes, os Tribunais de Contas têm assumido¹⁹ um papel catalizador no sentido de impulsionar a transparência e permitir o controle social do processo de contratação pública, a exemplo do LicitaCon do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, um sistema desenvolvido com o propósito específico de promover a transparência e a eficiência nos processos licitatórios. Ao adotar tecnologias digitais, esse programa oferece uma plataforma acessível ao público, onde informações sobre licitações, contratos e execuções financeiras estão disponíveis de maneira clara e instantânea.

As resoluções e instrução normativa que implementaram tal tecnologia para maior transparência e controle social na contratação pública no Rio Grande do Sul, emitidas pelo Tribunal de Contas (TCE-RS) são: Resolução nº 1.050/2015²⁰ (com vigência a partir de 13 de novembro de 2015), que define as diretrizes para o uso do LicitaCon na comunicação e compartilhamento de informações sobre licitações e contratos administrativos; Resolução nº 1.073/2017 (vigência a partir de 18 de maio de 2017), cujo objetivo é promover alterações específicas na resolução anterior, ajustando e aprimorando certos aspectos das normas estabelecidas anteriormente, proporcionando maior clareza ou adequação no processo de envio e disponibilização de dados por meio do LicitaCon; e a Instrução Normativa nº 13/2017 (vigência a partir de 12 de dezembro de 2017),²¹ que estabelece as diretrizes

¹⁹ Os Tribunais de Contas têm se destacado na utilização de AI na predição de suas atividades. Já é possível traçar um estado da arte do uso de Inteligência Artificial (IA) nos órgãos de controle de contas públicas brasileiros, em todas as suas esferas, seja federal, estadual ou municipal, apontando os resultados, os custos e os benefícios dessas máquinas. A relevância desse tema se dá pelo contínuo uso dessa tecnologia por parte da Administração Pública brasileira e em suas consequências para com as altas demandas dos Tribunais de Contas. Sobre esse tema, recomendo a leitura de: BITENCOURT, Caroline Müller; MARTINS, Luisa Helena Nicknig. A inteligência artificial nos órgãos constitucionais de controle de contas da administração pública brasileira. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 10, n. 3, e253, set./dez. 2023. DOI: 10.5380/rinc.v10i3.93650. Acesso em: 29 jan. 2024.

²⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Resolução nº 1.050, de 2015*. Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Acesso em: 28 jan. 2024.

²¹ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Instrução normativa nº 13/2017*. Dispõe sobre os prazos e demais regras técnicas relativas à alimentação do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon pelos

temporais e outras especificações técnicas que os órgãos jurisdicionados devem seguir ao fornecer dados e informações ao LicitaCon, garantindo, assim, a consistência e atualização adequada do sistema.

Segundo o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), representa um avanço significativo na gestão e monitoramento das contratações públicas, proporcionando uma sistemática que permite o acompanhamento minucioso das licitações e contratos em todas as etapas, desde a sua abertura até o encerramento. Essa abordagem integral tem como objetivo aprimorar a capacidade de monitoramento das contratações públicas, conferindo maior eficiência às atividades de controle desenvolvidas pelo órgão.²²

Um sistema como esse contribui para vários aspectos do processo licitatório e de contratação pública, tais como: I) produtividade, o LicitaCon visa ampliar as possibilidades de exercício efetivo e concomitante do controle externo; II) disponibilização de informações sobre licitações e contratos administrativos para a sociedade, promovendo maior transparência e permitindo que os cidadãos acompanhem de perto esses processos; III) qualidade, o sistema proporciona uma atuação tempestiva da fiscalização, favorecendo o aperfeiçoamento das ações de controle e contribuindo para a qualificação do planejamento de auditorias com capacidade de agir de forma rápida e eficaz, o que é crucial para assegurar a conformidade e a legalidade dos processos; IV) transparência dos atos administrativos, uma vez que amplia a publicidade de dados, informações e documentos relacionados a licitações e contratos administrativos; V) eficiência na prevenção e repressão de fraudes em procedimentos licitatórios com uma visão abrangente e detalhada de todas as fases do processo, o sistema fortalece a capacidade do órgão de identificar e abordar potenciais irregularidades, contribuindo para a integridade e a lisura dos processos licitatórios; VI) maior controle, os resultados produzidos não só potencializam a atuação quase que instantânea dos controladores como permitem um processo de coparticipação do controle social, que acompanha, fiscaliza e denuncia as irregularidades através de canais oficiais disponibilizados pelo próprio Tribunal.

O cadastramento integral das licitações dos Municípios e do Estado permite a busca diferenciada pelo ente federativo, mas também dispõe de uma quadro geral no item “novas licitações no RS” em que é possível ter acesso a todas as licitações e contratações públicas abertas no Estado, com detalhamento dos itens, acesso ao edital e todo procedimento formal, podendo selecionar “licitações realizadas” e também “licitações em andamento”, mas também “contratos em andamento” e contratos realizados”. Também é possível indicar a modalidade objeto de busca, tais como: alienação de bens ;compras; compras e outros; serviços; concessão; locações obras; e serviços de engenharia ;outros serviços; permissão. Recentemente o LicitaCon Obras traz uma busca específica com detalhamento sobre as obras públicas.

O LicitaCon é um dos exemplos de como a Administração Pública Digital pode ser um mecanismo a serviço do impulsionamento da transparência pública e controle social, conferindo maior eficiência às atividades de controle desenvolvidas pelo órgão.

órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Acesso em: 28 jan. 2024.

²² TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *LicitaCon: Sistema de Licitações e Contratos*. 2024. Acesso em: 28 jan. 2024.

Considerações finais

A transição para a Administração Pública Digital emerge como um vetor para impulsionar a transparência e fomentar o controle social nas esferas da contratação pública. A integração de tecnologias inovadoras neste cenário representa uma virada significativa, otimizando a eficiência e fortalecendo a responsabilidade na gestão dos recursos públicos.

A Lei de Licitações públicas no Brasil, ao incorporar mudanças robustas alinhadas à era digital, reflete o comprometimento do Legislativo em modernizar e aprimorar os processos de contratação pública, alinhado a uma estratégia de inovação e modernização da Administração Pública que está em curso há alguns anos, reconhecendo a importância das ferramentas digitais para ampliar a transparência, promover maior competitividade e fortalecer os mecanismos de controle.

É evidente que os órgãos públicos estão atentos a essa transformação, conforme demonstrado pelo programa LicitaCon do Tribunal de Contas. Esta iniciativa representa um esforço concreto para adotar tecnologias avançadas, tornando os procedimentos de contratação mais acessíveis e transparentes.

A preocupação com a assimilação dessas tecnologias não apenas reflete uma adaptação às demandas contemporâneas, mas também destaca o compromisso das entidades governamentais em garantir a integridade, a eficiência e a conformidade nos processos de contratação. O resultado desse esforço é um ambiente onde a participação ativa da sociedade na fiscalização e controle social é fortalecida. Nesse contexto, a Administração Pública Digital não só moderniza procedimentos, mas também consolida os fundamentos da democracia, promovendo a confiança e a legitimidade nas ações do setor público.

Referências

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da lei a partir da experiência dos portais de transparência dos municípios do Rio Grande do Sul. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 23, n. 3, p. 126-153, set./dez. 2018. Acesso em: 25 jan. 2024.

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. O estado da arte do acesso à informação no Brasil e sua possível configuração como legislação simbólica. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v. 15, n. 1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 25 jan. 2024.

BITENCOURT, Caroline Müller; MARTINS, Luisa Helena Nicknig. A inteligência artificial nos órgãos constitucionais de controle de contas da administração pública brasileira. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 10, n. 3, e253, set./dez. 2023. DOI: 10.5380/rinc.v10i3.93650. Acesso em: 29 jan. 2024.

BORGES, Jorge Henrique Caldeira. Compras públicas: uma estratégia para o desenvolvimento econômico e social. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 235-252, jan./mar. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/112697/Compras_publicas_uma_estrategia_para_o_desenvolvimento_economico_e_social.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRAGA, Lamartine Vieira; GOMES, Ricardo Corrêa. Governo Eletrônico e seu relacionamento com o desenvolvimento econômico e humano: um estudo comparativo internacional. *Revista do Serviço Público*, v. 66, n. 4, p. 523-556, dez. 2015.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Dispõe sobre normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas e institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Dispõe sobre normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas e institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Sequência*, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. Acesso em: 22 jan. 2024.

MOTTA, Fabrício. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: comentários à Lei nº 14.133/2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Lírio do. *Governo digital e a busca por inovação na administração pública*. Lei 14.129 de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fabio de Sousa. *Electronic government, digital invisibility and fundamental social rights*. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 41, n. 85, p. 30-50, 2020. Acesso em: 22 jan. 2024.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller. A lei do Governo Digital e os laboratórios de inovação: Inteligência artificial, ciência de dados e big open data Como ferramentas de apoio à auditoria social e controle Social. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Lírio do. *Governo digital e a busca por inovação na administração pública*. Lei 14.129, de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller. Avaliação de políticas públicas e interoperabilidade na perspectiva da governança pública digital. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 13, n. 3, p. 687-723, set./dez. 2022. p. 698 DOI: 10.7213/revdireconsoc.v13i3.30240. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/30240/26189>. Acesso em: 30 jan. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *LicitaCon: Sistema de Licitações e Contratos*. 2024. Acesso em: 28 jan. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Resolução nº 1.050, de 2015*. Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Acesso em: 28 jan. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Resolução nº 1.099, de 7 de novembro de 2018*. Dispõe sobre prazos, documentos e informações que deverão ser entregues ao TCE-RS, em formato eletrônico, para exame dos processos de contas de governo e de gestão da esfera municipal, nos termos previstos nos artigos 71, parágrafo único, e 82, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução nº 1.028, de 4 de março de 2015. Disponível em: Acesso em: 28 jan. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Instrução Normativa nº 06/2016*. Dispõe sobre os prazos e demais regras técnicas relativas à alimentação do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon pelos órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Acesso em: 28 jan. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Instrução Normativa nº 13/2017*. Dispõe sobre os prazos e demais regras técnicas relativas à alimentação do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon pelos órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Acesso em: 28 jan. 2024.

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. DOI: 10.21056/aec.v20i81.1346. Acesso em: 10 jan. 2024.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Lírio do. *Governo digital e a busca por inovação na administração pública*. Lei 14.129, de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

VALLE, Vivian Lima López; CABRAL, Rodrigo Maciel. Administração pública digital e a implementação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, v. 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 22 jan. 2024.

ZUBOFF, Susana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. Public Affairs, 2019.

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

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Administração Pública Digital: impulsionando transparência e controle social nas contratações públicas no Brasil. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 103-116. ISBN 978-65-5518-820-2.

A UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DO MUNDO DIGITAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISCRICIONARIEDADE

LUIZ ALBERTO BLANCHET

1 Considerações preambulares e a importância dos recursos tecnológicos na condução da Administração Pública

Estas reflexões iniciais pretendem identificar os espaços e momentos em que a Administração Pública pode, ou mesmo deve, lançar mão, não apenas de inovações tecnológicas mais complexas ou sofisticadas, mas de quaisquer recursos, mesmo aqueles apenas técnicos e ainda não propriamente tecnológicos e tampouco digitais, os quais, para atingirem a finalidade normativa do ato ou procedimento administrativo, independam da atuação, manejo ou operação humana.

A relevância do tema deflui da discreta e progressiva entrada das tecnologias da computação, informação e comunicação na condução da Administração Pública.

O mundo digital não pode ser estudado como um fenômeno, ou complexo de fatores, que teria surgido inesperada e subitamente, mas como uma das dádivas da revolução energética elétrica, impropriamente chamada de segunda revolução industrial. Impropriamente assim chamada porque a eletricidade, ao contrário da máquina a vapor, não tem como grande papel o de mover mecanismos industriais.

O mundo digital e seus inúmeros e distintos setores, as tecnologias da informação e da comunicação e assim, obviamente, também o Direito não são um fenômeno da modernidade ou da atualidade e tampouco estão apenas abrindo as portas para o futuro.

A energia elétrica, além de poder mover motores e quaisquer outros mecanismos utilizados pela indústria, está imprescindível e ativamente presente em outros âmbitos, como o da comunicação, por exemplo. Além da comunicação, e acima de tudo, porém, a eletricidade é o fenômeno físico que permeia todos os âmbitos da vida atual: iluminação, aquecimento, refrigeração, funcionamento de máquinas, motores (inclusive veiculares) etc., e é a condição sem a qual não existiria o mundo digital.

As mais relevantes e admiráveis transformações da vida humana não ocorrem repentina, instantânea nem imotivadamente. Todas têm remotas e discretas origens e vão se construindo lenta e imperceptivelmente. A própria revolução trazida pelo uso da eletricidade não foi uma surpresa abrupta, mas o resultado de longa evolução do homem e de suas práticas desde o momento a partir do qual ele aprendeu a reproduzir o fogo.

Na sequência das ponderações trazidas ao presente trabalho, a preocupação seguirá tendo por objeto a avaliação da suficiência ou não dos recursos proporcionados pelo mundo digital para dar perfeição (completitude) a atos e procedimentos administrativos, e já então não apenas de máquinas ou aparelhos não digitais como terá sido nas linhas iniciais, mas de suportes e recursos digitais.

Os inúmeros aspectos da vida humana não estão, em nenhum momento pontual estiveram, e jamais estarão, prontos. O observador de um comboio está vendo apenas um minúsculo, efêmero, veloz e não isolado, porém soberano, momento. Um momento curioso, talvez imperceptível, mas de grandes revelações para o espírito mais atento. Assim é com o chamado mundo digital. Ele teve passagens por estações marcantes como a revolução industrial. Meras passagens, todavia, e não paradas. Sintetizando, ou o observador o vê como um verdadeiro mundo que estaria substituindo outros que o antecederam e, só e exatamente por isto, não deixará de ser apenas mero observador, ou o percebe, examina, investiga como momento, ou episódio de algo maior e mais revelador que veio evoluindo até ser o que é, mas ainda continuará evoluindo ou mesmo se transmutando em novas e mais eficazes soluções.

Esse aspecto evolutivo, dinâmico e continuamente surpreendente, da realidade, não pode ser desprezado pela Administração Pública ao definir as condições de uma licitação e as cláusulas do ulterior contrato. Não é por mero acaso que a Lei nº 14.133/21, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao contrário da Lei nº 8.666/93, contém vários dispositivos pertinentes aos recursos proporcionados pelas tecnologias digitais.¹ A rigor, além de outras grandes e importantes diferenças entre a lei de licitações e contratos administrativos anterior e a atual, as inovações normativas mais relevantes são as que introduzem a Administração licitante/contratante.

Sem o enfoque sintonizado com a extensão, amplitude, complexidade, plasticidade e dinamicidade do fenômeno digital, dificilmente alguma conclusão deixará de ser efêmera e, por isso mesmo, nascerá já condenada a perder sua sustentabilidade lógica e jurídica. Não se conhece uma paisagem apenas olhando por uma janela, mas saindo pela porta e nela mergulhando o espírito.

Na trajetória de descoberta e desenvolvimento de técnicas para alcançar resultados, um dos mais remotos e impressionantes passos foi dado pelo primeiro indivíduo que conseguiu reproduzir e controlar o fogo. Esse momento marcante e da mais

¹ “Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) LII - sítio eletrônico oficial: sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades; (...) Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte: (...) §2º É permitida a identificação e assinatura digital por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). (...) Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes: (...) §2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática. (...) Art. 114. O contrato que previr a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação poderá ter vigência máxima de 15 (quinze) anos (texto original não grifado).

alta relevância na história humana, a reprodução do fogo pelos primeiros humanos, representou um grande salto na evolução que, após longa caminhada no processo evolutivo, viria afluir no complexo de avanços atuais, inclusive os computacionais.

Para alguns, talvez a descoberta da técnica de produção do fogo possa ser considerada como mero acaso, mas ainda que o fosse, isso seria absolutamente irrelevante, pois o que passou a importar foi o fato de poder ser repetida tal experiência quando, onde e para que fim o homem quisesse. Foi a descoberta da mais avançada e promissora técnica até aquele momento, pois está na raiz de todas as tecnologias até hoje desenvolvidas: a utilização e domínio de uma fonte de energia para satisfazer seus anseios, dos mais simples aos mais complexos. Enquanto não foi descoberta e utilizada de forma universal e democratizada – ou popularizada –, a energia elétrica, o protagonista vinha sendo sempre o fogo, inclusive para mover a máquina a vapor, estrela central da primeira revolução industrial.

E não se trata simplistamente de algo maior e mais revelador apenas porque teve seus primeiros impulsos com a revolução industrial. Absolutamente não. A própria revolução industrial foi também um episódio, marcante sem dúvida, mas resultou de longa e complexa evolução da mente e da coletividade humanas.

Pode-se imaginar que muitos descobriram como obter fogo sem ter que apenas “colhê-lo” quando produzido pela natureza, mas alguns, com espírito predador, podem ter utilizado tal habilidade para submeter os demais a suas pretensões pessoais, enquanto outros, com índole empreendedora, ensinaram a outros como fazê-lo e também obterem os benéficos resultados, resultados, aliás, que passaram a ter vida própria, evoluir e reinar soberanamente até o advento da energia elétrica.

Sem dúvida outras técnicas tiveram igualmente relevância, como, até mesmo, a primitiva utilização de bastões e as mais elaboradas como a manufatura de um arco e flecha. Foi, contudo, a técnica de acender o fogo quando precisasse ou quisesse que viria a ser fator imprescindível e determinante de inúmeros momentos que mudaram a vida humana, com especial destaque para a revolução industrial.

E tudo o que a partir da revolução industrial veio sendo construído contribuiu direta ou indiretamente para a sociedade humana digital. Em toda técnica há a mão humana e algumas podem até ser vistas como extensões dela. Primitivamente, as lanças possibilitavam tocar a caça sem tocá-la diretamente com a mão. O arco e flecha aumentou essa distância, mas hoje, mediante a conjugação daquelas mesmas antigas ideias com os recursos tecnológicos da era eletrônica, computacional ou digital, as mãos humanas “estendem-se” muito mais longe do que a distância atingida por uma flecha, conseguem chegar até o planeta Marte, por exemplo, e possibilitam ao ser humano a análise de um solo em que não está pisando e tampouco antes pisou.

A “extensão das mãos” evoluiu para a ampliação do *alcance dos olhos* humanos, primeiramente por meio de binóculos e, mais tarde, por obra da era digital, ampliou-se muitíssimo mais tal alcance, também nesta hipótese por obra dos recursos computacionais, por meio de telescópios espaciais.

O mundo digital, porém, que também, obviamente, não surgiu do nada e repentinamente, mas foi um momento resultante de longa evolução pretérita e que não parou, não ficou congelado, pois as técnicas continuaram sendo aperfeiçoadas. E hoje se testemunham as ampliações do alcance das faculdades do cérebro humano. Com isso, a

humanidade não tem outra opção senão a de entrar no mundo da *objetividade*, pois o substrato dos recursos digitais é a eletricidade, fenômeno físico cujo comportamento segue a lógica do próprio universo, peculiaridade esta que não permite tratamento ou manuseio livre ou criativo em bases subjetivas. E quem tentar fazer uso da eletricidade sem a observância dos parâmetros objetivos naturais do fenômeno elétrico, pode chegar a funestos resultados.

Objetividade, enfim, esta simples palavra, por muitos desprezada, é um dos pilares que asseguram solidez e estabilidade ao Direito, pois somente quem se isola em seu estreito mundo subjetivo, por livre escolha ou por distúrbios ou outros fatores involuntários, não sofrerá nem aproveitará os efeitos do Direito.

O senso de objetividade é a alma de princípios de fundamental relevância, como a *impessoalidade* do agente da Administração, expressamente definida como princípio constitucional expresso (art. 37, *caput*) da Administração Pública. O mesmo senso objetivo está na essência do princípio da *imparcialidade* do julgador no exercício da jurisdição.

Merece ainda, especial menção nestas considerações preambulares, o evento que passou a ser (impropriamente) chamado de Quarta Revolução Industrial, ou, mais adequadamente, Revolução Energética Elétrica e sua imprescindibilidade para as revoluções seguintes.

Houve, como já se registrou, o momento, e mero momento, mas com antecedentes e consequências, em que o homem deixa de ser mero coletor e caçador, como os outros animais, e passa a ter iluminação à noite, aquecimento de seus ambientes e de seus alimentos, ainda pelo fogo, mas já tornando-os mais facilmente digeríveis, eliminando doenças e, inclusive, desenvolvendo sua capacidade intelectual,² fator que obviamente potencializou a capacidade humana de evoluir até a era digital. A utilização autônoma do fogo, portanto, assim direta como também indiretamente, abriu o longo caminho que no futuro levaria seus descendentes à primeira revolução industrial, pois a máquina a vapor depende do uso e controle do fogo.

Deixando de ser apenas mais um animal no planeta coletando plantas e caçando animais para alimentar-se, o homem já remotamente no tempo tornou-se potencialmente mais sustentável ou talvez menos insustentável, pois continua ainda queimando qualquer coisa que possa servir como combustível.

Embora a energia eólica dos moinhos de vento e a hidráulica das rodas d'água fossem mais antigas e sustentáveis que a máquina a vapor dependente do fogo, condicionavam-se a fatores alheios ao controle humano: haver vento ou ter água corrente por perto para utilizar a força de seu movimento natural ou represá-la para obter energia potencial.

O vapor, ao contrário, é obtido quando aquele que dele precisa quiser, independentemente de condições atmosféricas ou geográficas, basta acender o fogo.

Ou seja, não é o vapor, ainda é o fogo, mas com a vantagem da autonomia para ativar, controlar e desativar, quando e por quanto tempo, conforme a vontade do operador. Unidades de produção de bens ou serviços puderam ser instaladas em qualquer lugar.

² *Homo Culinaris* – S. H. Housel, disponível em: <https://youtu.be/4gZBCM78sJl?si=jkFoHPHvjeGDP3JT>, acesso em: 5 jan. 2024.

No que tange agora especificamente à energia elétrica, além da maior independência trazida pela máquina a vapor comentada linhas acima, a eletricidade proporcionou também outras utilidades e vantagens que não apenas iluminação e aquecimento, como, por exemplo, a possibilidade de um único operador mover coisas muito superiores ao seu peso e com maior rapidez, sem tocá-las diretamente com as próprias mãos. Outra comodidade, para cuja obtenção até então não se podia utilizar o fogo isoladamente, foi o transporte. E no que tange especialmente ao tema central do presente estudo, deve ser lembrado que sem a eletricidade, nada funciona no mundo digital. Aliás, esse mundo nem existiria. Cessariam, ou melhor, nem existiriam, as grandes discussões favoráveis e desfavoráveis, otimistas e pessimistas, sobre a mais importante porta até hoje aberta pela era digital, a inteligência artificial. O mundo seria muito tedioso!

Claro que a energia elétrica também pode ser produzida a partir da queima de derivados de petróleo, gás e biocombustíveis, como ocorre nas usinas térmicas (exceto as que utilizam a fissão nuclear), mas as fontes predominantes no Brasil são as hidráulicas, eólicas e solares. Necessário, de qualquer modo, lembrar que a matriz energética elétrica do Brasil já está deixando de ser a que detém a maior fatia, pois a preferência pela energia gerada a partir de fontes eólica e solar já é unanimidade entre aqueles que vêm migrando atualmente.

É, em primeiro lugar, na produção de eletricidade a partir de fontes não poluidoras da atmosfera que a energia elétrica sobressai com enorme vantagem e passa a ser imprescindível para o ser humano, tanto como indivíduo considerado isoladamente quanto no ambiente de interdependência e comunhão de interesses enquanto integrante de coletividades organizadas.

Em segundo lugar, se a tecnologia da máquina a vapor proporcionou novas utilidades além da iluminação e aquecimento, a energia elétrica possibilitou muito mais utilidades e abriu totalmente as portas para a progressão geométrica do desenvolvimento em todos os seus aspectos, especialmente no âmbito tecnológico e muito mais marcadamente no domínio digital. Para tal constatação, basta comparar a tecnologia da máquina a vapor com as inúmeras tecnologias dependentes de energia elétrica.

Afinal, todas as revoluções que se seguiram à revolução da máquina (ou motor) a vapor não teriam sido possíveis sem a energia elétrica. Aliás, os avanços propiciados pela energia elétrica nem deveriam mais ser chamados de revoluções meramente industriais, pois se propagam e permeiam individual e coletivamente todos os âmbitos da vida humana, principalmente o computacional.

Assim, enfim, é com as tecnologias da informação e da comunicação delineadoras do chamado mundo digital a cujos condicionamentos e oportunidades deve adaptar-se a função constitucional do Estado que mais diretamente atende o cidadão, a Administração Pública.

A energia é um dos pressupostos do desenvolvimento e, inclusive por força normativa constitucional, é noção inseparável de desenvolvimento.

O mundo digital jamais existiria sem a descoberta e utilização da energia elétrica, a qual, a seu turno, tem parentesco com a ancestral e remotíssima descoberta da técnica de reprodução do fogo.

2 A utilização de recursos do mundo digital em situações para cujo atendimento a atuação da Administração Pública é discricionária

Para finalmente lembrar um fato a mais, não tão antigo como a descoberta do fogo, mas bem anterior ao mundo digital, e que marcou sensivelmente os centros urbanos e revolucionou a própria noção de *agente* da Administração, é oportuno citar Celso Antônio Bandeira de Mello.³ A invenção do semáforo, “inovação” nem tão tecnológica, já era uma então ainda tímida e discreta precursora do mundo digital, pois hoje as trocas de sinais são comandadas por sistemas computacionais, mas no início eram por mecanismos mecânicos menos sofisticados e muito anteriores à invenção e disseminação de microcomputadores e consequente democratização até mesmo para utilização pessoal.

Mesmo os mecanismos mais primitivos de comandos automáticos para trocas de sinais já dispensavam a necessidade de uma pessoa natural como agente de tais atos. Sim, atos administrativos, por que não? Mesmo em tal fase inicial, as trocas de sinais tinham tanta força jurídica quanto os comandos mediante gestos com os braços ou por meio de apitos de um agente de trânsito. Força jurídica e de natureza normativa. Se alguém ainda tiver alguma dúvida, atravesse com seu veículo um cruzamento cujo sinal vermelho está aceso e constate se haverá ou não consequências jurídicas, até mesmo penais, pelo descumprimento do comando. Aliás, trata-se de um comando jurídico tão importante que a simples cor vermelha do sinal é um *símbolo de uso universal* e significa “pare” qualquer que seja o idioma falado pelo condutor do veículo.

Claro que, mesmo nessa hipótese em que a tecnologia ainda não era digital, era possível a materialização de ato administrativo sem a participação de *agente pessoa natural* porque o ato de definir os comandos é alternado entre a ordem de parar e de seguir com o veículo, particularidade que o torna vinculante de cada ação do condutor em ordem automaticamente sucessiva cada qual em seu momento, oportunizando isonomicamente o movimento aos veículos das duas ruas de um cruzamento.

Essa automaticidade suficiente para assegurar a isonomia afasta a necessidade de avaliações e decisões dependentes de raciocínio, ou, em termos mais simples, independe da participação da vontade humana para manter a ordem no trânsito. Portanto a vontade lógica (e não psicológica como seria no caso de atos jurídicos civis) é eficazmente elaborada pelo mecanismo autonomamente. Trata-se, pois, de atividade vinculada.

Na conclusão do presente tópico, ao se constatar que no período pré-digital, pretérito às inovações digitais portanto, somente o exercício de opções vinculadas poderia ser levado a efeito por equipamentos, máquinas ou dispositivos mecânicos, o espírito fica sequioso para saber se a mesma conclusão seria igualmente válida se a atividade da Administração fosse confiada a um sistema digital.

Retomando-se o juízo desenvolvido linhas atrás, se fosse discricionária a decisão para gerar cada comando, seria indispensável a atuação de um agente pessoa física, não para fazer valer a sua vontade psicológica, mas para garantir a consecução da finalidade do ato, pois a discricionariedade existe para que o agente complete o ato, lhe dê completude, mas não exercendo e tampouco embutindo suas preferências ou antipatias

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 373.

peçoais na prática do ato porquanto isso crestaria o princípio da impessoalidade e onde se transgride uma norma, seja ela regra ou princípio, o que se obtém é uma conduta ilícita e não atuação discricionária.

A subjetividade que se admite existir na condução dos aspectos discricionários de qualquer ato ou procedimento administrativo refere-se ao processo subjetivo de elaboração do agente para praticar o ato e não ao conteúdo do ato ou procedimento.⁴ Processo este, para cuja execução o agente deve empregar todas as suas habilidades subjetivas, como preparo profissional, experiência pessoal, etc., atributos que um equipamento ou mecanismo não tem.

Até aqui, as considerações referem-se àquele equipamento mecânico e não digital que à época daquela inovação já alternava os comandos *signa* e *pare*. Remanesce agora por esclarecer se o apelo e efetivo emprego de comodidades ensejadas pelo mundo digital, e assim também a própria prática do ato, também seria juridicamente viável e, pois, válido somente se o ato, o procedimento ou a escolha não tiver natureza discricionária.

A resposta ao questionamento levantado no parágrafo precedente, por imperativo lógico, já alcançou a necessária maturação e só pode ser afirmativa porquanto nem mesmo os processos de inteligência artificial, apesar de sua invejável capacidade intelectual para buscar, selecionar e associar ideias, ainda não alcançaram aperfeiçoamento idôneo e suficiente para terem discernimento, perspicácia e argúcia, iguais aos que, ao menos até o momento, somente seres humanos detêm. Ou seja, resumindo em outros termos por obséquio à necessária clareza, um sistema computacional consegue praticar atos administrativos vinculados e, ademais, de modo muito mais seguramente legal do que o faria o agente pessoa natural. Assim é, simplesmente, porque até o momento em que este trabalho foi produzido somente o ser humano era provido de criatividade em bases objetivas, mas principalmente subjetivas. E, ao pôr em prática tal faculdade, o homem pode ser criativo para o bem ou para o mal e os órgãos e entes de controle interno e externo saberão disso somente depois que o ato já esteja consumado.

Das inquietações que os comentários feitos no parágrafo precedente despertam, emerge uma questão: não seria melhor e mais seguro para o interesse público que um sistema seguro e mais refinado de inteligência artificial levasse a efeito atos administrativos ainda que contendo aspectos discricionários?

De qualquer forma, a questão proposta remanescerá pendente até que seja desenvolvido tal sistema de inteligência artificial. Considerando-se, enfim, o grau de evolução, aperfeiçoamento, eficiência e eficácia dos recursos digitais disponibilizados à Administração até o momento em que se redigiu o presente parágrafo, e também os potenciais resultados indesejáveis contra os quais a inteligência artificial ainda não está imune, somente atos e procedimentos administrativos, ou partes destes, estritamente *vinculados* podem ter sua prática e execução confiada exclusivamente a um equipamento ou sistema digital.

Note-se, finalmente, que as referências feitas a *discernimento*, *perspicácia* e *argúcia* o foram na pureza de suas acepções próprias, inertes, não adulteradas e, portanto, em sua convergência com o sentido da expressão *sensu objetivo*, mas não da expressão *bom sensu* como seria de se supor.

⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. *Administração Pública, Ética e Desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, p. 53.

A questão, afinal, é de *objetividade* e não de “bondade” do senso crítico necessário para garantir legalidade à decisão administrativa.

Tampouco a expressão *sensu comum* seria adequada, pois seu conteúdo e fundamento assentam-se sobre bases costumeiras ou habituais apenas usualmente reiteradas, mas sem qualquer apreciação ou filtro objetivo, metódico e sistemático.

Oportuna, a respeito da expressão *bom senso*, a lembrança da frase de René Descartes,⁵ para quem o bom senso seria “a coisa melhor distribuída do mundo, pois cada um se julga dela estar tão bem provido que mesmo as pessoas mais difíceis de satisfazer em qualquer outra coisa não costumam desejar mais bom senso do que já têm”. Claro que adiante ele faz considerações positivas ao bom senso, mas persistem ainda os fatores defluentes da pessoalidade e da variabilidade. Um sistema de inteligência artificial dificilmente (ou jamais) desenvolveria o próprio bom senso, mas este é um componente subjetivo psicológico do qual as habilidades pessoais dos agentes para solucionar problemas não dependem, isso não lhe faria nenhuma falta para obter decisões administrativas vinculadas.

Imprescindível lembrar ainda que a real discricionariedade, aquela que se manifesta na prática concreta de cada ato ou procedimento administrativo, será sempre menor que a discricionariedade existente apenas em tese na norma, pois os fatores da situação concreta relevantes para cumprir a finalidade do ato ou procedimento também são juridicamente vinculantes. A conclusão que espontaneamente emerge de tal raciocínio é a de que aquilo que ao final remanesce como discricionário é irrelevante para o Direito!⁶

Diante do que se concluiu, o fato de que nenhum ato administrativo é totalmente vinculado, pois sempre haverá alguma discricionariedade ainda que apenas residual, não impedirá que um sistema de inteligência artificial (ou outro recurso digital que venha ser desenvolvido) consiga praticar atos administrativo ditos vinculados, fazendo-o, aliás, tão bem ou ainda melhor que pessoas físicas.

No que concerne à (impropriamente) chamada discricionariedade técnica, deve-se preliminarmente observar que *aspectos técnicos* relativos à chamada discricionariedade técnica *são peculiaridades da situação concreta*. Ora, nas situações concretas em que eles forem juridicamente relevantes, tornarão vinculada a decisão. Somente se, ao contrário, forem irrelevantes, ter-se-á consubstanciado uma discricionariedade. Ou também pode ser que haja duas ou mais soluções técnicas necessárias, todas relevantes, mas a opção por qualquer delas indiferentemente será técnica e juridicamente idônea, também se opera discricionariedade. Note-se que nesses dois exemplos não faz diferença absolutamente nenhuma para o Direito saber se a discricionariedade é técnica ou de qualquer outra natureza. O que existe, sim, é a *vinculação jurídica* “pertinente a aspectos técnicos” sempre que estes forem juridicamente relevantes, ou seja, nem a vinculação seria “técnica”, pois uma peculiaridade técnica que não foi objeto de menção legal específica será juridicamente relevante apenas se, dentre as duas ou mais opções técnicas, todas identicamente válidas, somente uma não esbarrará em nenhum princípio jurídico.

⁵ “Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée: car chacun pense en être si bien pourvu, que ceux même qui sont les plus difficiles à contenter en toute autre chose n’ont point coutume d’en désirer plus qu’ils en ont.” DESCARTES, René. *Discours de la Méthode*. Paris : Classiques Larousse. Librairie Larousse, p. 13.

⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. Discricionariedade ou Irrelevância Jurídica? *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, p. 67, 2002.

Sistemas digitais, desde que criados com absoluta isenção de intuítos escusos, serão mais aptos e confiáveis do que os agentes pessoas físicas. Assim é porque mesmo o agente de boa índole pode em algum momento cometer algum deslize consciente ou involuntariamente, ao passo que o sistema programado com toda *perícia e sensibilidade moral e jurídica* jamais o faria. Se, todavia, é criado um sistema que terá condições para “aprender” e por isso “surpreender” nem sempre de acordo com o Direito, então faltou ao(s) programador(es) a necessária perícia a que se vem de aludir.

Da linha de raciocínio seguida no presente item, irrompe uma instigante indagação que torna oportunas as considerações feitas no próximo item deste trabalho: se a atividade administrativa vinculada pode ser executada por sistemas digitais nas condições até aqui consideradas, seria, ainda que em futuro distante, juridicamente possível a montagem de resoluções administrativas normativas por sistemas digitais?

3 A probabilidade futura da montagem de resoluções normativas mediante utilização da inteligência artificial

Partindo-se da questão proposta ao final do item 2 supra, pode-se iniciar este último tópico com outra frase que a mesma preocupação: estariam as opções técnicas vinculadas aptas a serem utilizadas como conteúdo de resoluções normativas?

Já de início, antes mesmo de considerações mais detidas, deve-se ter em mente que os atos administrativos normativos, inclusive o de maior hierarquia – o regulamento – não podem tratar de aspectos próprios das fontes normativas a eles superiores. O que resta (ou devidamente se define) são os aspectos técnicos. Os atos administrativos normativos que têm maior e mais minudente conteúdo técnico são as resoluções. Assim ocorre principalmente com as resoluções da ANATEL, da ANEEL, da ANVISA, do Banco Central, da CVM, etc.

O termo “técnicos” aqui se refere àquilo que interessa à *técnica*, isto é, à aplicação de conhecimentos desenvolvidos por uma *ciência* para o atendimento de situações reais. Pode ser qualquer ciência e, não menos, a Ciência Jurídica também, ou seja, aspectos técnicos não são apenas aqueles que interessam à Engenharia. Uma licitação é exemplo rico da necessidade que a Administração tem de respeitar aspectos técnicos inerentes a diversas ciências: Engenharia, Economia, Finanças, Administração, Medicina, Informática etc., conforme o objeto de cada procedimento licitatório.

O sistema de normas jurídicas que integram o regime jurídico-administrativo e dão dinamicidade ao Estado na gestão da administração tem suas fontes em dispositivos da Constituição, de leis, de regulamentos e de resoluções. Esta sequência observa a ordem hierárquica de tais fontes, podendo levar à equivocada impressão de que as resoluções seriam as fontes que mereceriam o menor grau de atenção em seu exame e menos cuidado em sua aplicação. Mera impressão liminar desatenta e equivocada porque os comandos normativos defluentes de resoluções trazem implícitos em seus conteúdos tudo o que nas normas superiores tornou-se vinculante. Figurativamente, a resolução pode ser entendida como a porta do Direito em toda a sua integridade como sistema que é, a qual é aberta diretamente àqueles aos quais compete a aplicação e observância do Direito nas situações concretas necessárias para o final atendimento do interesse público.

Necessário, para o claro entendimento, lembrar a diferença entre dois conceitos frequentemente confundidos: *técnica* e *tecnologia*. A *técnica* é empregada pelo agente

utilizando sua própria energia, cuidados e atenção direcionada para o atendimento do objetivo a alcançar ou necessidade a atender e para ao final obter eficazmente o resultado pretendido. A *tecnologia*, a seu turno, é apenas acionada pelo agente e desenvolve sozinha todas as funções e etapas necessárias (funções e etapas usualmente ignoradas pelo agente) e entrega pronta a solução esperada por aquele que dela precisou e acionou. Em poucas e simples palavras, o agente *emprega* técnicas para obter soluções, mas *apenas aciona* tecnologias e estas lhe entregam a solução pronta.

O ser humano já na pré-história empregava inúmeras técnicas para solucionar seus problemas: fazia uso de pedras lascadas ou polidas, utilizava lanças, modelava objetos cerâmicos etc.

Assim, o cirurgião, ao operar o paciente, identifica, marca e faz a incisão onde será feito o procedimento, com o cuidado de não romper tendões e outras partes que devam permanecer íntegras, corrige o problema e, com os mesmos cuidados, recompõe e fecha a incisão, e desse modo ele terá utilizado *técnicas* cirúrgicas. Se, porém, ele dispuser de equipamento altamente avançado que sozinho executará todas essas etapas, bastando que o cirurgião apenas o acione, ele então terá utilizado uma *tecnologia*.

No decurso de longa e profunda evolução, o homem foi desenvolvendo diversas operações ainda primitivas se comparadas com as atuais, mas já subsumíveis ao conceito de tecnologia. Algumas dessas tecnologias são até hoje ainda utilizadas. Podem parecer primitivas, mas assim como nas mais atuais e avançadas, seus instrumentos são dispositivos compostos por partes diferentes funcionando harmonicamente (um sistema enfim) para produzir o fim desejado muito mais simples que os que servem de meio ou instrumento para as mais recentes tecnologias e, não raramente, rústicos. Apesar da simplicidade ou mesmo rusticidade, exerceram relevantíssimo papel no caminho seguido pelo ser humano até a atualidade e muito contribuíram para seu desenvolvimento, como a roda d'água e o moinho de vento, por exemplo, que já foram anteriormente objeto de menção neste trabalho.

Todo o sistema normativo brasileiro tem como fundamento máximo de validade superior a Constituição da República. A Constituição, porém, não é suficientemente detalhada para disciplinar todos os aspectos da sociedade e nem poderia ser, pois sua função é a de estabelecer os pontos nucleares, mais abrangentes e relevantes da sociedade brasileira. Para esse fim, os representantes do povo, integrantes da assembleia constituinte, dentro da admirável e opulenta diversidade de ideias preocupadas com a manutenção da ordem social em todos os seus aspectos, selecionam aquelas que tenham conteúdos, motivações e finalidades aceitáveis pela sensibilidade popular e optam finalmente pelas que mais extensiva e intensamente convergem para a índole e os pendores dos inúmeros grupos sociais que integram o povo brasileiro.

A definição do conteúdo de uma Constituição elaborada para instituição de um Estado se faz mediante exercício político (a referência aqui é aos fenômenos estudados pela Ciência Política e não a ideologias). No caso da Constituição da República Federativa do Brasil, essa rica diversidade de culturas e ideais, amalgamada por tantas impressões coletivas, concepções, convicções e anseios populares diferentes, mas conciliáveis, convergiu para a formação do atual sistema normativo constitucional.

A opulenta diversidade a que se aludiu linhas atrás transparece entre os fundamentos da República quando, ao lado da soberania nacional, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa,

no art. 1º da Constituição, foi inserido o pluralismo político. Este, portanto, deve ser um dos fundamentos a serem observados também na definição dos atos políticos infraconstitucionais, ou atos legislativos, desde que respeitadas as opções políticas básicas já levadas a efeito na elaboração da Constituição. Entretanto essa ampla abrangência, característica da Constituição, ainda não é cabalmente eficaz, pois mesmo as leis não são suficientemente detalhadas para que todos consigam observá-las conclusiva e uniformemente.

Quando é o próprio Estado, por meio de seus agentes, que deve aplicar a lei e esta não disponibiliza sequer implicitamente elementos suficientes para orientar integralmente o procedimento a ser observado, afigura-se o fenômeno da discricionariedade administrativa.

Assim como a discricionariedade legislativa (de base constitucional) é atenuada ou mesmo eliminada com a criação da lei, a administrativa também poderá ser submetida ao mesmo processo sempre que envolver soluções estereotipáveis para determinada ordem de problemas, o que se operará mediante regulamentação para fiel execução da lei que não foi exaustiva na definição dos detalhes necessários para que a atuação de todos os agentes fosse igual e, pois, isonômica, consoante estatui o inciso IV do art. 84 da Constituição.

No momento da regulamentação, o espaço para opções políticas já foi originariamente preenchido pelas normas da Constituição e terá sido mais bem especificado e portanto reduzido pela vinculação adicional definida legislativamente. Por esta razão, o objeto de regramento pelos regulamentos não trata de concepções, opções e impasses de conteúdo político. Regulamentos tratam do mundo fático especialmente em três âmbitos: primeiramente, no das atividades administrativas (relativamente a órgãos, agentes, atividades, modos de execução etc.); em segundo lugar, naquele da atuação dos particulares perante a Administração e, finalmente, no âmbito de outras especificidades necessárias para tornar mais precisa e uniforme a aplicação da lei, preservando, consequentemente, a legalidade e a segurança jurídica.

Abaixo do regulamento, os demais atos administrativos gerais, ou normativos, desempenham, em relação ao regulamento, o mesmo papel que ele cumpriu em relação à lei, são tecnicamente mais específicos e reduzem ainda mais a discricionariedade que até então esteja persistindo.

Entre esses atos administrativos normativos que mais se aproximam das situações concretas que deverão ser por eles disciplinadas, destacam-se, para os fins da presente abordagem, as resoluções de conteúdo normativo, excluídas, pois as resoluções veiculadoras de atos administrativos concretos. Claro que pode haver também portarias de conteúdo normativo, mas não conseguem, nem em quantidade nem em conteúdo, preencher o espaço atualmente ocupado pelas resoluções no sistema normativo do Direito Administrativo, talvez porque a edição de portarias compete a autoridades cujas atribuições ainda estão mais próximas à esfera das opções teóricas (e nem por isso menos importantes) do que às soluções práticas, as quais competem aos agentes cujas atuações exigem suficiente conhecimento técnico e possibilitam conhecimento mais exato das necessidades concretas da coletividade e de cada cidadão.

Na hierarquia das normas abrangidas pelo regime jurídico-administrativo, tal como ocorre em outros regimes jurídicos específicos, quanto mais próxima da Constituição se encontra a fonte normativa, maior é a influência, em seu conteúdo, do âmbito

dos grandes valores, concepções e ideais relativos aos interesses coletivos. Assim sucede especialmente com os valores maiores que têm por fim o desenvolvimento sustentável, e os interesses privados (ou públicos subjetivos) dos cidadãos.

No mesmo quadro a que se aludiu no parágrafo precedente, quanto mais distante hierarquicamente da Constituição a fonte normativa encontra-se, mais tênue se torna o conteúdo inspirado por ideais políticos e extremamente mais marcante se faz o conteúdo técnico e os demais pertinentes aos aspectos concretos cujos conteúdos, configurações, finalidades e efeitos interessam às normas que se encontram em patamares superiores à norma a ser aplicada em cada situação material específica: a norma veiculada pelos atos administrativos normativos a que se convencionou denominar *resoluções*.

A situação material específica a que se aludiu configura-se como situação concreta (*concreta* ou *real*, pois nem sempre é mensurável ou fotografável, mas ocorre real e comprovadamente) cujos aspectos distintivos vinculam a atuação do agente da Administração tanto quanto os comandos normativos o fazem. A compreensão firme e inequívoca do que se deva, para fins jurídicos, entender pela expressão *situação material, concreta* ou *fática* é fundamental para identificar a amplitude das competências normativas para editar resoluções e a intensidade da discricionariedade em cada caso, pois esta última é sempre menor que aquela que se manifesta em tese no momento de construção da norma com base nos elementos fornecidos pela Constituição, lei, regulamento, resolução ou qualquer outro instrumento com conteúdo normativo.

A discricionariedade a partir da promulgação de uma lei é menor em relação a seu objeto do que o era perante a Constituição e vai diminuindo com o regulamento e demais fontes normativas até chegar à resolução. Esse processo, contudo, não se encerra na simples aplicação da resolução, pois as particularidades da situação fática que venha a subsumir-se às hipóteses normativas da resolução também têm poder vinculante sobre a atuação do agente da Administração e restringem ainda mais a discricionariedade que estava remanescendo nos limites da resolução conforme buscar-se-á detalhar linhas adiante.

Saber-se-á a real amplitude da discricionariedade somente após a avaliação da situação concreta a ser atendida pela Administração. E assim é e deve ser simplesmente porque, ao contrário da função legislação, quando o Estado precisa administrar o atendimento de “problemas” reais, fáticos, deve primeiramente conhecer o “enunciado” cujas especificações não estão reunidas em um simples texto, mas na situação concreta, a qual contém uma riqueza de detalhes e um apuro e exatidão que nenhum texto jamais alcançaria.

As características concretas do motivo de fato de toda atuação da Administração são tão vinculantes quanto as normas, pois envolvem valores jurídicos protegidos pelas normas que não desceram a minúcias somente porque são gerais, impessoais e abstratas por definição. A licitação, porém, é um procedimento administrativo e, como tal, caracteriza-se como uma sequência lógica de atos administrativos a serem praticados por agentes da Administração, os quais obviamente devem conhecer os detalhes de cada situação concreta cujo atendimento compete ao Estado no exercício de sua função administrativa.

Em resumo, a norma funciona tal como a *fórmula* utilizada para solução de um problema de Física ou Geometria, por exemplo, porquanto é indispensável e nenhum de

seus elementos pode dela ser suprimido. E tal como uma fórmula utilizada para solução de problemas em outras áreas do conhecimento, a norma precisa ter seus elementos preenchidos com dados do problema a solver, dados esses cujas definições precisas estão na situação concreta a ser atendida.

Quando, diante do problema concreto, a discricionariedade passa a ter amplitude menor que aquela existente anteriormente à edição da resolução ou à ocorrência da situação fática, não significa que a resolução ou o próprio fato sobrepor-se-ia às normas constitucionais, legais (ou, mais precisamente, *legislativas*) e regulamentares, vez que isso é juridicamente impossível e, conseqüentemente, inválido. O que sucede é que o momento em que é editada uma resolução está muito mais próximo da ocorrência material. Em consequência, seus elementos, particularidades concretas e circunstâncias são muito mais facilmente identificáveis e mensuráveis em função dos valores já previamente consagrados por comandos normativos originários dos planos constitucional e legal. Portanto, a solução de problemas sob competência do Estado não se verifica “por força e aplicação direta e exclusiva da Constituição ou da lei” como se elas fossem suficientemente precisas, completas e tivessem absoluto controle do mundo real e de tudo o que nele possa vir a acontecer. E assim é simplesmente porque a norma é criação humana para definir *o que se deve e o que não se pode fazer*, só e exatamente porque ela jamais conseguiria prever *o que alguém vai fazer*.

Situações concretas simplesmente existem ou ocorrem no mundo real e o Direito não participa desse processo, mas tudo o que por força das especificidades da situação concreta se deve fazer ou não se pode fazer não está precisa e detalhadamente definido pela lei, mas deve, ou não pode, ser feito “*em virtude de lei*” consoante impõe o art. 5º, inciso II, da Constituição.

A incidência e conseqüente observância das resoluções em geral operam-se como se fossem elas a própria Constituição ou a lei, pois funcionam como instrumentos destas. No momento de sua aplicação ao caso concreto, as resoluções *incorporam* as normas da Constituição e da lei em relação às quais se opera a subsunção da situação fática. Afinal, todo o sistema a que se convencionou denominar Direito existe para o trato de problemas sem cuja solução a ordem, a paz social, ficaria vulnerável e, na oportunidade da aplicação do Direito, enquanto as resoluções incorporam os valores constitucionais e legais pertinentes ao problema concreto, as diversas particularidades deste último comportam-se como os ímãs que atrairão os valores jurídicos de base constitucional ou legal pertinentes a cada um deles conforme consagrados pelas normas constitucionais e legais, os quais foram originariamente selecionados e juridicizados mediante seleção entre os inúmeros ideais políticos então existentes.

Com exceção, enfim, das resoluções cujo conteúdo envolva especificidade suficiente para ser cabível sua edição, mas não concernem a nenhum campo de investigação por métodos científicos, pode-se antever como viável no futuro o desenvolvimento de sistemas digitais capazes de definir o conteúdo de resoluções administrativas normativas pertinentes a assuntos já suficientemente estudados de modo metódico, sistemático e objetivo. Atualmente, aliás, alguns sistemas, embora não concebidos para esse fim, podem ser utilizados ao menos para definir os textos básicos e não são simples modelos, pois geram conteúdos diferentes em cada oportunidade de acordo com os parâmetros definidos pelo usuário.

4 Considerações finais

Não há qualquer exagero em se deduzir, das evidências que vêm dia a dia surpreendendo, que o mundo está se tornando a cada segundo mais digital.

Apesar do espírito marcadamente tradicionalista de muitos profissionais do Direito, este mundo também já se modernizou e, em alguns aspectos, até mais que outros setores. A resistência maior foi, no passado, da própria estrutura do Judiciário, o que não impediu que advogados abandonassem suas máquinas de datilografia adotadas há décadas, já no início da era digital, as precursoras dos microcomputadores, as então chamadas editoras de textos. Assemelhavam-se a microcomputadores, também tinham tela e teclado, além de recursos considerados geniais à época, mas risíveis hoje quando comparados com um *notebook* e extremamente primitivos diante dos recursos que um simples aparelho celular proporciona atualmente. Os microcomputadores não demoraram a chegar e logo também os portáteis.

A partir das inovações mencionadas, a automação eletrônica nas indústrias e a inteligência artificial vêm surpreendendo a cada instante. Essa surpreendente e veloz evolução permite concluir que não apenas as decisões administrativas vinculadas mas também os aspectos discricionários dos atos e procedimentos administrativos logo poderão ser confiados a sistemas digitais, eis que a opção por uma dentre duas ou várias opções discricionárias levadas a efeito pelo homem ou por um processo digital é indiferentemente admissível para o Direito. Em outras palavras, aquilo que realmente é discricionário é irrelevante para o Direito.

A terceira mensagem, talvez ousada, mas sem deixar de ser realista especialmente enquanto se percebe que as inovações tecnológicas no âmbito digital já atingiram, literalmente, a velocidade da luz, aponta para a possibilidade de se ter sistemas digitais produzindo textos completos que poderão ser formalizados como instrumentos dos atos administrativos normativos da espécie *resolução*.

Referências

BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Administração Pública, Ética e Desenvolvimento*. Curitiba: Juruá Editora.

BLANCHET, Luiz Alberto. Discricionariedade ou Irrelevância Jurídica? *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, 2002.

DESCARTES, René. *Discours de la Méthode*. Paris. Classiques Larousse. Librairie Larousse.

HOUSEL, S. H. *Homo Culinaris*. Disponível em: <https://youtu.be/4gZBCM78sjI?si=jkFoHPHvjeGDP3JT>, acesso em: 5 jan. 2024.

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

BLANCHET, Luiz Alberto. A utilização de recursos do mundo digital pela Administração Pública e a discricionariedade. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 117-130. ISBN 978-65-5518-820-2.

PROBLEMÁTICAS NA EFETIVAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

FLÁVIO GARCIA CABRAL

1 Introdução

A Constituição Federal assegura no artigo 5º, inciso LXXIX, inserido por meio da Emenda Constitucional nº 115, de 2022, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Trata-se, sem dúvida, de um direito próprio dos tempos modernos, que se estrutura à luz da tecnologia, do uso de sistemas informatizados e da constante e intensa comunicação entre os variados sujeitos que compõem a sociedade. É ainda potencializado pela massificação das relações de consumo.

Uma personagem que acaba adquirindo um certo protagonismo no que tange à efetivação desse direito é justamente a Administração Pública, que, ademais do dever de regular e fiscalizar como ocorre o tratamento dos dados pelos particulares, é também um dos principais agentes a lidar cotidianamente com um volume imenso de dados pessoais.

De modo a regular como deve ser o tratamento de dados pessoais (inclusive os considerados sensíveis), tanto pelos particulares como pelo Poder Público, foi editada a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Assim, a questão a ser analisada neste texto se refere a quais seriam alguns dos obstáculos existentes para que haja uma efetiva aplicação da LGPD no âmbito da Administração Pública.

O artigo abordará primeiramente algumas pontuações gerais sobre a LGPD e sua aplicação pelo Poder Público, para, em seguida, apontar seis causas que podem obstar a efetiva aplicação normativa: a) a questão cultural; b) a questão da governança de dados; c) a questão de pessoal; d) a questão da organização administrativa; e) as

questões interpretativas; e f) a questão da estrutura inicial da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

2 A LGPD no Poder Público

De maneira reativa ao cenário de uma rede incomensurável de dados de pessoas físicas, disponíveis tanto por pessoas jurídicas de Direito Privado como de Direito Público, com a possibilidade/ocorrência de má utilização destes dados, o Estado buscou disciplinar de maneira uniforme¹ como deve ocorrer o seu tratamento, culminando com a edição da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).²

A edição da Lei no Brasil se alicerça³ no recente Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia (GDPR),⁴ que entrou em vigor em 25 de maio de 2018, demonstrando uma preocupação mundial no cuidado com os dados particulares em mão de terceiros.⁵

Mais recentemente, realçando a importância da proteção dos dados pessoais, a Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, inseriu um novo inciso no art. 5º da Constituição para considerá-la um direito fundamental: “Art. 5º [...] LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

Especificamente acerca do tratamento de dados pela Administração Pública, o artigo 23 da LGPD prescreve que essa atividade deverá ser realizada para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público. No mesmo sentido, o artigo 7º, inciso III, prevê que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado pela Administração Pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres. Aliás, os incisos II a X do art. 7º preveem as hipóteses em que o tratamento dispensa o consentimento do

¹ É certo que já existia legislação que tratava sobre o uso de dados pessoais, ainda que de maneira oblíqua, como o próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) ou mesmo o anterior Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2015). A LGPD não exclui a proteção conferida por outros diplomas aos direitos fundamentais do cidadão, como fica expresso no artigo 64: “Os direitos e princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

² CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da boa administração pública e a LGPD (Lei nº 13.709/2018). In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (org.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 69.

³ Além disso, os vazamentos de dados ocorridos no Brasil em 2018 serviram de combustível para a aprovação no âmbito legislativo, lembrando que o projeto de lei tramitou no Congresso por seis anos e antes disso teve seu anteprojeto discutido por meio de consulta pública do Ministério da Justiça (SALVIO, Gabriella G. L. de; ROGENFISCH, Sandra; LADEIRA, Roberta. Privacidade e proteção de dados pessoais – Evolução do cenário legislativo no Brasil. In: BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; BEPPU, Ana Claudia (coord.). *Proteção de dados pessoais no Brasil: uma nova visão a partir da Lei nº 13.709/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 17).

⁴ Conforme expõe Cleber Cilli David, “a GDPR tem essencial importância, não só pelo seu tema fundamental, mas principalmente devido à sua aplicabilidade e influência no ambiente fático, ao induzir condutas de conformidade em qualquer esfera (pública ou privada) para o bem da pessoa natural” (DAVID, Cleber Cilli. Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista Fórum de Direito na Economia Digital – RFDED*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 64, jul./dez. 2019).

⁵ CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. Leme: Mizuno, 2024.

titular dos dados. Da mesma forma, o art. 11 prevê as hipóteses de tratamento de dados pessoais sensíveis, incluindo no inciso II as situações que não demandam consentimento do titular, como a execução de políticas públicas, entre outras.

Sem a pretensão de pormenorizar todos os aspectos da LGPD que afetam o Poder Público, o que se pretende nas linhas que se seguem é indicar aspectos que podem figurar como óbices à efetiva aplicação da legislação de proteção de dados pessoais pela Administração Pública.

3 A questão cultural

O Poder Público lida cotidianamente com diversas informações públicas e dados pessoais. A questão é compreender como ocorre esse tratamento e qual é o regime jurídico aplicável a ele.

Acerca da questão, Agustín Gordillo explica que haveria um *parassistema* da Administração Pública. Exemplifica essa Administração Pública Paralela justamente indicando que, embora nos ordenamentos jurídicos se consagre expressamente o princípio da publicidade, assegurando-se o pleno acesso a documentos e informações, a prática demonstra que na Administração Pública na América Latina vigora a tradição do silêncio, do segredo, da reserva, da não publicidade. Os agentes públicos que assim o fazem não agem pensando estar fazendo algo ilícito; ao contrário, entendem estar protegendo informações administrativas e que isso é o correto a ser feito. Ainda que se mostre a legislação exigindo o contrário, muito provavelmente o agente reagirá com espanto e incredulidade genuína.⁶

De fato, a Administração Pública brasileira sempre foi carregada dessa mesma moral paralela indicada por Gordillo, sendo que, sem que houvesse necessariamente um comportamento doloso, construiu-se uma cultura interna de que o sigilo de dados do Poder Público deveria ser a regra, causando espécie sempre que um administrado solicitava alguma informação perante uma repartição pública.

Nessa toada, um importante passo no que se refere ao princípio da publicidade foi a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que conferiu maior efetividade ao direito fundamental de acesso à informação.

De outro lado, embora tenha se construído um cenário de sigilo em relação às informações como um todo, não havia um rigor quanto ao tratamento dos dados que envolvessem informações pessoais.

Deveras, a formação de bancos de dados, por pessoas de Direito Público ou Privado, é um cenário já consolidado nos tempos atuais. De igual forma, tem-se feito boas utilizações de toda essa informação, conectando pessoas, melhorando serviços, servindo com fonte de planejamento de novas atividades. Entretanto, ainda se está a apreender como lidar de maneira ética e dentro dos limites jurídicos com toda essa informação disponível. Apesar do tratamento de dados ser algo rotineiro, esta prática ainda figura como uma ilustre desconhecida.⁷

⁶ GORDILLO, Agustín. *La administración paralela*. Madri: Civitas, 1982.

⁷ CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da boa administração pública e a LGPD (Lei nº 13.709/2018). In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (org.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 64.

De acordo com Andriei Gutierrez, um grande desafio de aplicação da LGPD no Poder Público diz respeito à mudança de cultura corporativa e organizacional. Segundo o autor, “não é difícil identificar que há pouquíssimo grau de preocupação ou cuidado com segurança e governança da informação nas organizações brasileiras – e inclui aqui também o Poder Público. A mudança dessa cultura corporativa deve ser um aspecto primordial para a futura ANPD”. Afinal, “diferentemente de países europeus que têm suas leis de proteção de dados pessoais que remontam décadas, nossas organizações ainda precisam ser educadas, reorganizadas e treinadas para trabalhar sob novos critérios”.⁸

Ainda é comum que os dados sejam tratados, dentro dos órgãos públicos, sem o rigor necessário. Há compartilhamento entre diversos sujeitos sem que haja qualquer tipo de controle. O armazenamento dos dados não segue um padrão. Dificilmente se apuram práticas relacionadas ao descarte desses dados. Existem variados riscos de vazamento e má utilização dos dados pessoais. O uso dos dados se presta a variadas finalidades, nem todas relacionadas diretamente com o interesse público.

Nesse sentido, alguns exemplos reais demonstram a questão: nas primeiras semanas do ano de 2021 foi amplamente noticiado na imprensa o vazamento estimado de dados pessoais de mais de 223 milhões de brasileiros, vivos ou falecidos, contingente que supera a população nacional; apurou-se que o sistema de monitoramento da linha 4 do Metrô de São Paulo realizava o reconhecimento facial dos usuários para coletar suas reações durante a exibição de informes publicitários; houve a disponibilização gratuita de internet *wi-fi* pública, também em São Paulo, cuja contraprestação seria o acesso a dados pessoais dos paulistanos.⁹

Além disso, conforme apontam Daniel Fortes Aguilera e Nicholas Furlan Di Biase, quem realiza corriqueiras interações com o Poder Público consegue facilmente constatar que os “sistemas” para acessar portais pela internet são quase sempre diferentes; é costumeiramente necessário preencher repetitivos cadastros ou formulários, com uma série de informações redundantes (muitas delas já fornecidas ao mesmo órgão ou entidade em outras situações); não costuma ocorrer um aproveitamento de informações e documentos anteriormente fornecidos; e a própria forma como alguns sistemas se apresentam ao usuário (interface, *layout* e operabilidade) já levanta receios sobre a segurança dos dados e documentos neles armazenados.¹⁰

Em síntese, nota-se a existência de um parassistema moral na Administração no que tange ao tratamento de dados pessoais, havendo ainda, com naturalidade, pouco ou nenhum zelo em relação a utilização dessas informações.

⁸ GUTIERREZ, Andriei, Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 439.

⁹ DI BIASE, Nicholas Furlan; AGUILERA, Daniel Fortes. Dificuldades interpretativas no regime de tratamento de dados pelo poder público: lacunas, contradições e atecnia da lgpd. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 4, n. 2, 2021.

¹⁰ DI BIASE, Nicholas Furlan; AGUILERA, Daniel Fortes. Dificuldades interpretativas no regime de tratamento de dados pelo poder público: lacunas, contradições e atecnia da lgpd. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 4, n. 2, 2021.

Assim, um dos primeiros desafios do Poder Público – talvez o maior – seja (re) construir uma estrutura cultural¹¹ existente dentro da Administração de que os dados possuem valor e sua proteção constitui um direito fundamental e, assim sendo, necessitam ser tratados nas exatas exigências impostas pela LGPD.

4 A questão da governança de dados

No Brasil,¹² a preocupação com o tema da governança teve como marco o movimento de Reforma Administrativa da década de 90, sendo resultante dela a positivação da eficiência¹³ no rol dos princípios jurídico-constitucionais da Administração Pública. É do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), documento oficial que anunciava os passos reformadores, que houve a introdução do tema *accountability*¹⁴ na pauta do desempenho do aparelho do Estado.¹⁵

¹¹ No mesmo sentido: “Como se pode observar, a efetiva implantação da LGPD depende de um processo de alteração de cultura e envolvimento de, praticamente, todos os setores da Administração Pública, visto que o tratamento de dados pessoais consiste em atividade corriqueira a grande parcela dos agentes públicos” (PUGLIESI, Rodrigo. *A LGPD e seus desafios no setor público*. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2020/lgpd-desafios-setor-publico-serpro>. Acesso em: 23 fev. 2024).

¹² “Nesse contexto, também foram editados os seguintes diplomas: a) Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto 1.171, de 22 de Junho de 1994); b) Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000); c) Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPública), instituído em 2005; d) Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, chamada de Lei do Acesso à Informação; e) Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, chamada de Lei de Conflito de Interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal; f) Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, intitulada Lei Anticorrupção, com seu respectivo Decreto regulamentador de nº 8.420 de 18 de março de 2015 e; g) Decreto 8.793 de 29 de junho de 2016 que institui a Política Nacional de Inteligência” (COELHO, C. *Compliance na Administração Pública. Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 01, ago. 2017, p. 77). Acrescente-se ainda, sem a pretensão de exatidão, o Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

¹³ Sobre a inserção da eficiência administrativa por meio da EC nº 19/98, em meio a um embate ideológico sobre sua utilidade, já discorremos do seguinte modo: “O embate ideológico que cercou a EC 19/98 parece ter, em certa medida, obstaculizado uma maior eficácia social acerca da norma da eficiência administrativa. Muitos dos defensores da crença neoliberal, incluso administradores e juristas, tinham em mente uma mais elevada flexibilização do regime jurídico de Direito Público com a inserção expressa da eficiência (vide o trecho da exposição de motivos da emenda constitucional transcrito alhures no qual salta aos olhos a intenção de se livrar de determinados controles institucionais). Ao verificar que a ordem constitucional não permitiria essa interpretação, houve, por certo, um desapontamento, passando a não enxergar mais a eficiência administrativa como ‘solução’ miraculosa para a burocracia estatal. Por outro lado, os que refutavam as concepções neoliberais mantiveram um ranço em relação aos instrumentos oriundos da emenda, impedindo o esperado acolhimento da eficiência administrativa como norma jurídica dotada de autonomia e conteúdo jurídico próprio, ora negando seu caráter principiológico, ora refutando sua importância, ou mesmo questionando sua aplicabilidade. A consequência desse atrito ideológico acarretou no tratamento da eficiência administrativa com somenos importância, impedindo sua aplicação plena, formando um quadro pragmático de desprezo e/ou desconfiança. Ainda que parcela significativa da doutrina tenha buscado conferir um tratamento constitucionalmente adequado ao princípio, ainda se mostra diminuto frente aos demais princípios de Direito Administrativo, em um tratamento menor do que se esperaria diante de uma norma principiológica constitucional” (CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 208-209).

¹⁴ Já tivemos a oportunidade de definir *accountability* como sendo um “procedimento complexo, que impõe aos agentes públicos a obrigação de informar e justificar os atos praticados, tendo, como consequente, a capacidade de sancioná-los quando tenham violado as obrigações a eles impostas pela estrutura constitucional a qual representam” (CABRAL, Flávio Garcia. Os fundamentos políticos da prestação de contas estatal. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 152, set./dez. 2015).

¹⁵ NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de (coord.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.400-401.

Conforme Uadi Lammêgo Bullos, buscou-se com a Reforma Administrativa¹⁶ justamente a “implantação do modelo gerencial em substituição ao modelo burocrático de Estado, erigindo-se o que pode ser denominado de Administração Pública de resultados”. Esta teria por escopo “aumentar a efetividade dos serviços prestados à população, bem como definir o núcleo estratégico do Estado, através da delimitação de políticas públicas e do equacionamento financeiro da máquina administrativa”.¹⁷

O *compliance* na Administração Pública demanda uma mudança organizacional, comportamental e cultural, de modo que os agentes e instituições públicas possuam práticas, normas e rotinas administrativas que busquem maior eficiência no trato da coisa pública; responsabilização pelas ilicitudes; planejamento, gestão e efetividade das políticas públicas (governança pública); transparência e abertura de canais de comunicação com a sociedade; maiores controles interno e externo; e construção de uma ética pública e políticas de integridade.

Veja que a questão conceitual em si não é necessariamente algo novo para o Direito Público. Apesar de não trabalhar com a terminologia estrangeira *compliance*, a preocupação com mecanismos de controle, com a atuação racional e justificada, com a obrigatoriedade da prestação de contas e a prevenção de conflito de interesses é associada, pelos que lidam acadêmica e profissionalmente com a Administração Pública, aos princípios da indisponibilidade do interesse público, moralidade, eficiência, impessoalidade, entre outros que balizam o agir estatal.¹⁸ Ou seja, não se trata de uma verdadeira novidade no Direito Público. O que se tem de inovador nessa postura, advinda pelo *compliance*, é a transposição dos preceitos éticos do campo teórico para a rotina e comportamentos práticos dos agentes públicos, hábeis a construir uma cultura comportamental de integridade pública. O que o *compliance* demanda da Administração Pública é a aplicação prática dos conceitos e valores teóricos já elaborados.

Em relação à proteção de dados, o artigo 50 da LGPD determina que os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

A política de governança de dados visa a institucionalizar a prática da gestão de dados e estabelecer autoridade sobre as *databases* existentes e saber como os dados podem ser compartilhados, tratados, armazenados. Esse desenho é relevante para que

¹⁶ Não há como se deixar de fora também as observações críticas de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da reforma trazida pela EC 19/98 - por ele chamada, jocosamente, de “Emenda -, já que, de acordo com o administrativista paulista, a emenda expressa um movimento impulsionado pela globalização e pelo neoliberalismo, que pretendem a submersão do Estado Social de Direito (*Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 229).

¹⁷ BULLOS, Uadi Lammêgo. Reforma administrativa (primeiras impressões). *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 214, out./dez. 1998, p. 71.

¹⁸ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar./abr. 2017, p. 33.

os encarregados e controladores de dados possam tomar decisões amparadas em um padrão institucional de atuação.¹⁹

A Resolução CD/ANPD nº 8, de 5 de setembro de 2023, veio justamente instituir a Política de Governança de Processos da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Referida Resolução traz como instrumentos de governança de processos da ANPD: I - a Política de Governança de Processos; II - a Cadeia de Valor; III - a Metodologia de Governança de Processos, que estabelece os padrões para modelagem de processos; IV - o processo corporativo de governança de processo que orienta o trabalho de gestão de processos; V - a ferramenta para modelagem de processos; e VI - o repositório de processos.

No entanto, apesar da criação de uma política de governança da própria ANPD, o ponto-chave é a sua implantação nas demais instituições públicas. Embora já se possa identificar essa preocupação em alguns órgãos, ainda é algo que se encontra em processo de criação e/ou maturação.

Veja que mais do que simples atuações pontuais em determinados órgãos públicos, a governança de dados passou a ser um problema público. Assim como a área de saúde, da assistência social, meio ambiente cuidam de problemas públicos, entende-se que os dados merecem atenção de uma política pública. Desta feita, os dados deixam de ser apenas entendidos como um insumo para uma política e passam a se tornar uma questão em si. Os problemas hoje são: coleta, armazenamento, garantia de sigilo, interoperabilidade e tratamento de dados.²⁰

Vale apontar ainda que a questão da governança já se mostra um problema por si só, já que ainda é uma temática enxergada de maneira abstrata, quase metafísica, carecendo de concretização em diversos órgãos e entidades públicas. A questão se agrava quando se apura a governança no tocante ao tratamento de dados pessoais, que se forma ainda de maneira extremamente incipiente.

5 A questão de pessoal

A realidade no que concerne ao quadro de servidores é uma questão bastante variada ao longo das diversas estruturas estatais. Enquanto há órgãos com um quadro estável de pessoal, em outros, em particular Municípios, nota-se um déficit no número ideal de agentes públicos aptos a desempenhar as funções necessárias.

Esse problema vem acompanhado de dificuldades técnicas e financeiras, o que faz com que haja uma desigualdade entre a aplicação normativa no contexto de variados entes federativos. Conforme aponta Bárbara Stephany de Souza Silva, “entende-se que os governos municipais ganharam autonomia, mas muitos deles não tinham condições financeiras, técnicas, administrativas e políticas para usufruir da nova condição e implementar todas as políticas que passaram a ser de sua competência, dentre elas a política de governança de dados”.²¹

¹⁹ SILVA, Bárbara Stephany de Souza. *O impacto da LGPD no desenho da política de governança de dados nos municípios: o caso de Belo Horizonte*. Mestrado. Dissertação. 58 f. Brasília: Fundação Getúlio Vargas – FGV, 2021, p.40.

²⁰ SILVA, Bárbara Stephany de Souza. *O impacto da LGPD no desenho da política de governança de dados nos municípios: o caso de Belo Horizonte*. Mestrado. Dissertação. 58 f. Brasília: Fundação Getúlio Vargas – FGV, 2021, p. 29.

²¹ SILVA, Bárbara Stephany de Souza. *O impacto da LGPD no desenho da política de governança de dados nos municípios: o caso de Belo Horizonte*. Mestrado. Dissertação. 58 f. Brasília: Fundação Getúlio Vargas – FGV, 2021, p. 22.

Nota-se que a LGPD demanda o exercício de uma função até então não existente, a do encarregado. Este, segundo conceitua o artigo 5º, inciso VIII, da referida legislação, é a “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)”. As atribuições do encarregado constam no artigo 41, §2º, que abrangem, entre outras, a orientação do pessoal da entidade quanto ao cumprimento da LGPD.

Assim, será necessária a designação de um agente público para o exercício dessa função, ainda que não em exclusividade. Quando se avalia que talvez fossem necessários múltiplos agentes a depender da estrutura organizacional da entidade (vide o capítulo subsequente), ou ainda que em certos municípios existe uma dificuldade em termos de quantitativo de pessoal, ou mesmo que não basta a indicação formal desses agentes, sendo imprescindível que haja a sua capacitação para que o desempenho da atribuição ocorra de maneira ótima, vislumbra-se que esse será mais um dos obstáculos a serem superados pela Administração Pública.

6 A questão da organização administrativa

A estrutura administrativa é complexa. Isso se amplia quando se apuram os arranjos da federação brasileira. A identificação de quem devem ser os encarregados, por exemplo, adquire um complicador quando se observa a estrutura de organização por meio da desconcentração administrativa, havendo múltiplos órgãos escalonados de forma hierarquizada e com variadas abrangências territoriais.

A própria ANPD identifica essas circunstâncias, ao apontar em um dos seus Guias Orientativos que “a atribuição de obrigações legais específicas para os órgãos públicos decorre da complexidade das estruturas administrativas e de suas implicações práticas para os direitos dos titulares, em especial diante da realização de tratamento de dados para finalidades distintas pelos diferentes órgãos”.²²

A existência de múltiplas camadas administrativas dentro dos entes públicos, cada qual com atuações particularizadas e competências específicas, faz com que uma orientação uniforme sobre a aplicação da LGPD fique comprometida, dificultando a adequada incorporação das normas constantes na Lei de Proteção de Dados Pessoais.

7 As questões interpretativas

Outro dificultador na aplicação adequada da LGPD diz respeito à interpretação do texto normativo. Embora esse seja um problema não exclusivo da Administração Pública, ainda assim é questão que agrava as dificuldades do Estado em efetivamente cumprir a referida legislação de dados.

Toma-se como exemplo a compreensão sobre quem seriam o controlador e o operador. Em um primeiro momento, observaram-se vários órgãos indicando agentes, pessoas físicas, nessa qualidade. Foi assim o ocorrido no Ministério Público do Estado

²² AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. *Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado*. 2022, p.10-11.

do Rio Grande do Sul, que, por meio do Provimento nº 68, de 2020, considerava os operadores de dados pessoais como sendo os membros, servidores e estagiários da Instituição. Na mesma toada, a Resolução nº 9, de 2020, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em sua redação original, previa em seu artigo 5º que “no Tribunal, o Controlador e os Operadores são respectivamente o Presidente do Tribunal, assessorado pelo Comitê Gestor de Segurança da Informação e Proteção de Dados Pessoais – CGSI, e os servidores e colaboradores que exerçam atividade de tratamento de dados pessoais na instituição ou terceiros, em contratos e instrumentos congêneres firmados com o Tribunal”.

Essa interpretação, contudo, parece errônea, ao desconsiderar a aplicação da teoria da imputação volitiva ou teoria do órgão. Conforme expõe Rodrigo Pironi, “é equivocada a interpretação de que, em empresas privadas e órgãos da Administração Pública, seus funcionários e agentes deveriam ser os respectivos controladores e operadores, pois (...) tal interpretação também sepultaria a conhecida e tradicional teoria da empresa e teoria do órgão, pela qual a atuação da pessoa jurídica não se confunde com a de seus funcionários ou agentes, mas são por eles externadas”.²³

Posteriormente, a própria ANPD editou o Guia de Boas Práticas para Implementação na Administração Pública Federal, no qual explica que “o Controlador será a pessoa jurídica do órgão ou entidade pública sujeita à Lei, representada pela autoridade imbuída de adotar as decisões acerca do tratamento de tais dados”.

Daniel Fortes Aguilera e Nicholas Furlan Di Biase acrescentam que há várias e graves atecnias e inconsistências terminológicas dos dispositivos que disciplinam o compartilhamento de dados pessoais pelo Poder Público com particulares (talvez mais graves do que em qualquer outro Capítulo da LGPD), o que traz um risco para a correta aplicação normativa.

Assim, embora a ANPD (vide o capítulo subsequente) tenha para si um papel de destaque no direcionamento de certas interpretações normativas em relação à LGPD,²⁴ a dificuldade de compreensão sobre o alcance de seus termos, questão natural diante de uma legislação novidadeira, funciona como mais uma agrura para a efetivação juridicamente adequada da LGPD na Administração Pública.

8 A questão da estrutura inicial da ANP

A efetivação da LGPD depende necessariamente de um órgão fiscalizador, com poder de polícia e regulamentar, que confira meios necessários para que a legislação seja aplicada. Nesse sentido, criou-se no artigo 55-A da Lei a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Foi a Lei nº 14.460, de 25 de outubro de 2022, resultante da conversão da Medida Provisória nº 1.124, de 2022, que posteriormente tornou a ANPD autarquia de natureza especial. Atualmente o artigo 55-A da LGPD dispõe que “fica

²³ PIRONI, Rodrigo. Afinal, quem é considerado operador de dados na LGPD. *CONJUR*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-26/rodrigo-pironi-quem-considerado-operador-lgpd/>. Acesso em: 20 jan. 2024.

²⁴ Um ponto que gerava dúvidas era sobre dados de pessoas falecidas, tendo a ANPD se manifestado, por meio da Nota Técnica nº 3/2023/CGF/ANPD, no sentido de que não incide a LGPD no caso do tratamento de dados de pessoas mortas (o entendimento é que, tendo a lei se referido a dados de pessoas naturais, abarcaria somente pessoas vivas).

criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal”.

Calha indicar que originalmente a LGPD previa que a ANPD teria natureza jurídica de órgão da Administração Pública federal, integrante da Presidência da República.

Vê-se assim, portanto, que logo de início a estabilização da ANPD não foi imediata, havendo alguns ajustes para a sua atual conformação jurídica.

A estrutura regimental da ANPD e o seu quadro de cargos e funções também passaram por algumas alterações desde sua criação. Foram previstos inicialmente pelo Decreto nº 10.474, de 26 de agosto de 2020, alterado pelo Decreto nº 10.975, de 22 de fevereiro de 2022, e posteriormente pelo Decreto nº 11.202, de 21 de setembro de 2022.

Além disso, pensando na atuação da autarquia em relação à própria Administração Pública, apura-se que a primeira sanção (advertência) aplicada pela ANPD em face do Poder Público somente ocorreu em outubro de 2023, em face da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina, por violações aos artigos 38, 48 e 49 da LGPD, bem como o artigo 5º, I, do Regulamento de Fiscalização (Relatório de Instrução nº 4/2023/FIS/CGF/ANPD).

Essa demora na atuação mais efetiva da ANPD decorreu, em parte, da necessidade de uma regulamentação no tocante às sanções e às infrações administrativas e sua dosimetria (artigo 53 da LGPD), o que somente ocorreu em 24 de fevereiro de 2023, com a Resolução CD/ANPD nº 4.

Nota-se que a aplicação da LGPD no que concerne ao Poder Público depende de um efetivo agir da ANPD, o que somente ocorrerá quando a autarquia estiver devidamente estabilizada juridicamente, com uma prática fiscalizatória consolidada e com a edição das normas regulamentares que permitam seu correto funcionamento.

Sem embargo, de todos os desafios, este talvez seja o de mais fácil contorno. Como uma entidade nova, é esperado que seja necessário certo tempo para que se concretize a sua devida estruturação administrativa e jurídica, bem como sejam editados os atos normativos basilares para a sua adequada atuação. Após essa fase tida como de adaptação, é esperado que a referida autarquia se aprimore, fixando rotinas sólidas de trabalho e consolidando seus entendimentos e mecanismos de controle.

Conclusões

A existência de uma legislação que regulamenta o tratamento de dados pessoais é questão que se mostrava urgente e necessária. Trata-se de uma demanda que se amplia à medida que a estrutura massificada do capitalismo contemporâneo vem se amplificando e consolidando.

Nesse cenário, de utilização de uma quantidade inimaginável de dados de pessoas físicas, o Poder Público aparece como um dos grandes protagonistas, sendo responsável por regular essas atividades (como o fez, por meio da edição da LGPD), mas também por cumprir adequadamente a referida legislação, já que é um dos sujeitos que mais realiza tratamento de dados no exercício de suas funções.

Assim, ao longo do artigo foram indicados seis potenciais obstáculos para que a LGPD possa ser aplicada da maneira devida no âmbito da Administração Pública.

O primeiro, e talvez mais relevante, é a questão cultural, no sentido de que ainda não há uma percepção dentro do Poder Público de que o tratamento de dados deve se submeter a um rigoroso regramento e que a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental.

O segundo diz respeito à governança de dados, que, embora deva ser tratada como uma verdadeira política pública, acaba sendo encarada ainda de forma abstrata e com aplicação isolada e restrita a alguns órgãos e entidades públicas.

O terceiro aspecto é a questão de pessoal, uma vez que a LGPD demanda funções novas a serem desempenhadas por agentes públicos, que igualmente precisam estar capacitados para tal mister, sendo que em vários entes públicos ainda há um déficit de servidores para as rotinas ordinárias da Administração.

A quarta questão se refere à organização administrativa, que, devido a sua complexidade, obstrui uma orientação geral da LGPD na Administração Pública.

A interpretação normativa também figura como um item que inibe a devida aplicação normativa, seja em razão de certas atecniais e termos dúbios usados pelo legislador, seja pelo fato de que se trata de uma nova legislação que abre um caminho inicial para a tentativa de variadas interpretações, ainda que muitas das quais pareçam desassociadas dos limites sintático-semânticos do texto legal.

O último ponto concerne à relevância que a ANPD tem para a concretização da Lei, mas que, ao menos nesse período inicial pós-edição da LGPD, ainda carece de uma estrutura jurídica adequada para a devida implementação legislativa.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Reforma administrativa (primeiras impressões). *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 214, out./dez. 1998.
- CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da boa administração pública e a LGPD (Lei nº 13.709/2018). In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (org.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- CABRAL, Flávio Garcia. Os fundamentos políticos da prestação de contas estatal. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 270, set./dez. 2015.
- CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. Leme: Mizuno, 2024.
- COELHO, C. *Compliance na Administração Pública*. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 01, ago. 2017.
- DAVID, Cleber Cilli. Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista Fórum de Direito na Economia Digital – RFDED*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jul./dez. 2019.
- DI BIASE, Nicholas Furlan; AGUILERA, Daniel Fortes. Dificuldades interpretativas no regime de tratamento de dados pelo poder público: lacunas, contradições e atecniais da lgpd. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 4, n. 2, 2021.
- FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar./abr. 2017.
- GORDILLO, Agustín. *La administración paralela*. Madri: Civitas, 1982.

GUTIERREZ, Andriei, Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PIRONTI, Rodrigo. Afinal, quem é considerado operador de dados na LGPD? *CONJUR*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-26/rodrigo-pironti-quem-considerado-operador-lgpd/>. Acesso em: 20 jan. 2024.

SALVIO, Gabriella G. L. de; ROGENFISCH, Sandra; LADEIRA, Roberta. Privacidade e proteção de dados pessoais – Evolução do cenário legislativo no Brasil. In: BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; BEPPU, Ana Claudia (coord.). *Proteção de dados pessoais no Brasil: uma nova visão a partir da Lei nº 13.709/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVA, Bárbara Stephany de Souza. *O impacto da LGPD no desenho da política de governança de dados nos municípios: o caso de Belo Horizonte*. Mestrado. Dissertação. 58 f. Brasília: Fundação Getúlio Vargas – FGV, 2021.

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

CABRAL, Flávio Garcia. Problemáticas na efetivação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no âmbito da Administração Pública brasileira. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 131-142. ISBN 978-65-5518-820-2.

INOVAÇÕES NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ALGUNS DESTAQUES DA MAIOR RELEVÂNCIA

MÁRCIO CAMMAROSANO

1 Introdução

Finalmente, em 2021, procedeu-se à revisão da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, sacramentada com a entrada em vigor da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou substancialmente o sistema de responsabilização por improbidade administrativa.

A revisão da lei de improbidade administrativa já era de há muito reclamada em face de algumas distorções no trato da matéria. A própria lei era imperfeita, ressentindo-se até de disposições em rigor inconstitucionais, como a que contemplava improbidade na modalidade culposa (art. 10) e a que ensejava responsabilização por violação de princípios ou deveres genericamente referidos, em afronta ao princípio constitucional da segurança jurídica, que, em matéria sancionatória, e para aplicação de sanções de superlativa gravidade, tem como uma de suas projeções a exigência de tipificação de comportamentos com uma razoável precisão descritiva.

Além de distorções residentes na própria lei, outras vinham ocorrendo também quanto à interpretação e aplicação de alguns de seus preceitos, em face mesmo de deficiências de alguns operadores do Direito quanto ao conhecimento de certas exigências de hermenêutica e até desconhecimento ou desprezo por algumas categorias jurídicas fundamentais.

Ao ensejo deste breve artigo vamos nos ater a algumas premissas fundamentais no trato da matéria e a algumas inovações mais relevantes de Direito material, revisitando, sinteticamente, alguns temas de que já nos ocupamos em trabalhos anteriores, especialmente, em livro mais recente de nossa autoria.¹

¹ CAMMAROSANO, Márcio; DAL PAZZO, Antonio Araldo Ferraz. *Improbidade Administrativa: novas disposições, novos desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v. 1. 205p.

2 Direito, norma jurídica e princípios aplicáveis ao sistema de responsabilização por improbidade

Iniciemos por reafirmar que o Direito, como nosso objeto de estudo, consiste na ordem normativa do comportamento do ser humano, vivendo em sociedade, dotada de coercibilidade institucionalizada, posta por outras fontes por ele reconhecidas autorizadas ou delegas, como usos e costumes e decisões consolidadas de Tribunais Superiores, com repercussão geral, teses e súmulas, especialmente as vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

Referida ordem normativa é objeto de estudo da denominada ciência do Direito. Os que do Direito se ocupam, procurando desvendar o sentido e alcance dos enunciados jurídico-normativos, das prescrições jurídico-normativas, devem fazê-lo valendo-se de lições de hermenêutica. Dentre elas, releva a de que impõe-se ao estudioso do Direito valer-se da técnica do raciocínio sistemático, sem olvidar, evidentemente, a contribuição da tópica.

O Direito deve ser visto e compreendido como sistema, de sorte que os que o têm como objeto de estudo devem considerar o ordenamento procedendo à composição de seus elementos sob perspectiva unitária e, assim, dotado de consistência, eliminando as possíveis antinomias, reais ou aparentes.²

Nesse labor científico, assumem superlativa importância os princípios, especialmente os de nível constitucional. Os princípios, dentre as suas variadas serventias, têm caráter prescritivo – são normas jurídicas – e orientam o intérprete, instrumentalizando o raciocínio sistemático.

Não se esquecendo disso, em boa hora o legislador cuidou de fazer constar expressamente da lei de improbidade que “aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”.³

Dentre os princípios constitucionais, há de se atentar não apenas para os expressos, mas também para os implícitos, em face mesmo do artigo 5º, §2º, da nossa Lei Maior, que reza:

Art.5º (...)

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Princípios jurídico-constitucionais há, incidentes em matéria sancionatória que, não obstante reportados, na sua letra, a este ou aquele ramo do Direito, são informadores, em rigor, do Direito Sancionador em geral, espraiando-se por todo o ordenamento, sem

² Quanto à noção e importância da ideia de sistema, sem a qual não se pode falar em ciência do Direito, cf. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008 e ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, p. 4.

³ Art. 1º (...)

§4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

embargo de algumas refrações e nuances ditadas pelas especificidades de cada ramo do Direito, mas que se relacionam como partes componentes de um todo.

Princípios jurídicos, já o dissemos em outro texto, são normas jurídicas de elevadíssimo grau de generalidade, abstração e conseqüente abertura denotativa,⁴ com algumas características que os diferenciam das normas-regra. Quanto ao antecedente de uma norma-princípio, quanto à sua hipótese de incidência, muitas vezes implícita, não há predeterminação formal específica rigorosa e topologicamente fechada de situação ou fato que, se ocorrer, implicaria sua incidência. Quanto ao mandamento, não há, geralmente, predeterminação de um específico e preciso comportamento devido para além da prescrição de uma genérica permissão, proibição ou obrigação. Quanto ao conseqüente, não há, em norma-princípio, predeterminação formal de específica consequência sancionatória, por exemplo, na hipótese de não observância do mandamento, ressalvada a possibilidade de que uma regra prescreva algo nesse sentido.

Segue-se que as referidas notas características intrínsecas a normas-princípios de elevadíssimo grau de generalidade, abstração e abertura denotativa –, características nelas mesmo residentes, é que nos permitem dizer que constituem mandamentos de otimização que têm dimensão de peso, que consubstanciam ideias ou “diretrizes valorativas a serem atingidas”, que são aplicáveis mediante ponderação.⁵

O campo de incidência de princípio é dotado de grande abertura, razão pela qual situações há que se subsomem à incidência convergente de mais um princípio, *prima facie*, não raro apontando para soluções diferentes ao se considerar cada qual isolamento, conflitos elimináveis mediante a técnica da ponderação, a qual, ao contrário do que se costuma dizer, não exclui a técnica do silogismo jurídico.

Princípios jurídicos são, destarte, normas explícitas e implícitas no ordenamento, que por ele se espraiam como seiva que o alimenta, possibilitando melhor intelecção do sentido e alcance de suas prescrições e de sua racionalidade, instrumentalizando também a colmatação de lacunas, potencializando, enfim, de forma sistematicamente consistente, suas propriedades deônticas por aqueles impregnadas.

A juridicidade dos princípios não decorre senão de sua consagração, e nos termos em que se dá, no Direito posto, que expressa obviamente as preferências e/ou concepções ideológicas, morais e de justiça dos que o produzem, consoante dada hierarquia de valores que adotam – valores como qualidades abstratas que atribuímos às coisas – e que se decidem por prestigiar juridicizando-os.

⁴ Quanto à distinção entre espécies normativas – regras e princípios –, já anotamos, em inicial tratamento do tema: “Com efeito, generalidade, abstração – e, acrescentamos nós, grau de abertura denotativa – são notas características intrínsecas de certas normas jurídicas, características nelas mesmas residentes, e que se projetam para fins de definição do seu sentido, alcance e aplicação. Exatamente porque certas normas ostentam aquelas características, em maior ou menor grau, é que se pode, conseqüentemente, falar em mandamentos de otimização, ponderação, dimensão de peso, ideais ou ‘diretrizes valorativas a serem atingidas’”. Cf. CAMMAROSANO, Márcio. Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo? 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. p. 141-151.

⁵ Nesse sentido, mais uma vez, ver o trabalho de nossa autoria: CAMMAROSANO, Márcio. Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo? In: MOTTA; GABARDO. Op. cit., p. 147. A bem da verdade, José Afonso da Silva, com inegável acerto, já anotara que Robert Alexy, ao reduzir a definição de princípio a “mandamentos de otimização”, destaca “o resultado, não a diferença específica” que, dizemos nós, há de ser encontrada nas características mesmas da norma, como já assinalamos (In: *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 640-641).

Inspirados em vetustas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, e permitindo-nos fazer a elas alguns acréscimos, elencamos, dentre os principais princípios constitucionais, informadores também do Direito Sancionador, e como algumas de suas projeções, os seguintes: da legalidade, da anterioridade, da tipicidade, da voluntariedade, da proporcionalidade, do devido processo legal, da motivação,⁶ da culpabilidade, da isonomia.

Dentre esses princípios vamos nos ocupar, neste trabalho, apenas de alguns que nos parecem merecedores de algum realce maior em face das inovações introduzidas na lei de improbidade administrativa.

Quanto aos princípios da legalidade e anterioridade, dúvida não pode haver no sentido de que só a lei pode qualificar como ímprobo este ou aquele comportamento que descreva, sob pena de ofensa, em última análise, ao princípio da segurança jurídica. Todos têm o direito de poder saber, antecipadamente, quais são as consequências jurídicas de seus possíveis comportamentos.

Só se responde por improbidade administrativa em face de lei prévia que tenha descrito um tipo de comportamento que qualifique como ímprobo, e que preserva a sanção a ser aplicada.

Correlato ao princípio da legalidade é o da tipicidade.

Em matéria sancionatória, quanto mais severa for a sanção prescrita, maior deve ser a precisão tipológica, sem a qual resta violado o princípio da segurança jurídica, que se traduz, na expressão de Miguel Reale,⁷ na exigência da predeterminação formal do direito. Quanto mais fechado for o tipo legal, menor o campo para subjetivismos caprichosos, inadmissíveis especialmente para efeito de aplicação de graves sanções como as criminais e por improbidade.

A propósito dos princípios da legalidade, anterioridade e tipicidade, bem andou o legislador, como se depreende de várias disposições da lei de improbidade revista: artigos 1º, §1º; 9º; 10; 11; 17, §10º-D, §10º-F, I.⁸

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 810 e ss.

⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 709.

⁸ Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

(...)

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

(...)

Digna de nota, convém recordar, era a inconstitucional previsão de improbidade por mera violação a princípios e deveres genericamente considerados, como constava na redação original do *caput* do artigo 11 da Lei nº 8.249/1992, que ensejava imputação de improbidade sem descrição de tipos de comportamentos que assim deveriam ser qualificados, seguindo-se nos seus incisos um rol então meramente exemplificativo. Agora, não mais.

Seja como for, convém, a este passo, e na busca da indeclinável precisão terminológica, sem a qual têm sido cometidos erros jurídicos, distinguir as expressões legalidade, moralidade e probidade administrativa. Essas palavras constituem expressões verbais de conceitos correlatos, mas não são dotadas de sinonímia absoluta.

No sentido amplo, legalidade ou juridicidade é qualidade do que está em consonância com o ordenamento jurídico, com as normas, regras e princípios que o compõem. Mas toda ofensa à ordem jurídica se apresenta com igual gravidade, ensejando sempre as mesmas consequências, promoção de responsabilidade sob um mesmo sistema ou subsistema. Daí a existência de sistemas diversos, como o administrativo, o civil, o de improbidade e o criminal.

Mas dada ofensa à ordem jurídica pode se apresentar agravada por concomitante ofensa a valores morais juridicizados,⁹ e nos termos em que juridicizados, como a lealdade e a boa-fé. Nesse sentido, violada a moralidade jurídica, é cabível inclusive o manejo da ação popular por qualquer cidadão (Constituição da República, art. 37, *caput*, c.c. art. 5º, LXIII)¹⁰ para restaurar o império da legalidade.

Entretanto, a violação à ordem jurídica pode apresentar-se ainda especialmente qualificada, de sorte a ensejar aplicação de sanções as mais severas, na medida em que a lei prescrever que certos tipos de comportamentos não de ser considerados ímprobos ou até criminosos.

Portanto, é o legislador que, avaliando a menor ou maior censurabilidade ou reprovabilidade deste ou daquele tipo de ação ou missão, legisla decidindo-se por qualificar este ou aquele comportamento, como ímprobo dentre outras exigências ditadas pela razoabilidade.

Vê-se, portanto, que há uma gradação na ofensa à ordem jurídica, estabelecida pela lei, reservando a qualificação como improbidade de comportamentos dolosos,

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

(...)

§10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.

(...)

§10-F. Será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que: I - condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial;

⁹ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

¹⁰ Art. 5º (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

reveladores de grave desvio de caráter, eivados de ausência de honradez, de alguma forma desonestos.

3 O elemento subjetivo

Outro aspecto da maior relevância quanto ao sistema de responsabilização por improbidade administrativa é o concernente ao elemento subjetivo, à vontade daquele a quem se imputa ofensa à ordem jurídica passível de sujeitar-se às sanções cominadas no artigo 12 da Lei nº 8.429/1992.

Já anotamos que a voluntariedade de comportamentos ofensivos à ordem jurídica constitui pressuposto inarredável da responsabilidade, seja ela objetiva ou subjetiva.

Melhor explicando, a voluntariedade é a qualidade do que é voluntário, seja uma ação ou inação, decorrente do exercício do livre-arbítrio do ser humano. Dotados de livre-arbítrio, nosso comportamento, via de regra, expressa o nosso querer, a nossa vontade, a nossa autodeterminação, de sorte que o livre-arbítrio é o pressuposto da responsabilidade, pressuposto necessário ainda que nem sempre suficiente.

Situações há em que a vontade não é livre, mas coartada, de sorte que a ação ou inação resulta de uma coação ou grave ameaça irresistíveis, o que exclui a responsabilidade, assim como o atuar de quem esteja privado de higidez mental ou tenha sido levado a erro escusável.

Conquanto a regra, no nosso ordenamento jurídico, seja a responsabilidade subjetiva, imputável a título de dolo ou culpa, há hipóteses constitucionais de responsabilidade objetiva, como a civil patrimonial extracontratual do Estado (CR, art. 37, §6º, primeira parte)¹¹ e a por danos ambientais (CF, art. 225, §§2º e 3º).¹²

Em se tratando de responsabilidade objetiva, independentemente portanto de dolo ou culpa, a voluntariedade comportamental do agente e o dano ao bem jurídico tutelado, a que tenha dado causa, é o quanto basta para que responda por ele.

Mas a regra é a responsabilidade subjetiva, de sorte que não basta a mera voluntariedade do comportamento, ofensivo afinal à ordem jurídica, mas exige-se o elemento subjetivo dolo ou quando menos culpa em sentido estrito.

Há dolo quando à voluntariedade do comportamento se soma a intenção viciada de querer, com certo comportamento, dar causa a um resultado estando o agente consciente da ilicitude do comportamento em si mesmo considerado ou do resultado a que

¹¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹² Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

pretenda dar causa. Dolo pressupõe comportamento voluntário mais intenção viciada, má-fé, ciência da ilicitude do proceder e/ou do resultado almejado (dolo direto) ou do resultado que ao agente seja indiferente, tendo assumido o risco de provocá-lo (dolo eventual).

Haverá mera culpa, em sentido estrito, e não dolo se o comportamento voluntário der causa ao resultado antijurídico em razão de imprudência, imperícia ou negligência.

No dolo, o agente comporta-se voluntariamente e também quer o resultado ilícito, que constitui a razão de ser do seu agir, a sua intenção viciada. Na culpa, o agente comporta-se voluntariamente, mas não quer resultado ilícito algum que, todavia, venha a ocorrer em virtude do comportar-se com imprudência, negligência ou imperícia.

Ora, para que alguém responda por improbidade administrativa, exige-se o elemento subjetivo dolo. Não basta a mera voluntariedade do comportamento. Se bastasse, ter-se-ia instituído responsabilidade objetiva, que nada tem a ver com dolo genérico, como alguns inadvertidamente supõem. Dolo, mesmo genérico, jamais se confunde com a mera voluntariedade de um comportamento, ainda que ofensivo à ordem jurídica. Demanda, para além da mera voluntariedade comportamental, a consciência da ilicitude do comportamento e/ou do resultado que venha a dar causa.

Exatamente para evitar a distorção conceitual de dolo, erro em que muitos incidiam, a lei de improbidade agora contém dispositivos que definem o que seja dolo, elemento subjetivo sem o qual não há improbidade, seja qual for o tipo descrito em lei.

Com efeito, os §§1º e 2º do artigo 1º da lei de improbidade, incluídos pela Lei nº 14.230, de 2021, estão assim redigidos:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

Entretanto, além de exigir dolo direto para configuração de improbidade administrativa – vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da lei –, exige-se que o dolo seja específico por força do §1º do artigo 11, conjugado com o §2º deste mesmo artigo 11. Vale dizer, exige-se comprovação de que o agente atuou com o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

Portanto, a especificidade do dolo reside no atuar, com o fim especificado no §1º do artigo 11, que deve restar comprovado seja qual for o tipo de improbidade que se impute a alguém, por força do §2º do mesmo artigo.

4 Dos tipos ensejadores de condenações pela prática de atos de improbidade, previstos na Lei nº 8.429/1992

Quanto aos tipos de improbidade, a Lei nº 8.429/1992 os elenca nos artigos 9º, 10 e 11, classificando-os, respectivamente, como: a) improbidade que importa enriquecimento

ilícito; b) improbidade que causa prejuízo ao erário; c) improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública.

Em face do disposto no *caput* do artigo 9º, qualquer comportamento que se subsuma ao tipo nele descrito configura, *prima facie*, improbidade, razão pela qual os incisos do mesmo artigo descrevem, de forma exemplificativa, subtipos de improbidade. O rol é exemplificativo na medida em que na parte final do *caput* do artigo 9º, após definir o tipo categorial de improbidade, consta a expressão “e notadamente”.

Quanto ao artigo 10, a exemplo do artigo 9º, no seu *caput* está descrito o tipo categorial de improbidade, de sorte que, repetindo a expressão “e notadamente”, os incisos desse artigo 10 também consubstanciam rol exemplificativo de subtipos de improbidade.

Já no que concerne ao artigo 11 da lei, o rol de seus incisos, diferentemente do que dispunha o mesmo dispositivo na sua redação original, não é mais exemplificativo, mas exaustivo, taxativo.

Com efeito, do *caput* do artigo 11, que na sua redação original terminava com a expressão “e notadamente”, consta a exigência de que a configuração de improbidade, nesse mesmo artigo fundada, consista na ação ou omissão (dolosa)” caracterizada por uma das seguintes condutas: “E aí então segue-se o rol de incisos, agora exaustivo”.

As alterações procedidas no artigo 11 da lei de improbidade são, destarte, da maior relevância, na medida em que não basta imputar a alguém a violação de princípios da Administração Pública, ou violação dos deveres assinalados no próprio *caput* do referido artigo, para que tenha como o ocorrido improbidade uma vez comprovada referida violação. Faz-se necessário demonstrar que a ação ou omissão imputada a alguém se subsuma rigorosamente a um dos incisos do artigo 11, que também comportaram alterações pela Lei nº 14.230/2021.

Uma vez mais andou bem o legislador, obstando a continuidade de acentuada insegurança jurídica que era devida à inexistência de predeterminação formal específica, tipológica, de comportamentos no artigo 11, na sua redação original.

Conclusão

Para além das elogiosas alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 supra referenciadas, muito bem andou também o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) ao aprovar enunciados a respeito da lei de improbidade já reformada, alguns dos quais dizem respeito exatamente aos dispositivos que, neste breve trabalho, nos permitimos comentar, conforme pode-se conferir:

1. A caracterização do ato de improbidade administrativa exige, cumulativamente, a presença dos seguintes requisitos: (i) tipicidade formal (conduta ilícita expressamente descrita em lei); (ii) tipicidade material (conteúdo materialmente ilícito da conduta) e (iii) conduta dolosa com o fim especial de agir (obtenção de proveito ou benefício indevido para si ou para outrem), por força do art. 1º, §1º e §2º e art. 11, §1º e §2º da Lei nº 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021.
2. O ato de improbidade administrativa exige para sua configuração, em todas as modalidades, dolo específico, não sendo cabível a aplicação de sanção em caso de dolo eventual e de dolo genérico.

4. Somente constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade e se enquadre, concomitantemente, em um dos incisos do art. 11 da Lei nº 8.429/92.
7. Nas ações de improbidade administrativa, aplica-se a regra da tipificação única, nos termos do §10-D, do art. 17 da Lei nº 8.429/92, alterada pela Lei nº 14.230/21.

Referências

- AFONSO DA SILVA, José. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1968.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- CAMMAROSANO, Márcio; DAL PAZZO, Antonio Araldo Ferraz. *Improbidade Administrativa: novas disposições, novos desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v. 1.
- CAMMAROSANO, Márcio. Lei de Improbidade Administrativa e divergências de interpretação para fins de responsabilidade de agentes públicos. *Fórum Administrativo – FA*, v. 1, p. 73-83, 2023.
- CAMMAROSANO, Márcio. O elemento subjetivo dolo para configuração de improbidade administrativa e o reconhecimento de sua ocorrência por Tribunais de Contas. In: MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar (org.). *Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas – as inovações da Lei nº 14.230/2021*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, v. 1, p. 207-218.
- CAMMAROSANO, Márcio. Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo? 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. p. 141-151.
- CAMMAROSANO, Márcio. Da extensão do Controle Judicial da Administração Pública em face do Princípio da Moralidade Administrativa. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (org.). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, v. 1, p. 836-850.
- CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, F. H. U. O elemento subjetivo na improbidade administrativa: por uma responsável motivação das decisões judiciais. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 1, p. 577-603, 2016.
- CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, F. H. U. Improbidade Administrativa e a jurisprudência do STJ – O esvaziamento do dolo nos artigos 9 e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no artigo 10. *Interesse Público* (Impresso), v. 83, p. 27-38, 2014.
- CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

CAMMAROSANO, Márcio. Inovações no sistema de responsabilidade por improbidade administrativa: alguns destaques da maior relevância. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 143-151. ISBN 978-65-5518-820-2.

DO MÉRITO À DIVERSIDADE: UMA NOVA ERA NO PROVIMENTO DOS CARGOS PÚBLICOS NO BRASIL

FÁBIO LINS DE LESSA CARVALHO

1 Notas introdutórias: a evolução dos critérios de provimento dos cargos públicos no Brasil

Se hoje em dia a sociedade brasileira valoriza a figura do concurso público, ao ponto de existirem milhões de pessoas que estão, neste exato momento, dedicando-se à preparação para os processos seletivos de acesso à função pública (cargos efetivos, empregos públicos e contratos temporários), confiando na lisura dos procedimentos administrativos, não se pode afirmar que a maior parte da história do ingresso nos postos de trabalho no Estado tenha sido pautada nas ideias de impessoalidade, mérito e diversidade. Ao contrário, a história da ocupação dos cargos públicos no Brasil é marcada por “diversas situações em que prevaleceram os interesses privados sobre os públicos, tornando-se comum a utilização dos cargos e funções como forma de ascensão social e até mesmo como moeda de troca entre os soberanos e seus súditos, em detrimento da própria Administração Pública”.¹

Com base em tradicional classificação adotada na doutrina estadunidense, pode-se afirmar que a história do provimento dos cargos públicos costuma ser dividida em três fases distintas: a era dos cavalheiros (*era of gentlemen*), a era da espoliação (*spoil system*) e a era do mérito (*merit system*). No presente estudo, além de se demonstrar que, no Brasil, a era da espoliação ocorreu antes da era dos cavalheiros, também será apresentada uma quarta era (a que estamos atualmente): a era da diversidade (*diversity system*), que busca aperfeiçoar as limitações da meritocracia.

¹ CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos; LINS JÚNIOR, George Sarmento. A ocupação dos cargos públicos ao longo da história brasileira: o concurso público como instrumento jurídico por excelência para a escolha dos agentes públicos. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos. *Direito dos Concursos Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 12.

Se a era da espoliação alcançou alto nível de corrupção, pois somente visava a apropriação privada do que era público a partir da nomeação de exploradores para cargos públicos; a era dos cavalheiros já levava em consideração a aptidão de caráter, integridade e posição social elevada dos nomeados, mas era totalmente pessoal. Por sua vez, a era do mérito representa um grande avanço, pois se baseia na impessoalidade e é focada em qualificações profissionais que não dependem de conexões políticas. Todavia, peca pelas limitações que a meritocracia impõe.

Assim, atualmente, com o reconhecimento da necessidade de inclusão de segmentos da sociedade tradicionalmente total ou parcialmente renegados pelo sistema de mérito (como pessoas com deficiência, estrangeiros, negros, mulheres, pobres, etc.), surge uma quarta e nova era: a da diversidade (*diversity system*).² Passemos a analisar cada uma destas eras.

2 A era da espoliação no Brasil colonial

No Brasil, a era da espoliação ocorreu especialmente no período colonial, quando o fator decisivo para escolha daqueles indivíduos que iriam ocupar as funções públicas era de natureza patrimonialista, modelo de Administração Pública caracterizado pela confusão (mistura indevida) entre patrimônio público e privado, e pela prevalência dos interesses pessoais (em detrimento do interesse público), sejam dos ocupantes do poder, sejam dos membros da sociedade civil. Assim, no Brasil colônia, “a escolha do funcionalismo não era realizada com base nas aptidões dos indivíduos ou do melhor interesse da Administração, mas sim na posição social dos cidadãos e em seu poder de barganha com a Coroa Portuguesa”.³

Na realidade, este era o quadro geral das colônias dos países ibéricos nas Américas, em que “a tradição absolutista do período colonial implicava na clara mistura do tesouro do Estado espanhol e português com o do rei e da nobreza (os principais funcionários do Estado)”.⁴ Vê-se, portanto, que o emprego público era não apenas uma valiosa moeda de troca (clientelismo), mas também uma fonte de exploração e enriquecimento daqueles que estavam no poder ou próximos a ele, sem maiores preocupações com a qualidade dos serviços a serem prestados à população.

No Sermão do Bom Ladrão (proferido em 1655), Padre Antônio Vieira, ao tratar do empreguismo nos primórdios do Brasil, faz uso de uma expressão que até hoje representa uma mazela na Administração Pública brasileira: entrar no serviço público pela janela. Ele se indignava “ver a alguns tão introduzidos e tão entrados, não entrando pela porta nem podendo entrar por ela se entraram pelas janelas, como aqueles ladrões (...) grande desgraça é que, sendo as janelas feitas para entrar a luz e o ar, entrem por elas as trevas e os desares”.⁵ Padre Antônio Vieira não poupa aqueles que, embora não

² MALONE, Patrick S. *Diversity, the newest era in: public personnel administration*, PA Times, American Society for Public Administration, texto publicado em 13.03.2023, disponível em: <https://patimes.org/diversity-the-newest-era-in-public-personnel-administration/>, acesso em: 31 jan. 2024.

³ CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos; LINS JÚNIOR, George Sarmento. *Op. cit.*, p. 12.

⁴ DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e neopatrimonialismo. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 189.

⁵ VIEIRA, Padre Antônio. *Sermão do Bom Ladrão*. Texto de domínio público, p. VII, disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/fs000025pdf.pdf>, com acesso em: 9 dez. 2023.

cometam roubos, favorecem a sua prática, no caso, admitindo pessoas inadequadas para os cargos públicos: “senão na face do sol, e na luz do meio-dia, como se pode escusar quem ao menos firma os provimentos de que não conhecia serem ladrões os que por estes meios foram providos? Finalmente, ou os conhecia, ou não: se os não conhecia, como os proveu sem os conhecer? E se os conhecia, como os proveu conhecendo-os?”⁶

Na era da espoliação, os cargos públicos pertenciam ao soberano, que os negociava com os interessados, geralmente pessoas com influência e/ou posses (por isto era um “sistema que privilegiava os mais ricos”). O rei poderia fazer o que quisesse com esses postos de trabalho, inclusive vendê-los, arrendá-los ou mesmo cedê-los se assim o desejasse, de forma temporária ou não. Em contrapartida, a função pública era exercida por funcionários que apenas queriam auferir todo tipo de vantagem patrimonial. De forma pragmática, percebe-se que, no caso brasileiro, caso a Coroa portuguesa não oferecesse incentivos pecuniários ou tolerasse alguma margem de lucro por parte de seus funcionários, ela sequer encontraria candidatos aos cargos na colônia.⁸

Raimundo Faoro destaca que Portugal começa a organizar precocemente (quando comparado a outros Estados europeus) sua administração pública e acaba por recorrer a um modelo ainda atrelado aos tempos feudais, em que a função pública de primeiro nível cabia ao nobre, senhor da terra ou alheio ao solo jurisdicionado. Igualmente, as circunscrições judiciais (julgados) e as circunscrições fiscais (almoxarifados) dependiam, no provimento dos cargos, da exclusiva escolha régia.⁹

O Estado Patrimonialista tinha pouquíssimas funções. Faoro explica: “Fazenda, guerra e justiça são as funções dos reis, no século XVI, funções que se expandem e se enleiam no controle e aproveitamento da vida econômica”. Para atender as referidas funções, existe “uma constelação de cargos, já separada a administração pública da casa real, realiza as tarefas públicas, com as nomeações e delegações de autoridade. Separação, na verdade, tênue, em que o valido da corte se transmuda em funcionário ou soldado, num processo de nobilitação, que abrange o letrado e o homem de armas”. Ademais, o patrimônio do soberano se converte, gradativamente, no Estado, “gerido por um estamento, cada vez mais burocrático. No agente público – o agente com investidura e regimento e o agente por delegação – pulsa a centralização, só ela é capaz de mobilizar recursos e executar a política comercial. O funcionário é o outro eu do rei, um outro eu muitas vezes extraviado da fonte de seu poder”.¹⁰ Raimundo Faoro resume que “o chefe provê, tutela os interesses particulares, concede benefícios e incentivos, distribui mercês e cargos, dele se espera que faça justiça sem atenção a normas objetivas e impessoais. No soberano concentram-se todas as esperanças de pobres e ricos, porque o Estado reflete o polo condutor da sociedade.”¹¹

⁶ VIEIRA, Padre Antônio. *Sermão do Bom Ladrão*. Texto de domínio público, p. VII, disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/fs000025pdf.pdf>, com acesso em: 9 dez. 2023.

⁷ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Concursos públicos no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 29.

⁸ FIGUEIREDO, Luciano Raposo. A corrupção no Brasil Colônia. In: AVRITZER, Leonardo et al. (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 212.

⁹ FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001, p. 16.

¹⁰ FAORO, Raimundo. *Op. cit.*, p. 199.

¹¹ FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001, 1997, vol. 1, p. 172.

Caio Prado Júnior ressalta a carência de mão de obra e a falta de interesse dos portugueses se deslocarem para as colônias que comprometiam ainda mais o processo de preenchimento dos cargos públicos no Brasil colonial: “os agentes da administração estavam concentrados na sede, em boa parte das vilas ‘nem havia gente suficiente capaz para preencher o número, elevado demais para elas, de cargos públicos’, o que fez com que fosse largamente adotada a prática das correições e visitasões”.¹²

Ainda sobre esta administração pública pré-burocrática, o amadorismo “estendia-se também a funções que requeriam conhecimentos especializados. Os próprios delegados de polícia exerciam seus cargos juntamente com outras ocupações: eram lavradores, comerciantes ou viviam ‘de dinheiro a prêmio’. Os conhecimentos que mobilizavam em suas decisões vinham da experiência adquirida no trabalho, sem fundamento em qualquer habilitação prévia”.¹³

Ademais, havia “um descompasso entre as potencialidades reais de recrutamento e seleção de pessoal e a estrutura formal dos serviços públicos, definindo-se uma situação paradoxal: enquanto os cargos eram preenchidos sem exigências de adestramento, suas atribuições eram fixadas com certo rigor”.¹⁴

Sobre o nepotismo e o familismo existentes no Brasil, Lima Barreto denuncia: “não há lá homem influente que não tenha, pelo menos, trinta parentes ocupando cargos do Estado; não há lá político influente que não se julgue com direito a deixar para os seus filhos, netos, sobrinhos, primos, gordas pensões pagas pelo Tesouro da República”.¹⁵

Não era apenas o amadorismo que causava um imenso dano à vida social. O coronelismo era uma verdadeira ameaça à liberdade e à igualdade entre as pessoas, como explica José Murilo de Carvalho: “graças ao controle desses cargos, o coronel podia premiar os aliados, controlar sua mão de obra e fugir dos impostos. Fruto dessa situação eram as figuras do ‘juiz nosso’ e do ‘delegado nosso’, expressões de uma justiça e de uma polícia postas a serviço do poder privado”.¹⁶

3 A era dos cavalheiros no Brasil Império

A segunda fase da história do provimento dos cargos públicos é a era dos cavalheiros (*gentlemen system*), onde começa a haver uma preocupação com um mínimo de qualificação técnica que o titular do cargo público deveria ostentar, mas não há qualquer traço de impessoalidade administrativa na escolha, que continua dependendo exclusivamente da decisão discricionária do Estado. Se nos Estados Unidos este sistema veio antes do *spoil system*, no Brasil, deu-se o revés.

Nesta era dos cavalheiros, deveriam ser selecionados para as funções administrativas e políticas do Estado pessoas com formação acadêmica (geralmente jurídica) ou com elevada bagagem intelectual:

¹² PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 322.

¹³ FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. ed. São Paulo: Unesp, 1997, p. 135.

¹⁴ FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. ed. São Paulo: Unesp, 1997, p. 135.

¹⁵ BARRETO, Lima. *Os Bruzundangas*. Obra de domínio público, p. 17. Texto disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000149.pdf>, acesso em: 9 dez. 2023.

¹⁶ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 62.

ao se estudar o comportamento da *intelligentsia* brasileira que atuou junto à Secretaria de Estado de Negócios Estrangeiros, reorganizada em 1822 por Bonifácio, sobressai um aspecto que, embora pouco debatido na academia, constituiu um interessante modo de atuação intelectual integrado ao projeto de modernização do país: a polimatia. Para aqueles indivíduos eruditos, donos de uma rica bagagem intelectual construída no Velho Continente, atuar em variadas áreas do saber significava, portanto, uma práxis cujo escopo era retirar o Brasil do atraso econômico e cultural em relação à Europa e aos Estados Unidos. Esse país, aliás, já representava um exemplo instigante para os letrados brasileiros oriundos de classes oligárquicas, até porque, no início do século XIX, a economia estadunidense havia chegado ao nível de desbancar, ao lado da França e da Alemanha, o monopólio industrial inglês.¹⁷

A era dos cavalheiros no Brasil teve seu início no século XIX. Com o aumento da complexidade administrativa, especialmente a partir da chegada da família real portuguesa ao país (1808), passou a haver uma maior demanda por profissionais que pudessem dar conta das tarefas atribuídas à máquina administrativa. Todavia, ao contrário do sistema meritório, que, a partir de procedimentos administrativos impessoais, procura os melhores, quem quer que eles sejam e onde quer que eles estejam (independentemente da classe social), na era dos cavalheiros, apenas da elite política e econômica vinham os funcionários públicos. Neste sentido, já se destacou que somente com a chegada de D. João VI em 1808, “a implantação de um aparelho administrativo burocrático no Brasil necessitava de indivíduos intelectualmente preparados para a ocupação dos cargos da imprensa e do funcionalismo público”.¹⁸ Estes indivíduos eram chamados de letrados, que “formavam grupos equivalentes pelas funções sociais, nível de instrução, diretrizes mentais e gostos, separando-se da massa na medida em que integravam os quadros dirigentes na política, na administração, na religião”.¹⁹

Acrescente-se que “num quadro de favoritismo elitista (...) constituía-se como uma condição promotora de privilégios, os bacharéis oriundos das classes oligárquicas eram, por isso mesmo, os indicados para as funções jornalísticas e de servidor público”.²⁰

Por sua vez, o historiador Sérgio Buarque de Holanda ressaltou no clássico *Raízes do Brasil* que “na monarquia eram ainda os fazendeiros escravocratas e eram os filhos dos fazendeiros, educados nas profissões liberais, que monopolizavam a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posições de mando e fundando a estabilidade das instituições nesse contestado domínio”.²¹ No Brasil Império, essa elite se reproduziu localmente seguindo a formação nos cursos de Direito implantados no país, “ao fazer passar os seus futuros membros pela magistratura e ao movimentá-los pelos cargos

¹⁷ RIBEIRO, Celso Diniz. *Escritores diplomatas: a trajetória do trabalho intelectual brasileiro no século XIX*, IPOTESI, Juiz de Fora, v. 21, n. 2, p.84-96, jul./dez. 2017, p. 84.

¹⁸ RIBEIRO, Celso Diniz. *Escritores diplomatas: a trajetória do trabalho intelectual brasileiro no século XIX*. IPOTESI, Juiz de Fora, v. 21, n. 2, p. 84-96, jul./dez. 2017, p. 85.

¹⁹ CANDIDO, Antonio. *Formação da Literatura Brasileira: momentos decisivos 1750-1880*. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2012, p. 84.

²⁰ RIBEIRO, Celso Diniz. *Escritores diplomatas: a trajetória do trabalho intelectual brasileiro no século XIX*. IPOTESI, Juiz de Fora, v. 21, n. 2, p.84-96, jul./dez. 2017, p. 86.

²¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 73.

políticos e da alta administração do Império. Os ministros, por exemplo, exceto os militares, eram recrutados no Parlamento”.²²

Joaquim Nabuco ressalta que, neste contexto de empreguismo e oportunidades vantajosas que o Estado oferece aos particulares, surgiu uma espécie de dependência do setor público, mantendo a sociedade civil em condição de menoridade, importante elemento cultural do Brasil: “nessas condições oferecem-se ao brasileiro que começa diversos caminhos, os quais conduzem todos ao emprego público”.²³

Com autocrítica, Sérgio Buarque de Holanda aduz que “no trabalho não buscamos senão a própria satisfação, ele tem o seu fim em nós mesmos e não na obra”.²⁴ Ainda em *Raízes do Brasil*, outra crítica bastante ferrenha diz respeito ao bacharelismo, considerado pelo autor como uma praga: “as nossas academias diplomam todos os anos centenas de novos bacharéis, que só excepcionalmente farão uso, na vida prática, dos ensinamentos recebidos durante o curso”. Nessa “terra de advogados”, as pessoas se formam em Direito para ascender às mais altas posições e cargos públicos. Ademais, buscam prestígio, uma vez que “a dignidade e a importância que confere o título de doutor permitem ao indivíduo atravessar a existência com discreta compostura e, em alguns casos, podem libertá-lo da necessidade de uma caça incessante aos bens materiais, que subjuga e humilha a personalidade”. Ademais, Sérgio Buarque de Holanda ressalta a “ânsia pelos meios de vida definitivos, que dão segurança e estabilidade, exigindo, ao mesmo tempo, um mínimo de esforço pessoal, de aplicação e sujeição da personalidade, como sucede tão frequentemente com certos empregos públicos”.²⁵

4 A era do mérito com a burocratização da Administração Pública brasileira no século XX

No plano de vista teórico, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro no século XIX já vinha proclamando o acesso meritório aos cargos públicos, o que se verificava na Constituição Imperial (1824), que estabelecia em seu art. 179, XIV, que “todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Cíveis, Políticos ou Militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes”; e na primeira Constituição republicana (1891), que previa em seu art. 73 que “os cargos públicos, civis ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros”.

Todavia, inexistia no Direito brasileiro qualquer procedimento administrativo que instrumentalizasse, a partir de uma concorrência impessoal, o acesso igualitário aos cargos públicos. Em outras palavras, apesar da previsão constitucional da acessibilidade aos brasileiros, esta era letra morta porque não existia a figura do concurso público. Somente com a Constituição de 1934, o concurso público foi introduzido no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. A citada Carta Política determinava no art. 170, 2º, que “a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e

²² GUEDES, Paulo; HAZIN, Elizabeth. *Machado de Assis e a administração pública federal*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2006, p. 33.

²³ NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Vozes de Bolso, Petrópolis, 2012, edição digital, disponível em: file:///D:/Downloads/O%20Abolicionismo%20-%20Joaquim%20Nabuco%20(2)%20(1).pdf, acesso em: 9 dez. 2023.

²⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 156.

²⁵ *Op. cit.*, p. 157.

nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos”.

Assim, houve finalmente o reconhecimento no contexto brasileiro, seguindo a tendência do Direito Constitucional universal, de que, “num Estado de Direito, todo cidadão tem direito de acesso aos cargos e empregos públicos, pelos quais competirá em igualdade de condições com os demais cidadãos interessados”.²⁶ O que se reconheceu nos textos constitucionais brasileiros do século XX é que se todos os cidadãos são iguais perante a lei, também o são diante da Administração Pública, que está constitucionalmente encarregada de aplicar as leis (igualdade na aplicação da lei), devendo garantir o acesso igualitário a partir da instauração de uma competição pública e impessoal. Assim, a Administração Pública, quando necessitar prover um posto de trabalho, terá que garantir o amplo direito de participação, em condições de igualdade, a todos os candidatos que cumpram os requisitos legais, em um processo seletivo decidido por critérios objetivos e que tenham em consideração o mérito e a capacidade dos postulantes.

A consagração do concurso público na Constituição de 1934 não ocorreu por acaso. Getúlio Vargas chegou ao poder com a promessa de que combateria o coronelismo (modelo patrimonialista) e promoveria a reforma da Administração Pública, estruturando e qualificando o serviço público federal a partir da adoção de critérios racionais (modelo burocrático). Ainda que de forma tardia, em comparação com Europa e Estados Unidos, as ideias de Max Weber finalmente seriam aplicadas no país.

O concurso público era um dos símbolos maiores deste novo momento da Administração Pública no Brasil: os cargos públicos passariam a ser providos a partir de um procedimento de seleção que permitisse o acesso de todas as pessoas que estivessem tecnicamente qualificadas para o desempenho das tarefas estatais, fossem elas provenientes ou não das classes mais privilegiadas (superando a era dos cavaleiros). E, *a priori*, a definição de quem lograria êxito dependeria apenas do talento, do esforço e da disciplina dos candidatos.

Assim, o modelo burocrático consagrou o sistema de acesso meritório mediante o estabelecimento de procedimentos seletivos detalhados, com a previsão de regras de concorrência, o que serviria para afastar a arbitrariedade da decisão e o risco da admissão de pessoas sem preparo técnico.

Assim, em teoria, a escolha dos que seriam contemplados com cargos públicos não mais dependeria de considerações pessoais dos governantes. Nestes termos, “a burocracia profissional adquire, desta maneira, um novo estatuto jurídico sobre bases objetivas, de mérito e capacidade, as mesmas que seguem proclamando as Constituições democráticas de nossos dias”.²⁷

É inegável que o acesso meritório aos cargos público, historicamente considerado, é uma das maiores conquistas da humanidade, pois, ao mesmo que freou o arbítrio, qualificou o nível dos servidores públicos, que passaram a ser selecionados a partir de critérios técnicos e de forma impessoal. Todavia, se a burocracia trouxe muitas vantagens, tais como a imparcialidade, a objetividade, a previsibilidade dos comportamentos, a

²⁶ LOBELLO DE OLIVEIRA ROCHA, Francisco. *Regime jurídico dos concursos públicos*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 52.

²⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 25, tradução do autor.

racionalidade, o profissionalismo, etc., com reflexos muito positivos no acesso à função pública, que passou a ser impessoal e meritório, também é correto afirmar que o modelo mencionado teve seus inconvenientes, para a gestão pública em geral, e para o acesso à função pública, de forma particular. No contexto geral, a burocracia produziu uma máquina administrativa lenta, que não conseguiu transitar com êxito pelos tortuosos e inevitáveis trâmites estabelecidos em uma regulamentação excessivamente detalhista.

Surge então um paradoxo: a necessidade do detalhismo regulamentar, que foi uma das grandes virtudes da burocracia, pois serviu para frear a arbitrariedade dos governantes, garantindo os direitos dos cidadãos, também foi um de seus principais inconvenientes, já que saturou a Administração, que não conseguiu conciliar o cumprimento de procedimentos rígidos e a necessária eficácia de suas atuações. Ademais, no contexto da seleção dos servidores estatais, com o surgimento de um Estado Administrativo, o problema do favorecimento no provimento dos cargos públicos não acabou, pois ainda existia “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”.²⁸

Assim, mesmo no contexto burocrático, conforme advertia o jurista mineiro Vítor Nunes Leal, a distribuição sem critérios técnicos de cargos públicos continuou sendo uma prática bastante utilizada, uma vez que as motivações político-eleitorais sempre falaram mais alto: “se os próprios governos federal e estaduais têm tanta dificuldade em conseguir funcionários capazes, por isso mesmo improvisando técnicos em tudo da noite para o dia, imagine-se o que será dos municípios mais atrasados”.²⁹ Portanto, lamentavelmente, “não se pode dizer, assim, que o ciclo patrimonialista da Administração Pública tenha sido superado com uma revolução democrática instantânea”.³⁰ Portanto, durante o transcorrer do século XX, onde houve o apogeu da era do mérito, os concursos públicos, “notadamente para os cargos iniciais do serviço, aconteciam com frequência. Por outro lado, a velha cultura do favorecimento também aparecia no dia a dia de uma administração pública mesclada pela racionalidade instrumental e as velhas práticas patriarcais”.³¹

No contexto brasileiro, após uma fase de apogeu do processo de universalização do acesso meritório à função pública (especialmente após a Constituição de 1988), a era do mérito passa ser contaminada por nova onda de favorecimentos, que muitas vezes vêm sendo perpetrados a partir da utilização indevida e excessiva de expedientes legitimados pelo ordenamento jurídico-constitucional, como são os casos do cargo em comissão e da contratação temporária.

De situações excepcionais, tais institutos, em várias situações, passaram a ser mais utilizados que o próprio concurso público, fazendo com que, diante destes abusos, as instituições jurídicas precisassem se posicionar, como se deu em relação aos cargos em

²⁸ GOUVÊA, Gilda Portugal. *Burocracia e elites burocráticas no Brasil*. São Paulo: Pauliceia, 1994, p. 80.

²⁹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 60.

³⁰ BATISTA GOMES MOREIRA, João. *Op. cit.*, p. 124.

³¹ GUEDES, Paulo; HAZIN, Elizabeth. *Machado de Assis e a Administração Pública Federal*. Edições do Senado Federal, Brasília, 2006, p. 61.

comissão, que exigiu que o Supremo Tribunal Federal (STF) dissesse o óbvio, reforçando seu caráter excepcional.³² Por sua vez, no tocante à contratação temporária, onde embora haja um processo seletivo, este muitas vezes não guarda as exigências do concurso público (como a realização de provas). Assim, em diversos momentos, o Tribunal de Contas da União também teve que evidenciar que o citado expediente administrativo, previsto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, deve ser utilizado apenas para os casos de necessidade temporária de excepcional interesse público.³³

Também devem ser destacadas outras figuras jurídicas que vêm gerando a diminuição no número de concursos públicos (e de servidores públicos de carreira) na Administração Pública brasileira: a terceirização e a contratação de entidades do terceiro setor. Perceba-se que tais expedientes foram potencializados nas últimas duas décadas, viabilizando admissão de pessoal no setor público com quase nenhuma preocupação com a impessoalidade e com a eficiência (com a diversidade, nem de longe). Enquanto a nova normativa federal sobre os contratos de terceirização (Decreto Federal nº 9.507/18) passou a estabelecer apenas os casos em que não se poderia utilizar o citado instituto, alargando as hipóteses previstas na regulamentação anterior (Decreto Federal nº 2.271/97), que apenas apontava alguns casos excepcionais em que a terceirização poderia ser realizada (basicamente, atividades administrativas acessórias), os contratos com as entidades do terceiro setor (organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e organizações da sociedade civil) passaram a estabelecer a possibilidade de celebração de parcerias, transferindo às referidas entidades da sociedade civil serviços que vinham sendo prestados pelo Estado e por seus servidores (como hospitais, creches e escolas públicas). Atente-se para o fato de que os colaboradores que irão trabalhar nos equipamentos públicos que passaram a ser geridos pelas entidades do terceiro setor serão livremente selecionados, sem processo seletivo de caráter público e isonômico, criando um espaço propício para politicagem e favorecimentos. Ademais, não terão qualquer garantia de independência (o que a estabilidade proporciona), o que os fragiliza em suas relações com o poder e com os cidadãos.

Esta precarização excessiva seria consagrada no texto constitucional caso fosse aprovada a Proposta de Emenda Constitucional nº 32/2020 (encaminhada na gestão do presidente Bolsonaro), que previa, com inspiração claramente neoliberal, a adoção da subsidiariedade como um dos novos princípios da Administração Pública. Neste contexto, “caberia ao Estado tão somente deixar que a sociedade civil e o mercado resolvessem seus próprios problemas; somente no caso excepcionalíssimo de a sociedade ou o mercado não conseguirem resolver os seus problemas é que o Estado deve atuar”.³⁴

Conforme se verifica, o discurso que postula a redução da atuação do Estado é avassalador e tem várias frentes. Dentre os argumentos apontados pelos neoliberais, sempre surgem aqueles que afirmam que o número de servidores públicos no Brasil

³² Supremo Tribunal Federal, tema 1010, de Repercussão Geral, Leading Case RE 1041210, relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 06.09.2018.

³³ Tribunal de Contas da União, Acórdão 527/2013-Plenário, relator Ministro André de Carvalho, sessão de 13.03.2013.

³⁴ FERNANDES, Érika Capella; NOHARA, Irene Patrícia. Retrocessos da posituação do princípio da subsidiariedade: a inconstitucionalidade da reforma pretendida pela PEC 32/2020. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 3, p. 219-235, dez. 2023, p. 219.

é muito elevado e que quem trabalha na Administração Pública recebe salários muito superiores aos pagos aos trabalhadores da iniciativa privada.

Os dois argumentos são inverídicos: em primeiro, o número de servidores públicos no Brasil (11,3 milhões, nas três esferas de governo) é, percentualmente, bastante inferior ao da média dos países da OCDE: se no Brasil os servidores correspondem a 12,45% da força total de trabalho do país, na média, os países da OCDE têm, no mercado de trabalho, 23,48% de servidores.³⁵

Ademais, mais de 92% dos servidores públicos no Brasil estão nos municípios (61,6%) e nos Estados (30,5%). Nestes entes, especialmente no Poder Executivo (onde está concentrada a maioria esmagadora dos servidores, no caso, 94,2%), em média, os salários são baixos (R\$ 6.000 no âmbito estadual e R\$ 3.000 no municipal). Assim, segundo os dados oficiais (do ano 2021), há um número insuficiente de servidores públicos no Brasil e os salários pagos estão longe de serem excessivos.³⁶

Assim, como se vê, são vários os riscos que o acesso meritório vem sofrendo no Brasil, inclusive aqueles que impedem a realização de concursos públicos. De volta à meritocracia, esta criou uma crença inabalável de que, a partir da definição de regras objetivas e iguais para todos os que queiram competir por algum bem da vida (no caso, um cargo público), os melhores (mais esforçados e disciplinados) seriam sempre selecionados, e isto passou a ser considerado o ideal. Neste sentido:

Meritocracia pode ser compreendida como um sistema de hierarquização e premiação baseado nos méritos pessoais de cada indivíduo. Etimologicamente, vem do latim *meritum* (mérito) e *cracia* (“poder”). O poder do mérito está assentado na suposição de qualidades individuais, resultado dos seus esforços e dedicações. Este termo foi utilizado pela primeira vez por Michael Young, no livro *Rise of the Meritocracy* (Levantar da Meritocracia), publicado em 1958. Nesse livro de Young, o mérito é entendido como um termo pejorativo, uma vez que se relacionava com a narração de uma sociedade que seria segregada, tendo como base dois principais aspectos: a inteligência (QI elevado) e um grande nível de esforço. As melhores posições hierárquicas estariam condicionadas às pessoas que apresentam os melhores valores educacionais, morais e aptidões técnicas ou profissionais específicas e qualificadas em determinada área (...) A meritocracia pode ser compreendida como o tutano do liberalismo.³⁷

Logo, apesar das inegáveis conquistas da adoção da meritocracia (ainda mais destacadas quando comparadas às desvantagens do antigo sistema de favorecimentos pessoais), esta concepção liberal, que substituiu a velha aristocracia pela elite meritocrática, ao não levar em consideração condicionantes sociais, gerou outra grande limitação da era do mérito, que foi sua incapacidade de resolver os problemas da exclusão e baixa representatividade de vários segmentos da sociedade civil na Administração Pública, circunstâncias que geraram o surgimento de uma nova era, conforme se verá.

³⁵ Matéria “Brasil tem menos servidores que EUA, Europa e países vizinhos”, escrita por Alexa Salomão e publicada em 30.07.2023 na Folha de São Paulo, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/07/brasil-tem-menos-servidores-que-eua-europa-e-paises-vizinhos.shtml#:~:text=Na%20m%C3%A9dia%20dos%20pa%C3%ADses%20da,48%25%20do%20total%20de%20trabalhadores,> acesso em: 2 fev. 2024.

³⁶ Atlas do Estado brasileiro, IPEA, disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasestado/>, acesso em: 2 fev. 2024.

³⁷ BENTO, Berenice. Crítica da crítica à meritocracia, texto publicado em 19.05.2021 no site UnB Notícias, disponível em: <https://noticias.unb.br/artigos-main/4976-critica-da-critica-a-meritocracia>, acesso em: 1 fev. 2024.

5 A era da diversidade e suas exigências no século XXI

A quarta e atual era do provimento dos cargos públicos pode ser chamada de era da diversidade, que surgiu a partir de novas reivindicações da sociedade civil que ultrapassam a concepção tradicional de meritocracia, que, sendo baseada apenas na ideia de que a competição deve ser pautada na igualdade formal (igualdade de todos perante a lei), não consegue gerar uma administração pública com a diversidade que traduza a heterogeneidade da sociedade.

Nos últimos tempos, o dogma da meritocracia passou a ser seriamente criticado, sob o argumento legítimo de que, em uma sociedade tão desigual como a brasileira, apenas reconhecer o mesmo direito de acesso indistintamente a todas as pessoas, sem levar em consideração condições reais que as desigalam na disputa, como renda, gênero, raça, condição física, formação educacional e discriminações sofridas, é o mesmo que garantir o êxito (ingresso no serviço público) apenas para os mais privilegiados. Em outras palavras, na meritocracia, antes de começar a competição, salvo alguns raros azarões (como exceções que confirmam a regra), ainda que não se saiba quem serão os vencedores, praticamente já se sabe de que grupos eles virão. Assim, os críticos do sistema meritocrático consideram que não seria socialmente justo que o berço, a sorte e o talento tenham um peso absolutamente decisivo na definição dos que terão êxito (no nosso caso, de quem serão os futuros servidores públicos). Neste contexto, convém que seja apresentado um resumo das críticas à meritocracia:

Nas últimas décadas a brecha entre os vencedores e os perdedores aumentou, gerando sociedades mais polarizadas e desiguais em rendimentos e riqueza. A conceitualização do sucesso também mudou: “Os que chegaram no topo acreditam que seu sucesso é obra sua, evidência de seu mérito superior, e que os que ficam para trás merecem seu destino da mesma forma”, diz o filósofo da Universidade Harvard Michael Sandel, prêmio Princesa de Astúrias de Ciências Sociais 2018 e autor do livro *A Tirania do Mérito* (Editora Civilização Brasileira, 2020). A realidade é que as coisas não são tão simples e a igualdade de oportunidades não existe. (...) Não é a mesma coisa nascer em um país desenvolvido onde é possível construir uma carreira bem-sucedida e em um país onde tudo é mais difícil. Os golpes de sorte muitas vezes são cruciais na trajetória das pessoas. O talento tem ótima fama, mas sequer é merecido, e sim inato. Não basta ter talento, e sim descobri-lo e encontrar o ambiente adequado ao seu desenvolvimento. (...) Nesse sentido, a meritocracia pode corroer as políticas sociais, o Estado de bem-estar, idealizados, justamente, para equilibrar o terreno social e diminuir as desigualdades.³⁸

Pioneiro nesta discussão e inventor do termo “meritocracia”, o sociológico britânico Michael Young fala em “arrogância meritocrática das elites”, ressaltando que seus integrantes creem que, diante de seu intelecto e formação educacional superiores, não precisam se envolver em discussões sérias como pessoas socialmente inferiores. “Hoje, pessoas renomadas sabem que sucesso é apenas recompensa por sua própria capacidade, por seus próprios esforços e por sua própria realização inegável. Elas merecem pertencer

³⁸ FANJUL, Sergio C. A meritocracia é uma armadilha, texto publicado em 18.07.2021 no sítio eletrônico de El País, disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-07-18/a-meritocracia-e-uma-armadilha.html>, acesso em: 1 fev. 2024.

a uma classe superior.”³⁹ Por sua vez, o professor de Filosofia de Harvard Michael J. Sandel ressalta que “ser pobre em uma meritocracia é desmoralizante”. Ele explica:

Se, em uma sociedade feudal, você nascesse em condição de servidão, mas não se sentiria oprimida ou oprimida pelo pensamento de que a responsabilidade por estar nessa posição de subordinação é sua. E nem trabalharia acreditando que a pessoa proprietária de terras para quem labuta alcançou sua posição por ser mais capaz e por ter mais talento do que você. Saber que essa pessoa não merecia mais que você, apenas tinha mais sorte. Se, ao contrário, você estivesse na base de uma sociedade meritocrática, seria difícil resistir ao pensamento de que sua desvantagem era, pelo menos em parte, resultado de suas ações, um reflexo do fato de você não conseguir demonstrar talento e ambição suficientes para estar à frente. Uma sociedade que permite às pessoas ascender, e que honra a ascensão, apresenta um veredicto duro sobre aquelas que não conseguem fazer isso.⁴⁰

De acordo com Daniel Markovits, o ideal meritocrático se converteu em um princípio básico da “religião civil de todas as sociedades avançadas”. A meritocracia promete promover a igualdade de oportunidades, “abrindo uma elite anteriormente hereditária a estranhos, armados apenas com seus próprios talentos e ambições”. Todavia, a meritocracia não funciona como prometido. Ressalta o professor de Direito de Yale que:

hoje, as crianças da classe média perdem para as crianças ricas na escola, e os adultos da classe média perdem para os graduados da elite no trabalho. A meritocracia bloqueia as oportunidades da classe média. Depois culpa aqueles que perdem uma competição por rendimento e estatuto que, mesmo quando todos cumprem as regras, só os ricos podem vencer.⁴¹

Analisando o contexto britânico, James Bloodworth acredita que, nos quadros da meritocracia, as chances de mobilidade social são baixas: “uma criança inteligente, mas pobre, raramente subirá a escada, a menos que um de seus colegas mais acima a ultrapasse na descida”.⁴² Se isto acontece na Grã-Bretanha, em países em desenvolvimento, a situação é ainda mais crítica, tendo em vista, dentre outros fatores, as falhas gritantes do sistema educacional.

As críticas à meritocracia coexistem com a luta contra a discriminação e exclusão e com uma demanda de assimilação e de ocupação de espaços decisórios. Os “novos candidatos à cidadania”⁴³ são as mulheres, os negros, os indígenas, as pessoas com deficiência, as pessoas com vulnerabilidade social, os estrangeiros, as minorias religiosas e outros segmentos da sociedade civil que lutam por inclusão. Nos quadros

³⁹ YOUNG, Michael. *The rise of the meritocracy*. Penguin Books, Harmondsworth, 1958, p. 106, tradução livre do autor.

⁴⁰ SANDEL, Michael J. *A tirania do mérito. O que aconteceu com o bem comum?* Civilização brasileira, tradução de Bhuvi Libanio, 6. ed. Rio de Janeiro, 2021, p. 173.

⁴¹ MARKOVITS, Daniel. *The Meritocracy Trap. How America's foundational myth feeds inequality, dismantles the middle class and devours the elite*. New York: Penguin Books, 2019, p. IX, tradução livre do autor.

⁴² BLOODWORTH, James. *The myth of meritocracy*. London: Bitevack Publishing, 2016, p. 60

⁴³ DEMANT, Peter. Direitos para os excluídos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2016, p. 373.

da Administração Pública, muitas vezes não se pode dizer sequer que alguns destes segmentos são invisibilizados; eles sequer existem. Convém destacar que:

Uma das maiores limitações do movimento rumo à igualdade que se deu ao longo do século passado foi ter muitas vezes se restringido a uma igualdade formal. Em resumo, proclamamos o princípio teórico da igualdade de direitos e oportunidades, independentemente de origens, mas sem oferecer os meios de verificar se esse princípio corresponde ou não à realidade. Se desejamos atingir a igualdade real, é urgente desenvolver indicadores e procedimentos que permitam combater as discriminações de gênero, sociais e etnorraciais, que são endêmicas em quase todos os lugares.⁴⁴

É aquela frase famosa que George Orwell colocou em seu livro *A revolução dos bichos*: “os animais são todos iguais, mas uns mais iguais que os outros”. Esta estratificação social produziu um abismal desequilíbrio de forças entre as pessoas, e isto tende a aumentar cada vez mais: “se os novos tratamentos para prolongar a vida e aprimorar habilidades físicas e cognitivas forem dispendiosos, o gênero humano poderia se dividir em castas biológicas”.⁴⁵

No concurso público, durante muito tempo, era exatamente isto que acontecia: apenas os integrantes das classes mais abastadas conseguiam ser aprovados nos certames (especialmente aqueles voltados para os postos mais altos do Estado, com as mais elevadas remunerações). Cada vez mais concorridos, os concursos públicos demandavam uma preparação longa e cara, o que não era permitido a muitos que não podiam se dar ao luxo de se dedicar exclusivamente ao estudo para as provas. Como resultado, as elites se perpetuavam no poder, não apenas político, mas também administrativo. Acerca do altíssimo custo de preparação para os concursos públicos brasileiros, em especial, aqueles voltados para a área jurídica, ressalte-se que “o total dos gastos na preparação para um único concurso, para os candidatos que passaram por todas as fases da seleção, é estimado, em média, em cerca de R\$ 36 mil – mediana em R\$ 30 mil (CAMPOS e CUNHA, 2020a)”.⁴⁶

Assim, na era da diversidade, impõe-se que o Estado desenvolva políticas públicas voltadas para a qualificação da participação de candidatos financeiramente hipossuficientes nos processos seletivos, proporcionando-lhes maiores chances de disputarem as vagas ofertadas pela Administração Pública em condições de igualdade real com candidatos em melhor situação econômica. Isto pode acontecer a partir do estímulo à criação de cursos preparatórios para os concursos públicos exclusivos para pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica ou mesmo via concessão de bolsas de estudos para tais pessoas.⁴⁷ A Administração Pública, além de criar e manter

⁴⁴ PIKETTY, Thomas. *Uma breve história da igualdade*. Trad. Maria de Fátima Oliva do Coutto. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022, p. 187.

⁴⁵ HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Trad. Paulo Geiger. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 103.

⁴⁶ SILVA, Tatiana Dias; CAMPOS, André Gambier; AVELAR, Adriana; ARAÚJO, Carla. Custos de um Concurso para a Magistratura: uma análise a partir da perspectiva de inclusão racial. *Boletim de Análise Político-Institucional*, IPEA, n. 31, dez. 2021, texto disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11039/13/bapi_31_custos_concurso.pdf, acesso em: 2 fev. 2024.

⁴⁷ Vide notícia “Prefeitura de Palmeira dos Índios lança Cursinho Preparatório Gratuito para Concurso Público 2024”, publicada em 03.12.2023, no site na Prefeitura de Palmeira dos Índios (<https://palmeiradosindios.al.gov.br>), acesso em: 6 fev. 2024.

estes cursinhos, também pode apoiar entidades do terceiro setor ou mesmo empresas privadas que resolverem adotar tais iniciativas. Este é o papel do fomento estatal.

Ademais, devem ser tomadas medidas visando a redução das despesas dos candidatos. Neste contexto, destaque para leis como a Lei Federal nº 13.656, de 30 de abril de 2018, que isenta do pagamento da taxa de inscrição em concursos públicos “os candidatos que pertençam a família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico), do Governo Federal, cuja renda familiar mensal per capita seja inferior ou igual a meio salário-mínimo nacional”.

Acrescente-se que também devem ser concebidas iniciativas que reduzam as despesas dos candidatos com viagens necessárias à participação nas fases do concurso, circunstância que muitas vezes inviabiliza por completo a aprovação de candidatos mais pobres. Daí a importância de se pensar o concurso público eletrônico, que dispensaria o deslocamento geográfico de candidatos em todas ou em algumas fases da disputa.⁴⁸ Uma iniciativa para reduzir custos dos candidatos que já vem sendo aplicada é o Decreto Federal nº 11.722, de 28 de setembro de 2023, que prevê a figura do Concurso Nacional Unificado, que “consiste em modelo de realização conjunta de concursos públicos para o provimento de cargos públicos efetivos no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, mediante a aplicação simultânea de provas em todos os Estados e no Distrito Federal”.

Mas há esperança: depois de a humanidade ter passado milênios sofrendo e até mesmo aceitando situações de exclusão, “a história do século XX girou em grande medida em torno da redução da desigualdade entre classes, raças e gêneros”.⁴⁹ O surgimento do Estado Social, de caráter intervencionista, foi decisivo para esta tentativa de reequilíbrio de forças e representatividade na sociedade. Neste sentido, pode-se afirmar que “uma das manifestações mais relevantes no desenvolvimento do papel do Estado como promotor de transformações sociais é a utilização da tese da igualdade de oportunidades. Essa ideia, que consiste em situar a todos os indivíduos em iguais pontos de partida, tem particular aplicação nas situações onde há pessoas em competição”.⁵⁰

Para viabilizar a igualdade de oportunidades, foram criadas as ações afirmativas, que, nas palavras do primeiro negro a presidir o Supremo Tribunal Federal brasileiro, “são políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física”.⁵¹

A respeito do ex-Ministro Joaquim Barbosa, que em 22 de novembro de 2012 se tornaria ainda o primeiro presidente negro do STF, a partir da análise de sua trajetória, vê-se o quadro de exclusão que atinge os negros, que, embora correspondam a um grande contingente da população brasileira, não estão bem representados nos quadros dos poderes estatais. Neste sentido, ressalte-se que as políticas afirmativas,

⁴⁸ Vide CARVALHO, Fábio Lins de Lessa Carvalho. Concursos públicos eletrônicos. Perspectivas para o uso de novas tecnologias da informação nos processos seletivos de acesso à função pública no Brasil. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa et al. (coord.). *Direito Administrativo e Novas Tecnologias*. Curitiba: Juruá, 2022.

⁴⁹ HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Trad. Paulo Geiger. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 103.

⁵⁰ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Igualdade, discriminação e concurso público*. Maceió: Viva, 2015, p. 56.

⁵¹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6.

que começaram a tomar corpo em 2003, se tornariam instrumentos de referência no enfrentamento da discriminação e na consolidação da democracia brasileira. Nas palavras do próprio Joaquim Barbosa, “quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre o discriminador e o discriminado”.⁵²

Nos Estados Unidos, país precursor das *affirmative actions*, o panorama desta nova era assim se anuncia: “A próxima fase da administração pessoal no serviço público deve centrar-se na criação de um local de trabalho diversificado, inclusivo e equitativo. Os benefícios da diversidade são inquestionáveis”.⁵³

No Brasil, há importantes iniciativas que procuram garantir o acesso aos cargos públicos de segmentos historicamente discriminados. É o caso das cotas para pessoas com deficiência, previstas no art. 37, VIII, da Constituição Federal, e das cotas raciais, previstas para os concursos públicos federais e de outros entes federativos (na União, foram instituídas por 10 anos pela Lei Federal nº 12.990/2014 e alcançam 20% das vagas), e que, nos termos do PL nº 1.958/2021, serão renovadas desta vez por 25 anos e com ampliação para 30% da reserva de vagas em concursos públicos para candidatos negros (deste percentual, a metade será exclusivamente destinada a mulheres negras, podendo ser redistribuída aos homens em situações sem candidatas suficientes). O projeto de lei em comento ainda prevê a reserva de vagas para indígenas e quilombolas nos concursos públicos, mas não especifica percentual, que deverá ser estabelecido em regulamento. Também há proposta para em relação aos concursos para cargos efetivos no Ministério dos Povos Indígenas e na Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), que prevê uma reserva de vagas entre 10% e 30% destinadas a pessoas indígenas.⁵⁴

Convém registrar que tão ou mais importante que a lei de cotas raciais nos concursos públicos é a lei de cotas raciais e sociais nas universidades públicas e institutos superiores. Nos dez primeiros anos das cotas raciais nas universidades públicas federais (Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012), houve um importante incremento de pessoas negras nos cursos superiores. Em 2018, pela primeira vez na história, o número de matrículas de estudantes pretos e pardos superou o de brancos nas universidades públicas federais, chegando a 50,3% das vagas. É evidente que o aumento de pessoas negras nas universidades seria um importante aspecto para incrementar a representatividade de tais pessoas no serviço público.

Tais ações afirmativas (a lei de cotas raciais nas universidades públicas e no concurso público) já vêm apresentando resultados positivos, mas ainda longe de gerar uma proporcional representatividade dos negros no serviço público federal. De acordo com os números do Atlas do Estado Brasileiro, organizado pelo Ipea (Instituto de Pesquisa

⁵² Texto Ministro negro quebra tabu no STF, publicado em 05.06.2003 no site Memorial da Democracia, disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/ministro-negro-quebra-tabu-no-stf#:~:text=De%20origem%20humilde%2C%20Barbosa%20%C3%A9,no%20cargo%20em%2066%20anos&text=Sessenta%20e%20seis%20anos%20ap%C3%B3s,da%20mais%20alta%20corte%20nacional>, acesso em: 1 fev. 2024.

⁵³ MALONE, Patrick S. *Diversity, the Newest Era in Public Personnel Administration*, PA Times, American Society for Public Administration, texto publicado em 13.03.2023, disponível em: <https://patimes.org/diversity-the-newest-era-in-public-personnel-administration/>, acesso em: 31 jan. 2024.

⁵⁴ Concursos: PL que amplia cota de negros para 30% avança no Senado, notícia publicada em 15.12.2023, no site Folha Dirigida, disponível em: <https://folha.qconcursos.com/n/concursos-pl-que-amplia-cota-racial-avanca-no-senado>, acesso em: 1 fev. 2024.

Econômica Aplicada, ligado ao Ministério da Economia), a partir de 2014, o ingresso de pessoas negras aumentou no serviço público federal. Ou seja, entre as pessoas que passaram em concursos, a proporção de negros subiu. “Entre 2008 e 2013, pessoas pretas e pardas representaram cerca de 30% dos novos contratados no quadro do governo federal. Entre 2014 e 2020, esse número subiu para 40%”.⁵⁵

Em relação às pessoas com deficiência, já há estatísticas que apontam sua maior presença no setor público, embora tais cifras sejam insignificantes quando comparadas ao número de pessoas com deficiência na sociedade brasileira. “As informações mostram que o número de pessoas com deficiência no serviço público federal cresceu de 3.942 em dezembro de 2014 para 6.720 em junho de 2023, uma variação de 70%”.⁵⁶

Por sua vez, as mulheres representam outro segmento da sociedade civil que ainda precisa receber uma atenção especial para garantir a tão esperada diversidade nos quadros de servidores da Administração Pública. Todavia, tal afirmação se aplica com mais intensidade nos cargos que não dependem de concurso público, posto que, em relação aos cargos efetivos, as mulheres já vêm alcançando resultados expressivos, sendo maioria em várias carreiras públicas. O problema reside nos cargos em comissão e funções gratificadas, especialmente as do alto escalão, que dependem de indicações políticas, que, em geral, ainda discriminam as mulheres. Sobre esta constatação, “as mulheres são maioria no serviço público, representando 55% do funcionalismo (federal, estadual e municipal). No entanto, 60,9% dos cargos gerenciais, incluindo o setor público e o privado, eram ocupados por homens e, apenas, 39,1% pelas mulheres, em 2016”.⁵⁷

Só para citar um exemplo do tratamento conferido às mulheres: no início do governo Bolsonaro em 2019, eram apenas 2 ministras e 22 ministros. Neste contexto, registre-se que “na média, a taxa internacional é de 20,7% dos ministérios ocupados por mulheres. No Brasil, o índice é de apenas 9%, ficando atrás de Sudão, Camboja, Filipinas, Laos, Síria, Argélia, Gabão, Afeganistão”.⁵⁸

Em relação às carreiras jurídicas, tem crescido significativamente o número de mulheres, como é o caso do incremento de juízas no país. Todavia, nas instâncias superiores do Judiciário, este número ainda é muito pequeno, o que vem demandando iniciativas para equacionar este problema. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a presidência da ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), Rosa Weber, aprovou, por maioria, a criação da regra que promove a paridade de gênero no preenchimento de vagas de juízes da segunda instância nos tribunais federais, estaduais, militares e trabalhistas,

⁵⁵ Matéria “Qual o efeito da cota racial no setor público. E como aprimorá-la”, publicada em 23.08.2022 no site Nexo, disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2022/09/23/Qual-o-efeito-da-cota-racial-no-setor-p%C3%ABlico.-E-como-aprimor%C3%A1-la>, acesso em: 1 fev. 2024.

⁵⁶ Matéria “Número de pessoas com deficiência no serviço público federal cresceu 70% entre 2014 e 2023”, publicada em 21.09.2023 no site da Secretaria de Comunicação da Presidência da República, disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias/2023/09/numero-de-pessoas-com-deficiencia-no-servico-publico-cresceu-70-entre-2014-e-2023>, acesso em: 2 fev. 2024.

⁵⁷ COLUCCI, Bruna Colucci; TELLES, Raissa M.; SOUZA, Stefani. O papel da mulher na gestão pública: uma discussão sobre os espaços de liderança, publicado por Coisa Pública em 06.07.2023, disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/coisapublica/2023/09/06/o-papel-da-mulher-na-gestao-publica-uma-discussao-sobre-os-espacos-de-lideranca/>, acesso em: 1 fev. 2024.

⁵⁸ Matéria “Participação de mulheres no governo Bolsonaro é uma das menores do mundo”, publicada no site da Confederação Nacional de Trabalhadores em Saúde, em 13.03.2019, disponível em: <https://cnts.org.br/noticias/participacao-de-mulheres-no-governo-bolsonaro-e-uma-das-menores-do-mundo/>.

nas promoções por merecimento. De acordo com dados do levantamento Justiça em Números, do CNJ, apenas 38% da magistratura, composta por cerca de 18 mil juízes, é formada por mulheres. Enquanto entre desembargadores, as mulheres representam 25% e, entre os ministros de cortes superiores, esse percentual é ainda menor, de 18%.⁵⁹

6 Algumas conclusões

Assim, o provimento dos cargos públicos na era da diversidade tem que enfrentar inúmeros desafios para conseguir melhorar a representatividade de diversos segmentos da sociedade, até mesmo porque “a meritocracia, apesar das aparentes e ruidosas críticas, continua soberana e rindo daqueles que supõem que haverá, nos marcos do capitalismo, lugar para todos/as”.⁶⁰

Registre-se ainda que os argumentos das pessoas contrárias às cotas, de que os candidatos que são alcançados por alguma ação afirmativa no concurso público e que venham a ser aprovados estariam sendo favorecidos, e que a Administração Pública estaria selecionando servidores menos eficientes, o que iria de encontro à finalidade do concurso, representam um discurso duplamente equivocado.

Primeiro, porque a ação afirmativa concede qualquer privilégio ou benesse, já que o que a cota pretende apenas é dar um tratamento desigual a pessoas em situação de desigualdade. Os cotistas, em que pesem também participarem da disputa da ampla concorrência, sujeitam-se a uma competição específica, com outros candidatos que também estão sob condições similares de desvantagem. O exemplo das pessoas com deficiência é emblemático neste sentido.

Em relação ao segundo argumento, na realidade, todos os candidatos, para serem aprovados no concurso, devem alcançar o desempenho mínimo indicado pelo edital. A partir deste índice, todos estariam aptos a exercer as atribuições do cargo público. Ademais, com a era da diversidade, às duas finalidades tradicionais do concurso público (impessoalidade e eficiência) é acrescida uma nova: a concretização do dever constitucional de inclusão (faceta da igualdade material), algo indispensável para garantir a legitimidade e representatividade da atuação administrativa do Estado.

Por fim, verifica-se que, no contexto brasileiro, tão marcado pelas desigualdades sociais, culturais e econômicas, as conquistas da era do mérito no tocante ao acesso aos cargos públicos devem ser preservadas e aperfeiçoadas: se é imprescindível que não sejam dados passos para trás no tocante à universalização do acesso impessoal (o que já está acontecendo, conforme visto neste estudo), também se faz necessária a valorização da diversidade e da representatividade na composição dos quadros de servidores públicos no país.

⁵⁹ Matéria “CNJ aprova regra de gênero para ampliar número de juízas”, publicada em 26.09.2023 no site Agência Brasil, disponível em: [⁶⁰ BENTO, Berenice. Crítica da crítica à meritocracia, texto publicado em 19.05.2021 no site UnB Notícias, disponível em:](https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-09/cnj-aprova-regra-de-genero-para-ampliar-numero-de-juizas#:~:text=A%20aprova%C3%A7%C3%A3o%20da%20medida%20pelo,ju%C3%ADzes%2C%20%C3%A9%20formada%20por%20mulheres, acesso em: 2 fev. 2024.</p></div><div data-bbox=)

Referências

- BARRETO, Lima. *Os Bruzundangas*. Obra de domínio público, 1922.
- BLOODWORTH, James. *The myth of meritocracy*. London: Bitevack Publishing, 2016.
- CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Concursos públicos no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Concursos públicos eletrônicos. Perspectivas para o uso de novas tecnologias da informação nos processos seletivos de acesso à função pública no Brasil. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa et al. (coord.). *Direito Administrativo e Novas Tecnologias*. Curitiba: Juruá, 2022.
- CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Igualdade, discriminação e concurso público*. Maceió: Viva, 2015.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos; LINS JÚNIOR, George Sarmento. A ocupação dos cargos públicos ao longo da história brasileira: o concurso público como instrumento jurídico por excelência para a escolha dos agentes públicos. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos. *Direito dos Concursos Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- DEMANT, Peter. Direitos para os excluídos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2016.
- DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e neopatrimonialismo. In: AVRITZER, Leonardo et al. (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- FIGUEIREDO, Luciano Raposo. A corrupção no Brasil Colônia. In: AVRITZER, Leonardo et al. (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 212.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.
- FERNANDES, Érika Capella; NOHARA, Irene Patrícia. Retrocessos da positividade do princípio da subsidiariedade: a inconstitucionalidade da reforma pretendida pela PEC 32/2020. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 3, p. 219-235, dez. 2023.
- FRANCO, Maria Sylvania de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. ed. São Paulo: Editora Unesp, 1997.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GOUVÊA, Gilda Portugal. *Burocracia e elites burocráticas no Brasil*. São Paulo: Pauliceia, 1994.
- GUEDES, Paulo; HAZIN, Elizabeth. *Machado de Assis e a administração pública federal*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2006.
- HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Trad. Paulo Geiger. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- LOBELLO DE OLIVEIRA ROCHA, Francisco. *Regime jurídico dos concursos públicos*. São Paulo: Dialética, 2006.
- MALONE, Patrick S. Diversity, the Newest Era. In: Public Personnel Administration, PA Times, American Society for Public Administration, texto publicado em 13.03.2023, disponível em: <https://patimes.org/diversity-the-newest-era-in-public-personnel-administration/>, acesso em: 31 jan. 2024.

MARKOVITS, Daniel. *The Meritocracy Trap*. How America's foundational myth feeds inequality, dismantles the middle class and devours the elite. New York: Penguin Books, 2019.

PIKETTY, Thomas. *Uma breve história da igualdade*. Trad. Maria de Fátima Oliva do Coutto. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022.

PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras.

RIBEIRO, Celso Diniz. Escritores diplomatas: a trajetória do trabalho intelectual brasileiro no século XIX. *IPOTESI*, Juiz de Fora, v. 21, n. 2, p. 84-96, jul./dez. 2017.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

SANDEL, Michael J. *A tirania do mérito*. O que aconteceu com o bem comum? Tradução de Bhuvli Libanio. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2021.

YOUNG, Michael. *The rise of the meritocracy*. Harmondsworth: Penguin Books, 1958.

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

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Do mérito à diversidade: uma nova era no provimento dos cargos públicos no Brasil. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 153-171. ISBN 978-65-5518-820-2.

DESAFIOS DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

CIBELE FERNANDES DIAS

1 Introdução

O princípio federal constitui o fundamento da engrenagem de repartição de competências e rendas prevista na Constituição de 1988. A estrutura e a dinâmica da distribuição das tarefas (legislativas e administrativas) entre os entes federados – União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios¹ – constituem peça-chave para a compreensão da cooperação e solidariedade, que decorrem da coexistência federativa.²

O presente artigo busca analisar um pequeno recorte da experiência federalista, no que diz respeito ao exercício pelos entes subnacionais – Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios –, da competência para edição de atos normativos (legislativos e administrativos) relativos ao licenciamento ambiental e seus reflexos no federalismo cooperativo brasileiro.

2 A repartição constitucional e legal de competências ambientais

A federação brasileira, mesmo depois de cem anos de sua constituição (em 15 de novembro de 1889), segue impregnada pelo padrão ampliado de poderes do governo central, que é retroalimentado pela força centrípeta de nossa prática federativa, pelo presidencialismo forte, pela concentração de rendas e pela distribuição assimétrica de poderes político-jurídicos.³

¹ A Constituição de 1988 inovou ao alçar o Município à condição de unidade federada, com a expressão atribuição do poder de auto-organização por meio de Lei Orgânica.

² Para Raul Machado Horta, a “repartição de competências constitui peça fundamental na organização do Estado Federal”. HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da Federação brasileira. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Doutrinas essenciais: direito constitucional*. vol. III: Organização do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 239.

³ Sobre a distribuição assimétrica, consultar: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 84-85.

Convivem, no Direito brasileiro, dois tipos federativos: o dualista e o cooperativo.⁴ No federalismo dualista ou dual, os centros de governo (federal e estaduais) não sofrem interpenetrações ou interferências recíprocas,⁵ de maneira que a divisão de trabalhos entre eles leva a uma relação de justaposição entre os ordenamentos da União e dos Estados.⁶ Já no federalismo cooperativo, os centros de governo (federal e estaduais) devem trabalhar juntos e cooperar com a maior intervenção do Estado na vida social, sobretudo nas relações econômicas.

Nessa medida, a Constituição de 1988 combina técnicas de repartição de competências, típicas dos dois modelos referenciados: (i) de repartição horizontal: que separa as competências dos entes em áreas próprias, *com exclusão* da participação dos demais (federalismo dual),⁷ e (ii) de repartição vertical: que divide uma mesma matéria em diferentes níveis entre diversos entes federativos e, portanto, *com partilha* cooperativa do poder político (federalismo cooperativo).⁸

Trata-se de examinar a repartição vertical de competências legislativas e administrativas em matéria de licenciamento ambiental, considerando que a temática está inserida no feixe da competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre Direito Ambiental (art. 24, incisos VI, VII e VIII, da CF⁹), da competência do Município para complementar a legislação federal e estadual quando houver interesse local (art. 30, inc. II, da CF) e da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger o meio ambiente (art. 23, inc. VI, da CF).

Os feixes – competências concorrente e comum – típicos do federalismo cooperativo trazem dificuldades na interpretação da divisão de tarefas constitucionais e acarretam incerteza na definição de qual ente federativo é o responsável pela formulação e, especialmente, pela execução das políticas públicas para a população.¹⁰ Justamente para tratar a dificuldade, o constituinte demandou, no art. 23, parágrafo único, a adoção

⁴ José Alfredo de Oliveira Baracho aponta-os “como duas concepções rivais” entre as muitas interpretações do federalismo americano. No federalismo dualista, tanto a nação como os Estados são soberanos em suas próprias esferas de atividade, enquanto no cooperativo entende-se que ambos devem interagir e atuar como parceiros. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Novos rumos do federalismo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Doutrinas essenciais: direito constitucional*. vol. III: Organização do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 107.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986. p. 42.

⁶ HORTA, *Tendências atuais...*, p. 242.

⁷ Como técnica de repartição horizontal, a Constituição de 1988 prevê competências enumeradas à União (exclusivas e privativas, respectivamente, artigos 21, incisos I a XXV, e 22, incisos I a XXIX, da CF), indicadas aos Municípios (art. 30, inc. I, da CF) e reservadas ou remanescentes aos Estados-Membros (art. 25, §1º, da CF).

⁸ Como técnica de repartição vertical, a Constituição de 1988 prevê a competência concorrente (entre a União, os Estados-Membros e o Distrito Federal – art. 24, incisos I a XVI, da CF), a comum (entre todos os entes da federação – art. 23, incisos I a XII, da CF) e a complementar dos Municípios (art. 30, inc. II, da CF).

⁹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

¹⁰ ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Art. 25, §1º, da Constituição Federal: uma norma tradicional do federalismo brasileiro à luz de novos contextos. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). *A nova Constituição de 1988?* São Paulo: Dia a Dia Forense, 2021. p. 318-319.

de solução legislativa para o preenchimento do conceito de cooperação na formulação e execução das políticas públicas dispostas no comando constitucional. Nesse sentido, foi editada a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, que regulamentou o exercício da competência comum em matéria ambiental e fixou normas para a cooperação entre os entes federados, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, nos termos do art. 23, parágrafo único, e incisos III, VI e VII, da Constituição.¹¹

De outro lado, sendo a competência administrativa para proteção do meio ambiente uma competência comum (art. 23, inciso VI, da CF), isto implicará a competência de todos os entes para editar atos administrativos gerais e abstratos, regulamentadores de sua legislação, a autorizativa em sentido amplo (licenciamento e autorização ambiental), bem como a fiscalizadora e sancionatória ambiental.

A partilha cooperativa do poder na seara ambiental exigirá dos entes federados um esforço de coordenação para o atingimento de objetivos comuns, especial *expertise* para o exercício da função planejadora e coordenadora pelo Governo Federal, e habilidade política para a prática de tomada conjunta de decisões. Estes desafios de coordenação desbordam do art. 6º da Lei Complementar nº 140/11, ao prever que as ações de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão buscar o atingimento dos objetivos previstos no art. 3º,¹² garantindo o desenvolvimento sustentável, harmonizando e integrando todas as políticas governamentais.

Justamente para garantir algum grau de sucesso no exercício das competências ambientais é que se propõe, preliminarmente, uma tese, que será adiante justificada: a competência legislativa suplementar dos Estados e dos Municípios, no licenciamento ambiental, só pode exercida por entes capacitados e na medida da necessidade de regulamentação de suas competências administrativas.¹³

¹¹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora.

¹² Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da competência comum a que se refere esta Lei Complementar: I - proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente; II - garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais; III - harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente; IV - garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

¹³ A segunda tese, que poderia ser aventada, mas foge do escopo deste artigo, é que a resolução dos conflitos federativos em matéria ambiental depende do abandono de uma fórmula genérica de que a norma mais restritiva deve sempre prevalecer. Andreas J. Krell pondera que, “em caso de conflito entre normas municipais, estaduais e federais sobre o mesmo assunto ligado à proteção ambiental, não existe um princípio universal da prevalência da norma mais restritiva (mais protetora); cada caso deve ser resolvido com base no sistema constitucional de competências”. Sustenta, ainda, que, se o Município pudesse exacerbar todas as normas ambientais federais e estaduais, isto implicaria um esvaziamento das decisões políticas de outras entidades estatais, as quais, em certos casos, consideram ainda tolerável certo grau de oneração da natureza e, por isso, aparentemente não quer proibir determinados projetos ou atividades. KRELL, Andreas J. *Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais*. In: KRELL, Andreas J. (org.). *A aplicação do direito ambiental no Estado Federativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 196; 185.

2.1 A competência suplementar para a normatização do licenciamento ambiental

Segundo o art. 225, §1º, inciso IV, da Constituição Federal, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, que exige conformação legislativa para disciplina das espécies e do procedimento administrativo de autorização (licença) ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. É justamente no licenciamento ambiental que se aferem, de forma específica, aprofundada e minuciosa, a partir da Lei nº 6.938/1991, os impactos e riscos ambientais da atividade a ser desenvolvida.

Embora a Lei nº 6.938/81 estabeleça normas gerais para instituição da Política Nacional do Meio Ambiente e erija o licenciamento ambiental a instrumento desta política (art. 9º, inciso IV e art. 10), não há lei federal que disponha sobre as normas gerais do licenciamento (suas espécies, o respectivo procedimento administrativo e quando cabe sua dispensa).¹⁴ A única norma geral federal disponível é um ato administrativo normativo, a Resolução CONAMA 237, de 19 de dezembro de 1997, que disciplina a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental.

No julgamento da ADI nº 4.615 – Ceará, o Supremo Tribunal fixou as seguintes premissas para a interpretação da repartição de competências no licenciamento ambiental: (i) resolução do CONAMA (ato administrativo normativo) como norma geral federal, diante de poder regulamentar conferido pela Lei nº 6.938/81,¹⁵ e (ii) a competência suplementar dos Estados para regular o licenciamento ambiental, inclusive mediante a criação de procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente:

1. O princípio norteador da repartição de competências entre os entes componentes do federalismo brasileiro é o princípio da predominância do interesse, que é aplicado não apenas para as matérias cuja definição foi preestabelecida pela Constituição Federal, mas também em interpretações que envolvem diversas matérias. Quando surgem dúvidas sobre a distribuição de competências para legislar sobre determinado assunto, caberá ao intérprete priorizar o fortalecimento das autonomias locais e o respeito às suas diversidades como características que assegurem o Estado Federal, garantindo o imprescindível equilíbrio federativo.

¹⁴ A própria Lei Complementar nº 140/11 limita-se a definir o licenciamento ambiental como “procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (art. 2º, inciso I).

¹⁵ Já afirmamos, em outro estudo, que a competência concorrente é uma competência formal, legislativa, que demanda atuação por meio de ato legislativo, aprovado pelas Casas Legislativas, por meio de processo legislativo. Atos administrativos normativos estaduais ou municipais não poderiam ser utilizados para suplementar uma lei federal, pelo menos no sentido que a doutrina do Direito Constitucional sempre atribuiu à competência constitucional suplementar. De outro lado, ato administrativo normativo federal também não poderia ser utilizado para criar norma geral federal.

2. O constituinte distribuiu entre todos os entes da federação as competências legislativas e materiais em matéria ambiental, de modo a reservar à União o protagonismo necessário para a edição de normas de interesse geral e aos demais entes a possibilidade de suplementarem a legislação federal (arts. 23, VI ao VIII, e 24, VI e VIII, CF).
3. Este Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já se pronunciou sobre o tema, afirmando a regra de que a matéria ambiental é disciplina de competência legislativa concorrente, cabendo à União estabelecer as normas gerais, restando aos Estados a atribuição de complementar as lacunas da normatização federal, consideradas as situações regionais específicas. Nesse sentido: ADI 5.312, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 3.035, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 3.937, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 194.704, Rel. p/ acórdão, Min. Edson Fachin.
4. A Lei nº 6.938/1981, de âmbito nacional, ao instituir a Política Nacional do Meio Ambiente, elegeu o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA como o órgão competente para estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA. O CONAMA, diante de seu poder regulamentar, editou a Resolução nº 237/1997, que, em seu art. 12, §1º, fixou que poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente.
5. A legislação federal, retirando sua força de validade diretamente da Constituição Federal, permitiu que os Estados-membros estabelecessem procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental.
6. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente.¹⁶

Daniely Andressa da Silva sustenta que “o entendimento do STF, neste sentido, pode ser tomado como a sinalização da pertinência de medidas que têm sido objeto de projetos de lei que preveem instrumentos de controle e fiscalização ambientais simplificados, admitindo a utilização de mecanismos menos burocráticos para a autorização de atividades de menor impacto, permitindo, desta forma, a adequada operacionalização dos controles ambientais de modo proporcional ao grau de lesividade de cada atividade”.¹⁷

Posteriormente, no julgamento da ADI nº 6.288 – Ceará, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento da possibilidade de os Estados normatizarem, por meio de Resolução do Conselho Estadual do Meio Ambiente, procedimentos simplificados de licenciamento ambiental, resguardada a competência municipal:

Em matéria de licenciamento ambiental, os Estados ostentam competência legislativa concorrente a fim de atender às peculiaridades locais. A disposição de particularidades sobre o licenciamento ambiental não transborda do limite dessa competência. O órgão ambiental estadual competente definiu procedimentos específicos, de acordo com as características da atividade ou do empreendimento. Os tipos de licenças ambientais revelam formas específicas ou simplificadas de licenciamento, inclusive de empreendimentos já existentes e previamente licenciados, em exercício da competência concorrente. O art. 4º da Resolução do COEMA/CE nº 02/2019 situa-se no âmbito normativo concorrente e concretiza o dever constitucional de licenciamento ambiental à luz da predominância do

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.615 Ceará. Relator: Ministro Roberto Barroso. Plenário. Julgamento: 20.09.2019. Publicação: 28.10.2019.

¹⁷ SILVA, Daniely Andressa da. Anotações ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 20 de setembro de 2019, ADI nº 4615. In: GOMES, Carla Amado (coord.). *Anotações de jurisprudência ambiental brasileira*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, março de 2020.

interesse no estabelecimento de procedimentos específicos e simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental. Ausência de configuração de desproteção ambiental (...)

A literalidade da expressão “território do Estado do Ceará” pode conduzir à interpretação de aplicação da Resolução estadual também aos Municípios do Estado, que detêm competência concorrente quanto ao tema (arts. 24, VI, VII e VIII, e 30, I e II, CF). Necessária a interpretação conforme a Constituição ao seu artigo 1º, caput, para resguardar a competência municipal para o licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos de impacto local.¹⁸

Todavia, no mesmo julgamento antes citado, na esteira do que foi decidido na ADI nº 5.312 – Tocantins,¹⁹ entendeu o Supremo Tribunal Federal que não compete aos Estados, no exercício da competência suplementar, disciplinar o procedimento de dispensa do licenciamento ambiental:

O art. 8º da Resolução COEMA 02/2019 criou hipóteses de dispensa de licenciamento ambiental para a realização de atividades impactantes e degradadoras do meio ambiente. O afastamento do licenciamento de atividades potencialmente poluidoras afronta o art. 225 da Constituição da República. Empreendimentos e atividades econômicas apenas serão considerados lícitos e constitucionais quando subordinados à regra de proteção ambiental. A atuação normativa estadual flexibilizadora caracteriza violação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e afronta a obrigatoriedade da intervenção do Poder Público em matéria ambiental. Inobservância do princípio da proibição de retrocesso em matéria socioambiental e dos princípios da prevenção e da precaução.²⁰

Na ADI nº 4.529 – Mato Grosso, a Corte reiterou o entendimento da impossibilidade de os Estados criarem procedimento de dispensa de licenciamento ambiental, sob pena de abuso do exercício da competência suplementar:

No quadro da competência legislativa concorrente, incumbe à União a edição de normas gerais sobre direito ambiental. Já os Estados elaboram normas complementares a fim de atender às peculiaridades locais. A criação de hipóteses de dispensa de licenciamento para atividades potencialmente poluidoras transborda o limite dessa competência. A Lei Complementar nº 28 do Estado de Mato Grosso inovou, seja ao aumentar o mínimo de fonte de energia primária idônea a criar uma presunção de significativa degradação ambiental, seja ao inserir novo requisito para o licenciamento, consistente na extensão da área inundada. Formulou regramento diverso e exorbitou da legislação federal sobre o tratamento da matéria. Configuração de invasão da competência geral da União. Inconstitucionalidade formal reconhecida.²¹

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.288 Ceará. Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Julgamento: 23.11.2020. Publicação: 03.12.2020.

¹⁹ “A possibilidade de complementação da legislação federal para o atendimento de interesse regional (art. 24, §2º, da CF) não permite que Estado-Membro dispense a exigência de licenciamento para atividades potencialmente poluidoras, como pretendido pelo art. 10 da Lei 2.713/2013 do Estado do Tocantins”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.312 Tocantins. Relator: Alexandre de Moraes. Plenário. Julgamento: 25.10.2018. Publicação: 11.02.2019.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.288 Ceará. Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Julgamento: 23.11.2020. Publicação: 03.12.2020.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.529 Mato Grosso. Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Julgamento: 22.11.2022. Publicação: 01.12.2022.

Com efeito, os Estados e Municípios poderão, no exercício da competência suplementar, disciplinar o procedimento do licenciamento ambiental – que, inclusive, modifique o licenciamento ambiental trifásico composto por licença prévia, licença de instalação e licença de operação (simplificado) – desde que disponham de competência administrativa para realização do licenciamento ambiental da atividade.

2.2 A competência comum para a realização do licenciamento ambiental

O art. 13 da Lei Complementar nº 140/11 prevê o sistema de licenciamento único, praticado por apenas um ente da federação. Esta já era a orientação da Resolução CONAMA 237/97, em seu art. 7º. O licenciamento ambiental único, efetuado por um só órgão licenciador, não é apenas um capricho legal, mas funda-se na eficiência e melhor proteção ao meio ambiente. Por exemplo, a Resolução CONAMA 6, de 16 de setembro de 1987, ao tratar do licenciamento ambiental de geração de energia elétrica, prevê um licenciamento sobreposto (múltiplo) embora estipule que “os órgãos estaduais deverão manter entendimento prévio no sentido de, na medida do possível, uniformizar as exigências” sob supervisão do IBAMA (art. 2º).

Para tanto, é necessário identificar o ente da federação responsável pelo licenciamento único. Nesta sede, a Lei Complementar nº 140/11 revogou os critérios da amplitude do impacto (nacional, regional ou local) para identificação daquela competência. Assim, o art. 21 do diploma legal revogou expressamente o critério da amplitude de impacto (nacional ou regional) para definição da competência administrativa da União ou do Estado-Membro para o licenciamento ambiental, que estava previsto no art. 4º, *caput*, da Resolução CONAMA 237/97, cujo texto simplesmente copiava o §4º, do art. 10 da Lei Federal nº 6.938/81. Do mesmo modo, a lei revogou tacitamente as disposições sobre a competência municipal para o licenciamento ambiental previstas na Resolução CONAMA 237/97, abandonando o critério da abrangência do impacto local como critério exclusivo para identificar o Município como órgão licenciador competente, que constava do artigo 6º daquela resolução.²²

Além disto, a Lei Complementar nº 140/11 encartou uma divisão das ações administrativas para o licenciamento ambiental, que atribuiu expressamente competências para a União e para os Municípios, reservando aos Estados as demais, ou seja, competência reservada ou remanescente. O art. 7º, inciso XIV, atribuiu à União a ação administrativa para promoção do licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades: “a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas; d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados; f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental,

²² Art. 6º da Resolução CONAMA nº 239/97: Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do DF, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento”. O art. 9º, XIV, alíneas “a” e “b”, da Lei Complementar nº 140/11 atribuiu ao Município a ação administrativa para promoção do licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos: “a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs)”. Finalmente, o art. 8º atribuiu aos Estados a ação administrativa para: “XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º; XV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs)”.

A Lei Complementar nº 140/11 disciplina também a figura do ente federativo “capacitado” como aquele que está apto ao exercício de ações administrativas a ele delegadas por outro ente, mediante convênio, porque dispõe de órgão ambiental capacitado, ou seja, “possui técnicos próprios ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações administrativas a serem delegadas”, e de Conselho de Meio Ambiente.²³ Disto ressalta que a delegação de competências administrativas somente pode ser efetivada se o ente delegante atestar que o ente delegado tem condições efetivas para o recebimento da delegação, o que exige a verificação da existência de órgão executivo ambiental capacitado e de Conselho de Meio Ambiente.

Como antes ressaltado, no atual regime da Lei Complementar nº 140/11, é o Estado que, via de regra, delimita a competência administrativa dos seus Municípios para o licenciamento ambiental. Isto porque caberá aos Municípios o licenciamento ambiental de atividades que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, segundo a tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade. Segundo Eduardo Fortunato Bim, a previsão do impacto local serve mais para balizar a

²³ Art. 5º da Lei Complementar nº 140/11: O ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas nesta Lei Complementar, desde que o ente destinatário da delegação disponha de órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente. Parágrafo único. Considera-se órgão ambiental capacitado, para os efeitos do disposto no *caput*, aquele que possui técnicos próprios ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações administrativas a serem delegadas.

regulamentação dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente do que efetivamente criar algum direito ou dever aos Municípios em termos de licenciamento. Por isso, a tipologia pode ser mais restritiva do que uma definição de impacto local comportaria.²⁴

A partir dessas premissas, tem-se que os Estados e os Municípios somente poderão disciplinar, por meio de lei ou ato administrativo normativo (decreto ou resolução do órgão ambiental), o procedimento do licenciamento ambiental acaso se trate de atividade no âmbito de sua competência administrativa para licenciar ou de competência delegada (desde que a delegação abranja a atividade normativa). Cumpre questionar se entes “não capacitados”, que não dispõem de técnicos habilitados e de Conselho do Meio Ambiente, teriam condições de legislar ou normatizar, por meio de ato administrativo, o procedimento do licenciamento ambiental.

3 Conclusão

O federalismo cooperativo tem por objetivo permitir e fomentar que os entes federados atuem como parceiros no enfrentamento de políticas públicas, como é o caso da ambiental. Nessa medida, exige a presença de instrumentos para atribuição clara dos espaços de atividade privativa e resolução de conflitos em ambiente de compartilhamento de poderes.

Os precedentes analisados demonstram como o Supremo Tribunal Federal garante a autonomia política dos entes subnacionais para legislar sobre Direito Ambiental. Todavia, essa autonomia deve ser compreendida a partir da Lei Complementar nº 140/11 e da real capacidade de os entes subnacionais normatizarem e efetivarem o licenciamento ambiental, de maneira que faleceria aos entes não capacitados, porque despidos de equipe técnica e Conselho de Meio Ambiente, as condições fáticas para o exercício dessas atividades.

Referências

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Novos rumos do federalismo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Doutrinas essenciais: direito constitucional*. vol. III: Organização do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.
- HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da Federação brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Doutrinas essenciais: direito constitucional*. vol. III: Organização do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- KRELL, Andreas J. Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais. In: KRELL, Andreas J. (org.). *A aplicação do direito ambiental no Estado Federativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, Daniely Andressa da. Anotações ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 20 de setembro de 2019, ADI nº 4.615. In: GOMES, Carla Amado (coord.). *Anotações de jurisprudência ambiental brasileira*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, março de 2020.

²⁴ BIM, *op. cit.*, p. 225.

ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Art. 25, §1º, da Constituição Federal: uma norma tradicional do federalismo brasileiro à luz de novos contextos. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). *A nova Constituição de 1988?* São Paulo: Dia a Dia Forense, 2021.

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

DIAS, Cibele Fernandes. Desafios da federação brasileira no licenciamento ambiental. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 173-182. ISBN 978-65-5518-820-2.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES AO LONGO DOS 25 ANOS DA CF/88

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1 Um pouco de História

Nas suas raízes, o pioneiro Direito Administrativo francês partiu do exame da jurisprudência para a construção científica; pois que fora uma criação do Conselho de Estado, atuando como Tribunal Administrativo. Qualificar-se-ia como “direito pretoriano”, “direito jurisprudencial”.

Explica-se essa irmandade entre as funções administrativa e judicial por dois motivos principais: (a) o primeiro consiste no fato de que *executar* o direito e *aplicá-lo* são, ambos, modalidades de concretização jurídica; e (b) o segundo decorre de que a função jurisdicional, quando se trata de matéria público-administrativa, é uma *função de controle*, no âmbito do sistema de *freios e contrapesos*, de *checks and balances*, na relação entre os Poderes Públicos.

Em nosso País, as decisões judiciais têm tido marcante papel em alguns dos mais relevantes tópicos do ramo jus-administrativo. Recorde-se o caso da *teoria do desvio de poder*, em que se destacou, como *leading case*, o célebre acórdão proferido, em 28.07.1948, pelo Tribunal do Rio Grande do Norte, na Apelação Cível nº 1.422; Relator o então Desembargador Seabra Fagundes.

Outra área em que a jurisprudência tem tido proeminência é a da *responsabilidade civil do Estado*.

Citemos algumas manifestações, ainda do século XIX e dos albores do século XX: (a) Rui Barbosa:¹ “Na jurisprudência brasileira, nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da Administração pelos atos dos seus empregados. Sempre se professou em nossos cursos, e nos nossos auditórios se proclamou sempre, a noção de imputabilidade das pessoas morais pela culpa contratual ou aquiliana de seus representantes. Pelo dano causado ao direito de particulares, não hesitaram jamais as

¹ *A culpa civil das administrações públicas*. Rio de Janeiro: Tip. do Jornal do Comércio de Rodrigues & Comp., 1898.

justiças brasileiras em responsabilizar municipalidades, províncias, estados, o governo do Império e da República”; (b) Amaro Cavalcanti:² “Se não havia uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da responsabilidade civil do Estado (...) a julgar do teor dos numerosos julgados dos tribunais de justiça e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existia, é de razão concluir que a teoria aceita no país tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade (...)”.

Indiquemos julgados desse período: (a) STF, 10.09.1888 e 19.05.1897: “responsabilidade pelo prejuízo e danificação causados à propriedade particular na execução de obras e serviços públicos diversos”; (b) STF, condenação a indenização por danos causados com a execução de lei nula; e (c) responsabilidade jurídico-social. STF: condenação do ente estatal, por *omissão*, em movimentos multitudinários; bombardeios de Manaus de 1910 e da Bahia de 1912; Revolta da Esquadra em 1910; movimentos populares de Juiz de Fora, 1916 e 1918; movimentos revolucionários do Ceará, de 1913; São Paulo, de 1924; e Bahia, de 1930.

Expediente jurídico adotado no sentido da dispensa de demonstração da ocorrência de *culpa* foi o da sua *presunção*. Nessa linha, dispôs, em seu art. 1º, o Decreto nº 2.681, de 07.12.1912, que regulou a “responsabilidade civil das estradas de ferro”: “As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar. Será sempre presumida a culpa (...)”.

Na CF/88, em seu art. 21, XXIII, “d”, usa-se a mesma fórmula: “A responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”. Assim, também, o Código Civil, no art. 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Partindo-se da responsabilidade pessoal dos “empregados públicos”, por *abusos* e *omissões* praticados no exercício de suas funções (art. 179, nº 29, da Carta Política de 1824; CF de 1891, art. 82), evoluiu-se para a responsabilidade civil dos *organismos públicos*, com base na *teoria do órgão* e na da *culpa subjetiva* (*dolo* ou *culpa*) dos seus agentes: art. 15 do Código Civil de 1916. Contra os últimos cabia ação regressiva proposta pela pessoa jurídica de direito público.

As Constituições de 1934 (art. 171 e §§) e de 1937 (art. 158) calcaram a responsabilidade na *negligência*, *abuso* ou *omissão* do funcionário, solidariamente responsável com a Fazenda Pública. A primeira delas exigia, processualmente, o litisconsórcio necessário entre a Fazenda e o funcionário.

Segundo a *teoria da culpa subjetiva*, impõe-se, para a responsabilização, a *ação* ou *omissão* + *culpa* (*dolo* ou *culpa*) do agente + *culpabilidade* (*exigibilidade de outro procedimento*, *reprovabilidade da conduta*) + *nexo causal* + *antijuridicidade do resultado* (*dano*, *lesão*).

Deu-se, em sequência, a progressão, a partir da *teoria da culpa subjetiva do agente público*, para a *teoria da culpa anônima do serviço*; da *culpa administrativa*, da *falta* ou *falha* deste, “*faute du service*”: “o serviço não funcionou; funcionou mal, ou tardiamente”. Passaram a ser suficientes a *ação* ou *omissão* + a *culpabilidade* (“*exigibilidade de comportamento diverso*”, “*reprovabilidade da conduta*”) + *nexo causal* + “*ilicitude do resultado*”.

² *Responsabilidade civil do Estado*, Editor Borsoi, 1957, vol. II (1ª edição de 1904).

Acentue-se que, desde muito, esteve presente a *responsabilidade por omissão*.

Chegou-se, nessa evolução, à chamada *teoria do risco administrativo* ou, como se diz também, da *responsabilidade objetiva* ou *por causalidade*, que exige do lesado a comprovação, apenas, do *dano* e da *relação de causa e efeito*.

Isso foi possível porque a Constituição de 1946, em seu art. 194, *caput*, passou a dizer, de modo amplo, que as pessoas jurídicas de direito público responderiam pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causassem a terceiros; enquanto o respectivo parágrafo único, ao cuidar da responsabilidade do funcionário, exigia, para sua caracterização, o *dolo* ou a *culpa*.

A chamada *teoria do risco administrativo* é tida como eminentemente democrática, na medida em que, tendo o Estado, para promover o bem-estar e o desenvolvimento comunitários, de exercer atividades que põem em risco a segurança e a saúde dos membros da população, é justo e lógico que, transformando-se o *risco* em *realidade danosa* a algum desses membros, os demais, que se beneficiaram do serviço prestado pela Administração, sem os ônus da lesão, venham a compensá-la, ressarcindo o prejudicado, a fim de que se restabeleça a igualdade de vantagens e de encargos frente à atuação pública.

Ressalve-se que o STF, em acórdão já de 25.04.1958, julgando o RE 20.732, oferecia, ainda, sensível dispersão opinativa; que ia da preferência do Ministro Orozimbo Nonato, pela *teoria da responsabilidade objetiva*, à fidelidade, do Ministro Nélson Hungria, aos *critérios civilistas* da culpa; com a posição intermediária do Ministro Villas-Bôas, filiada à noção de *falta anônima do serviço*; tendo prevalecido essa última.

Esquematem. *Responsabilidade objetiva (risco administrativo, responsabilidade por causalidade) = ação/omissão + nexa causal + dano*. A *culpabilidade* é dispensada, restando, apenas, o *nexa de causalidade* e a *antijuridicidade da lesão*.

A CF de 67/69 manteve o esquema de sua antecessora: art. 107 e parágrafo único.

A Constituição vigente dispõe sobre a matéria, em seu art. 37, §6º, de modo semelhante à de 46; com a diferença, relevante, da inclusão, como responsáveis, das “pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”.

A *teoria do risco administrativo* é a consagrada atualmente, de modo consistente, quanto à *responsabilização estatal* pela *atuação comissiva*. Quanto à *omissão*, existem divergências.

É de ressaltar-se, outrossim, que a vigente *Carta Magna Nacional* contém numerosos dispositivos sobre responsabilidade civil em geral e particularmente do Estado. Assegura indenização em face de danos materiais e morais; a direitos e interesses, individuais e transindividuais, coletivos e difusos. A título exemplificativo, citem-se os dispositivos dos arts. 5º, “caput”, e incisos III, V, X, XXXV, XLIII e LXXV; 21, XXIII, “c”; 24, VIII; 129, III; 141; 208, §2º; 216, §4º; 225, §3º; e 245.

2 A omissão como elemento da cadeia causal do dano responsabilizante do Estado

Sempre houve dificuldades na caracterização da *omissão* como elemento do suporte jurígeno responsabilizante; o que decorre da inexistência de uma *causa naturalística*.

Um equívoco reside em buscar-se, na configuração da *relação de causalidade*, a *causalidade* de tal espécie. Quando alguém afirma que a *omissão* não pode ser *causa*, já que seria o *nada*, o *não fazer*, a *inação*, é porque busca uma *causa* material, concreta.

Ou então, como adverte Nélson Hungria:³ “A eficácia causal da omissão tem sido objeto de infundáveis controvérsias. Tem-se procurado demonstrar que a omissão é mecanicamente causal, – o que vale pela tentativa de provar o esferoidismo de um espeto. O problema só admite solução quando se considera que causa não é apenas um conceito naturalístico, senão também um conceito lógico”.

Pontes de Miranda⁴ sustenta a irrelevância da distinção entre *ação* e *omissão*, em matéria de *antijuridicidade do resultado*, ou seja, do resultado lesivo, danoso. E aduz que o *fazer* e o *deixar de fazer* passam-se no *mundo fático*; para que alguém tenha o *dever de fazer* e *não fazer* é preciso que a lei determine ou permita-se que se crie o dever. Na ilicitude, sempre há o descumprimento de um *dever legal, negocial* ou *induzido dos fatos da vida* e de *outros processos de revelação do direito*; de modo que há razão de afirmar-se ser sem grande interesse a distinção dos *atos ilícitos* em *ações* ou *omissões*.

Acrescenta, ainda, que se tem dito que a omissão não pode ser *causa de efeito*, porque a *inação* não muda o mundo exterior. Tal raciocínio desatenderia a que o ordenamento causal do mundo social conta com atos que, em determinadas circunstâncias, têm que ser praticados; razão por que não se precisa de explicação para se admitir que a omissão se tenha, em certos momentos, por ilícita.

Essa também é a lição de Hungria, ao comentar o dispositivo do Código Penal, que preceitua: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (art. 11 da versão original da Parte Geral; art. 13, 2ª parte, do texto vigente).

Preleciona o grande jurista: “Do ponto de vista lógico, é ‘condição’ de um resultado a não interferência de forças que podem impedir o seu advento. Quem deixa de impedir um evento, ‘podendo’ fazê-lo, é condição dele, tanto quanto as ‘condições’ colaterais que tendiam para a sua produção. Tendo adotado a ‘teoria da equivalência’, que não distingue entre ‘causa’ e ‘condição’, o Código não podia deixar de reconhecer a identidade causal entre a ação e a omissão (...). E inteiramente ocioso é dizer-se que a omissão só tem relevância penal, como causa, quando represente o descumprimento de um dever jurídico. Ora, também a ação só tem sentido penal quando é contrária ao dever jurídico. O evento lesivo resultante de uma omissão ‘lícita’ não constitui crime: é ‘objetivamente lícito’”.

Acenam os penalistas que o CP adotou, na caracterização do *nexo de causalidade*, a teoria da “*conditio sine qua non*” ou da *equivalência dos antecedentes causais*: *causa* são todos os elementos provocadores do resultado, e todos eles têm o mesmo valor; não há diferença entre *causa* e *condição*, *causa* e *concausa*, *entre causa* e *ocasião*, *causa eficiente* e *causa ocasional*. A lição penal é aplicável ao campo *cível*.

Omissão não é um *nada*, mas um *fato jurídico*. Daí, falar-se em *conduta omissiva*, em *ato negativo*. Ela é um *deixar de fazer* ou *de dar*, com descumprimento de um *dever jurídico*. Identificam-se as modalidades, omissivas, do *deixar de fazer* ou *de dar*; do *abster-se*; do *deixar que façam*; do *retardar*.

³ *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio: Editora Forense, 1958, V, p. 61-62.

⁴ *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio: Editor Borsoi, 1972, LIII, § 5.501, nº 4.

Não existe um dever geral de evitar dano. O que há é o dever geral de não causar lesão (um dos praecepta iuris, enumerados por Ulpiano, é o alterum non laedere).

Afastada está a responsabilização em decorrência da contrariedade a um suposto *dever genérico*; o qual levaria à consagração da *teoria do risco integral*; que, salvo hipóteses peculiares, é rejeitada pela *doutrina* e pela *jurisprudência brasileiras*. A não adoção, como princípio, do *risco integral* permite a existência de *causas excludentes* e *mitigantes da responsabilidade*.

Nessa altura, surge a *figura do garante*, do *garantidor*; a qual o Estado assumiu, *v.g.*, em relação à segurança, à incolumidade pessoal e patrimonial. Daí, sua responsabilidade pela salvaguarda desses bens jurídicos, no que concerne, por exemplo, ao ambiente da escola pública, ao das prisões e ao dos hospitais públicos.

A dificuldade está na fixação da extensão do “dever de garantir”; questão que se coloca, por exemplo, na pretensão de responsabilização do Poder Público estadual, em caso de assalto em logradouro público; eis que a *segurança pública* é “dever do Estado” e “direito de todos”; havendo de ser exercida por meio dos órgãos policiais elencados no art. 144 da CF.

Nessa matéria, embora estejamos tratando de responsabilidade “civil” e “objetiva”, o Direito Penal, como temos visto, muito nos auxilia; na condição de ramo jurídico que, embora avesso à *responsabilização objetiva*, trata, em profundidade, da “relação de causalidade”.

Socorre-nos, neste tópico, o disposto no art. 13, §2º, do CP, que sistematiza as hipóteses de *relevância jurídica da omissão*: “A omissão é penalmente [juridicamente] relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

Entendemos que a *ilicitude omissiva* do Poder Público constitui o *descumprimento de um dever jurídico de agir*, que pode consistir num *deixar de fazer* ou *de dar*, diante de um mandamento normativo, ou emanado de outro ato jurídico hábil, ou, ainda, como diz Pontes,⁵ “induzido dos fatos da vida e de outros processos de revelação do direito”; que criem o imperativo de um *comportamento comissivo*; ou gerem a tipificação da *conduta omissiva antijurídica*. E ainda: se foi o organismo estatal que criou o *risco*, o qual veio a tornar-se *sinistro*.

A jurisprudência tem identificado diferença, em termos de procedimento omissivo estatal, entre *omissão específica (dever específico)* e *omissão genérica*.

Nesse sentido, Luiz Fux, no RE 841.526. Tema 592: *Responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de detento*. Tese: “Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção prevista no art. 5º, inc. XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”.

Também foca a figura do *dever específico de agir*, a decisão prolatada no RE 136.861, Relator para o Acórdão, Alexandre de Moraes. Tema 366: “Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de omissão do dever de fiscalizar comércio de fogos de artifício em residência”. Descrição: *Recurso Extraordinário em que se discute, à luz do art. 37,*

⁵ *Op. e loc. cit.*

§6º, da Constituição Federal, a responsabilidade civil, ou não, do Estado por danos decorrentes de explosão ocorrida em residência utilizada como comércio de fogos de artifício, em face de omissão do dever de fiscalizar, nos termos da Lei Municipal nº 7.433/70. Tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular. 5. Recurso extraordinário desprovido”.

Na ementa do acórdão, lê-se: “Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício”.

Edson Fachin (Relator originário) insistiu na noção de *dever específico, de omissão específica*. Cita Sergio Cavalieri Filho:⁶ “Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir [Omissão específica], ou ter apenas o dever de evitar o resultado [Omissão genérica]”.

Como expõe Néelson Hungria,⁷ no caso da *omissão antijurídica*, o descumprimento é do “dever jurídico de impedir o evento”. Cita o autor o Projeto Alcântara Machado, que, com base no Código italiano, formulou a seguinte regra: “Não impedir um evento, que se tem o dever jurídico de evitar, equivale a causá-lo”; dispositivo que, posteriormente, veio a ter a seguinte redação: “Faltar à obrigação jurídica de impedir o evento equivale a causá-lo”. E ainda lembra o Projeto Alemão, de 1913 (§14), que dispunha: “Pela produção de um resultado por omissão só é punível quem era juridicamente obrigado a evitar, mediante ação, o advento do mesmo”.

Conclui-se, portanto, que não colhe a distinção entre *omissão específica* e *omissão genérica*.

Há de negritar-se o Estado Democrático Social de Direito, no qual, dada sua natureza de *Estado-providência*, para atendimento dos direitos humanos e sociais, se reveste de especial relevância a *atuação comissiva* do Poder Público, nos mais diferentes setores (*saúde, educação, ciência, meio ambiente, proteção à criança, ao adolescente, ao jovem, ao idoso*).

Mas as questões envolvendo a *responsabilidade por omissões estatais* têm sido atinentes às mais diferentes situações; v.g.: *lesão causada por aluno a outro em escola pública; morte de preso; danos causados por enchente e deslizamento de encostas; invasão de propriedade por “sem-terra”; furto de veículo em estacionamento público; acidente causado por bueiro destampado ou por calçada escorregadia ou em má conservação; desastre causado por falta de sinalização em cruzamento de vias públicas e passagens de nível*.

É comum o equívoco gerado pela confusão entre o descumprimento *objetivo*, por *omissão*, da *obrigação estatal de fazer* ou *de dar* (seja por força de lei; seja em razão de mandamento administrativo ou judicial; ou, em decorrência de fato antecedente); e a figura da *negligência*, a qual, ao lado da *imprudência* e da *imperícia*, é uma das facetas da *culpa subjetiva stricto sensu*.

⁶ Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 266-9.

⁷ Comentários ao Código Penal. 4. ed. Rio: Forense. 1958, V, p. 61-62.

No presente estudo, está-se no campo da *teoria do risco*, que envolve: (a) a *não criação do risco*, ou seja, a manutenção dos outros *a salvo* (lembramos o inglês, *safety*); ou se “a atividade normalmente [licitamente] desenvolvida pelo autor do dano implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, nos termos do que, como já citado, prescreve o art. 927, parágrafo único, do CC: “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa”; (b) *neutralização do risco* (possibilidade de dano), para que esse não se transforme em *perigo* (*probabilidade de dano*) e, nem muito menos, em *sinistro* (*consumação do dano*): é o já citado papel do *garantidor*, isto é, o de *garantir a segurança* (a *security*).

A Constituição Federal contém preceito específico sobre *omissão estatal* no seu art. 208, §2º: “O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. Cumpre observar que a *responsabilização*, no caso, é *direta do agente público*.

3 A jurisprudência superior

3.1 Omissão: responsabilidade por culpa subjetiva, por falta do serviço ou por causalidade?

Enquanto, em sede de *danos provocados por atos positivos do Estado*, as decisões judiciais, conforme já antes assinalado, são firmes no sentido da adoção da *teoria da responsabilidade objetiva*; já quando se trata de *responsabilização por omissão*, o *iter jurisprudencial* tem sido claudicante.

O próprio STF o reconheceu: “Responsabilidade civil do Estado: morte de passageiro em acidente de aviação civil: caracterização. 1. Lavra dissensão doutrinária e pretoriana acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão (cf. RE 257.761), e da dificuldade muitas vezes acarretada à sua caracterização, quando oriunda de deficiências do funcionamento de serviços de polícia administrativa, a exemplo dos confiados ao D.A.C. - Departamento de Aviação Civil -, relativamente ao estado de manutenção das aeronaves das empresas concessionárias do transporte aéreo” [RE 258.726, julgamento: 14.05.2002, Relator, Ministro Sepúlveda Pertence].

Desde logo, manifestamos nosso entendimento de ser inconstitucional a diversidade de posicionamentos; com a manutenção, no tocante ao comportamento omissivo, da exigência da *falta* (*faute*) do *serviço*, e não, meramente, do *fato do serviço*, considerado bastante, pelo STF e pelo STJ, na hipótese de *ato positivo*.

A nossa posição afina-se com a do Ministro Celso de Mello: (a) “A omissão do poder público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros”; “independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional” [ARE 655.277 ED, julgamento: 24.4.2012, 2ª T, DJE de 12.6.2012]; e (b) outrossim, destacou, em voto seu, no AI 852.237 Agr (2013), referindo-se ao §6º do art. 37 da CF que “não cabe ao intérprete estabelecer distinções onde o texto constitucional não o fez (...) não exigindo a norma constitucional que a conduta estatal seja comissiva ou omissiva”.

Conforme citações que faremos a seguir, muitas decisões do STF e do STJ se orientam no sentido de que, na *responsabilização estatal por omissão*, a teoria que prevalece

é da *culpa anônima do serviço*, da *culpa objetiva*, para detectar-se a ocorrência do não funcionamento deste.

Acórdão de nossa Corte Suprema, posterior ao advento da CF/88, foi nesse sentido: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, §6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. (...)” [RE 369820. Relator, Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 04.11.2003].

Em voto seu, no REsp 721.439, a Ministra Eliana Calmon, na condição de Relatora, foi enfática. Reconhecendo que, se se cuida de *responsabilidade estatal por conduta comissiva*, prevalece a *teoria da responsabilidade objetiva*, “a questão muda de ângulo, quando se está diante de danos causados por omissão, ou seja, quando houve falta do agir por parte de quem tinha o dever legal de agir e não agiu, ou agiu tardia ou ineficientemente. Se é verdade a afirmação, a consequência inarredável é de que, na responsabilidade estatal por omissão, a referência é sempre sobre o elemento subjetivo, dolo ou culpa, visto que só a inação estatal ilícita rende ensejo a indenização”.

3.2 Omissão no atendimento de direitos humanos e sociais

Na área dos *direitos sociais*, decisório expressivo é o que foi proferido, em 14.04.2008, no Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223, pelo Plenário do STF, Relatora, Ministra Ellen Gracie; Relator para o Acórdão, Ministro Celso de Mello.

A questão envolvia vítima de assalto ocorrido em Região do Estado de Pernambuco, ao qual se atribuiu *omissão* no desempenho da obrigação de oferecer, à população local, níveis suficientes e adequados de segurança pública. O Estado recusou-se a viabilizar cirurgia de implante de marca-passo, a despeito de haver falhado em seu dever constitucional de garantir a referida segurança e de prestar a devida assistência à saúde, caracterizando-se a *omissão* inconstitucional. Considerou-se inviável a invocação da chamada “reserva do possível”, dado que a invocação, *in casu*, comprometeria o adimplemento de deveres estatais de prestação; devendo prevalecer a “teoria da restrição das restrições” (*limitação das limitações*).

Arrolemos outros casos: (a) “Tutela de urgência em ação cível originária. Direito social à saúde (cf. arts. 6º e 196). Pandemia do novo coronavírus. Covid-19. Comprovação, por meio de estudos técnicos qualificados, do recrudescimento da crise de saúde pública no Brasil. Aumento do número de Estados em zona de alerta crítico (mais de 80% dos leitos de UTI ocupados). Inércia da União Federal no desempenho das funções institucionais de exercer a coordenação nacional do enfrentamento ao estado de emergência de saúde pública e de prover auxílio técnico e financeiro aos entes subnacionais na execução e formulação de políticas sanitárias. Injustificada redução de

custeio dos leitos de UTI para pacientes da Covid-19 nos Estados-membros. Limites à discricionariedade administrativa na concretização de políticas constitucionais de saúde pública. Presença dos requisitos do art. 300 do CPC. Probabilidade de direito evidenciada. Risco de dano caracterizado: não há nada mais urgente do que o desejo de viver. Tutela provisória de urgência deferida. Referendo” [ACO nº 3476 – MC-Ref. Relatora, Ministra Rosa Weber, julgamento: 08.04.21]; e (b) “Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Tema 999. Constitucional. Dano Ambiental. Reparação. Imprescritibilidade. 1. Debate-se, nestes autos, se deve prevalecer o princípio da segurança jurídica, que beneficia o autor do dano ambiental diante da inércia do Poder Público; ou se devem prevalecer os princípios constitucionais de proteção, preservação e reparação do meio ambiente, que beneficiam toda a coletividade. 2. Em nosso ordenamento jurídico, a regra é a prescrição da pretensão reparatória. A imprescritibilidade, por sua vez, é exceção. Depende, portanto, de fatores externos, que o ordenamento jurídico reputa inderrogáveis pelo tempo. 3. Embora a Constituição e as leis ordinárias não disponham acerca do prazo prescricional para a reparação de danos civis ambientais, sendo regra a estipulação de prazo para pretensão ressarcitória, a tutela constitucional a determinados valores impõe o reconhecimento de pretensões imprescritíveis. 4. O meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum de toda a humanidade, para a garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras. Todas as condutas do Poder Público estatal devem ser direcionadas no sentido de integral proteção legislativa interna e de adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual. 5. A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais. (...) É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental” [RE 654.833, Relator, Ministro Alexandre de Moraes, julgamento: 20.04.2020].

3.3 Crimes cometidos por detentos

É significativo o número de acórdãos que tratam da responsabilidade civil do Estado, em razão de crimes praticados por detentos, dentro ou fora da prisão.

Indique-se o RE 409.203, julgado em 07.03.2006, Relator, Ministro Carlos Velloso, e Redator do Acórdão, Ministro Joaquim Barbosa: “Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, §6º da Constituição Federal. “*Faute du service public*” caracterizada. Estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional, como manda a lei. Configuração do nexó de causalidade. Recurso extraordinário desprovido. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexó de causalidade, uma vez que, se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria

continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso Extraordinário desprovido”.

Vê-se que se invocou a *teoria da “faute du service”*. Ocorre que, em caso análogo, já se reconheceu a *responsabilidade objetiva*. Com efeito, no RE 573.595, AgReg, julgado em 24.06.2006, o Relator, Ministro Eros Grau, decidiu-se: “Agravamento regimental no Recurso Extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Artigo 37, §6º, da Constituição do Brasil. Latrocínio cometido por foragido. Nexo de causalidade configurado. Precedente. 1. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, §6º, da Constituição do Brasil. Agravamento regimental a que se nega provimento”.

3.4 Tratamento dispensado aos presos

Farta é a jurisprudência do Tribunal Supremo sobre a matéria; e que realça a obrigação estatal de preservar a incolumidade dos detentos; prevalecendo a aplicação da teoria do risco administrativo. Apontemos alguns julgados: (a) “Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento” [RE 272.839. Relator, Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 01.02.2005]; (b) “Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF, o Estado é responsável pela morte do detento. *In casu*, o Tribunal *a quo* assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal” [RE 841.526, Relator, Ministro LUIZ FUX, julgamento: 30.3.2016, DJE de 1º.8.2016, Tema 592, com mérito julgado].

3.5 Segurança em hospital público

Rigorous tem sido o entendimento superior, no sentido da responsabilização do Estado, quanto a lesões provocadas no ambiente hospitalar público. Indiquemos: (a) “Recurso extraordinário. Agravamento regimental. 2. Contaminação de pacientes hemofílicos com o vírus da AIDS em hospital da rede pública. 3. Responsabilidade civil do Estado. Teoria do Risco Administrativo. Condenação com base em laudo pericial. 3. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade. Súmula 279. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento”. [RE 363.999. Relator, Ministro GILMAR MENDES, julgamento: 08.04.2003]; (b) “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. MORTE EM DECORRÊNCIA DE DISPARO DE ARMA DE FOGO NO INTERIOR DE HOSPITAL PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIGILÂNCIA.

FALHA ESPECÍFICA NO DEVER DE AGIR. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A responsabilidade civil estatal é, em regra, objetiva, uma vez que decorre do risco administrativo, em que não se exige perquirir sobre existência de culpa, conforme disciplinado pelos arts. 14 do Código de Defesa do Consumidor; 186, 192 e 927 do Código Civil; e 37, §6º, da Constituição Federal. 2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento do Excelso Pretório, firmou compreensão de que o Poder Público, inclusive por atos omissivos, responde de forma objetiva quando constatada a precariedade/vício no serviço decorrente da falha no dever legal e específico de agir. 3. A atividade exercida pelos hospitais, por sua natureza, inclui, além do serviço técnico-médico, o serviço auxiliar de estadia e, por tal razão, está o ente público obrigado a disponibilizar equipe/pessoal e equipamentos necessários e eficazes para o alcance dessa finalidade. 4. A análise da responsabilidade civil, no contexto desafiador dos tempos modernos, em que se colocam a julgamento as consequências impactantes das omissões estatais, impõe ao julgador o ônus preponderante de examinar os dispositivos civis referidos, sob o olhar dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. 5. Logo, é de se concluir que a conduta do hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança e, por conseguinte, despreza o dever de zelar pela incolumidade física dos pacientes, contribuiu de forma determinante e específica para o homicídio praticado em suas dependências, afastando-se a alegação da excludente de ilicitude, qual seja, fato de terceiro. 6. Recurso especial provido para restabelecer a indenização, pelos danos morais e materiais, fixada na sentença” [REsp 1.708.325. Relator, Ministro Og Fernandes, julgamento: 24.05.2022]; (c) “A jurisprudência dos tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do poder público nas hipóteses em que o ‘*eventus damni*’ ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infectocontagioso (sangue e urina de recém-nascidos). Filho recém-nascido acometido da ‘Síndrome de West’, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do poder público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido” [RE 495.740 AgR, Relator, Ministro Celso de Mello, julgamento: 15.4.2008, 2ª T, DJE de 14.8.2009]. Vide [AI 455.846, Relator, Ministro CELSO DE MELLO, julgamento: 11.10.2004, dec. monocrática, DJ de 21.10.2004]; (d) “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SUICÍDIO. TENTATIVA. NEGLIGÊNCIA. POSSIBILIDADE CONCRETA. DEVER DE VIGILÂNCIA. DIREITO À PROTEÇÃO DA VIDA PRÓPRIA E DE TERCEIROS. NEXO CAUSAL. SÚMULA 7/STJ. 1. O nexo causal ressoa inequívoco quando a tentativa de suicídio respalda-se na negligência do Estado quanto à possibilidade de militar deprimido ter acesso a armas, colocando em risco não apenas a sua própria existência, mas a vida de terceiros. 2. ‘*Ad argumentandum tantum*’, ainda que se admitisse a embriaguez afirmada

pelo recorrente, incumbe ao Estado o tratamento do alcoolismo, reconhecida patologia que acarreta distúrbios psicológicos e mentais, podendo evoluir para quadro grave, como a tentativa de suicídio. Precedente: RMS 18.017/SP, DJ 02/05/2006. 3. *In casu*, assentou o Tribunal *a quo* caber ao Estado vigiar o comportamento e o estado psicológico daqueles que sob sua imediata fiscalização e autoridade estão (...). [Recurso Especial nº 1.014.520 – DF (2007/0291389-1) Relator, Ministro Francisco Falcão, Relator para o Acórdão, Ministro Luiz Fux].

3.6 Proteção de imóvel particular

Tem sido o Estado responsabilizado, por omissão, em casos de danos, causados por terceiros, em imóvel particular. Exemplifiquemos: (a) “Responsabilidade civil do Estado por omissão culposa no prevenir danos causados por terceiros à propriedade privada: inexistência de violação do art. 37, §6º, da Constituição. 1. Para afirmar, no caso, a responsabilidade do Estado não se fundou o acórdão recorrido na infração de um suposto dever genérico e universal de proteção da propriedade privada contra qualquer lesão decorrente da ação de terceiros: aí, sim, é que se teria afirmação de responsabilidade objetiva do Estado, que a doutrina corrente efetivamente entende não compreendida na hipótese normativa do art. 37, §6º, da Constituição da República. 2. Partiu, ao contrário, o acórdão recorrido da identificação de uma situação concreta e peculiar, na qual – tendo criado risco real e iminente de invasão da determinada propriedade privada – ao Estado se fizeram imputáveis as consequências da ocorrência do fato previsível, que não preveniu por omissão ou deficiência do aparelhamento administrativo. 3. Acertado, assim, como ficou, definitivamente, nas instâncias de mérito, a existência da omissão ou deficiência culposa do serviço policial do Estado nas circunstâncias do caso – agravadas pela criação do risco, também imputável à Administração –, e também que a sua culpa foi “condição *sine qua non*” da ação de terceiros – causa imediata dos danos –, a opção por uma das correntes da disceptação doutrinária acerca da regência da hipótese será irrelevante para a decisão da causa. 4. Se se entende – na linha da doutrina dominante –, que a questão é de ser resolvida conforme o regime legal da responsabilidade subjetiva (C.Civ. art. 15), a matéria é infraconstitucional, insusceptível de reexame no recurso extraordinário. 5. Se se pretende, ao contrário, que a hipótese se insere no âmbito normativo da responsabilidade objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º), a questão é constitucional, mas – sempre a partir dos fatos nela acertados – a decisão recorrida deu-lhe solução que não contraria a norma invocada da Lei Fundamental” [RE 237.561. Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, Julgamento: 18.12.2001]; (b) “Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do poder público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido” [RE 283.989, Relator, Ministro Ilmar Galvão, julgamento: 28.5.2002, 1ª T, DJ de 13.9.2002].

3.7 Segurança em via pública

Hipótese comum é a de lesões causadas em via pública, devido a omissão estatal: (a) “RESPONSABILIDADE DO ESTADO – NATUREZA – ANIMAIS EM VIA PÚBLICA – COLISÃO. A responsabilidade do Estado (gênero), prevista no §6º do artigo 37 da

Constituição Federal, é objetiva. O dolo e a culpa nele previstos dizem respeito à ação de regresso. Responde o Município pelos danos causados a terceiro em virtude da insuficiência de serviço de fiscalização visando à retirada, de vias urbanas, de animais” [RE 180.602. **Órgão** julgador: Segunda Turma. Relator, Ministro MARCO AURÉLIO. Julgamento: 15.12.1998. Publicação: 16.04.1999; (b) “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. (...) ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA ESTADUAL. ÓBITO DA VÍTIMA. OMISSÃO ESTATAL QUANTO AO DEVER DE CONSERVAÇÃO E SINALIZAÇÃO DA VIA PÚBLICA. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. DANOS MORAIS FIXADOS EM VALOR IRRISÓRIO. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. (...) 2. Os autos são oriundos de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra o Departamento de Estradas de Rodagens de Sergipe, em face da morte do pai e companheiro dos autores, decorrente de acidente de veículo em rodovia estadual, ocasionado por cratera não sinalizada na via” [REsp 1.709.272. Relator, Ministro Benedito Gonçalves, Julgamento: 05.04.2022].

3.8 Segurança em escolas públicas

Infelizmente, têm sido recorrentes os eventos ligados à violência nas escolas; o que conduz, necessariamente, à judicialização das questões relativas à responsabilização estatal quando se trata de estabelecimento público. Destaquemos: (a) “INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO – PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO – FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL – CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO – INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA – RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. – A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. – Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que

admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos” [RE 109.615. Relator, Ministro Celso de Mello. Julgamento: 28.04.1996.]; (b) “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PROFESSORA. TIRO DE ARMA DE FOGO DESFERIDO POR ALUNO. OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA EM LOCAL DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ABRANGÊNCIA DE ATOS OMISSIVOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” [ARE 663.647. Relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 14.02.2012.]

Referências

- AMARO CAVALCANTI. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio: Editor Borsoi, 1957, vol. II (1ª edição de 1904).
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NÉLSON HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. V.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, vol. LIII.
- RUI BARBOSA. *A culpa civil das administrações públicas*. Rio de Janeiro: Tip. do Jornal do Comércio de Rodrigues & Comp., 1898. Texto completo disponível na Biblioteca Digital do Senado Federal.

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

FERREIRA, Sergio de Andréa. Responsabilidade civil do Estado por omissão. A jurisprudência dos Tribunais Superiores ao longo dos 25 anos da CF/88. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 183-196. ISBN 978-65-5518-820-2.

O IMPACTO DAS TECNOLOGIAS EMERGENTES NA CONFIGURAÇÃO URBANA E O PAPEL DO DIREITO ADMINISTRATIVO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

JANAINA HELENA DE FREITAS

Introdução

Na atualidade é possível observar os impactos das transformações urbanas pelas quais vêm passando as cidades no mundo todo. Essa realidade também influencia as relações resultantes das interações urbanas com o indivíduo, que as utiliza, em seu dia a dia, com maior ou menor facilidade, com direitos garantidos ou negados a depender da situação. Aqui transparecem questões relacionadas às cidades inteligentes e não é que a necessidade e a preocupação em implementar efetivamente conceitos sobre estas sejam recentes, mas o debate ganha mais fôlego e publicidade agora, muito também impulsionado pelo impacto das redes sociais.

Por outro lado, a realidade do dia a dia dos indivíduos mostra desafios que vão desde a mobilidade urbana mais simples, como o transporte público, até a questão da segurança em se mover, especialmente moradores de periferias urbanas. Soma-se a isso, no que concerne ao transporte, o grande tempo em que passam em transporte público, por exemplo.

Esse cenário evidencia a necessidade urgente de soluções inovadoras que possam melhorar a qualidade de vida desses cidadãos. As tecnologias emergentes têm o potencial de transformar positivamente essas realidades, oferecendo alternativas mais eficientes e seguras de mobilidade urbana. A integração delas com o planejamento urbano pode proporcionar cidades mais acessíveis, inclusivas e sustentáveis para todos os seus habitantes.

A busca por cidades mais inteligentes não se resume apenas à aplicação de tecnologias avançadas, mas também à inclusão social e à garantia de direitos básicos para todos os cidadãos. Nesse sentido, é essencial que as políticas públicas estejam alinhadas com os princípios de inclusão e acessibilidade, de forma a garantir que as

melhorias na infraestrutura urbana beneficiem a todos, independentemente de sua condição socioeconômica ou localização geográfica.

Além disso, a participação ativa da comunidade é fundamental para o sucesso das iniciativas voltadas para cidades inteligentes. Os cidadãos devem ser vistos não apenas como beneficiários, mas como agentes de mudança, capazes de contribuir com ideias e soluções para os desafios urbanos. A promoção de espaços de diálogo e a valorização da diversidade de perspectivas podem enriquecer o processo de planejamento urbano e garantir que as cidades do futuro sejam verdadeiramente inclusivas e sustentáveis.

Nesse aspecto, há que se considerar que a cidade é um instrumento para o exercício dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sendo assim, importante que seja integrada e que realmente cumpra o seu propósito constitucionalmente estabelecido. A garantia desses direitos fundamentais no ambiente urbano requer políticas públicas e ações que promovam a inclusão social, a acessibilidade, a segurança e a qualidade de vida para todos os cidadãos. Além disso, é fundamental que haja uma participação ativa da sociedade civil no processo de planejamento e gestão das cidades, de forma a assegurar que as necessidades e os interesses da população sejam devidamente considerados e atendidos.

As transformações urbanas trazem consigo desafios que serão enfrentados por gestores públicos, tanto em realizar um planejamento urbano que realmente contemple as necessidades dos municípios quanto em sua implementação, sob pena de se ter mais um instrumento legislativo sem aplicação prática.

O presente artigo se propõe a debater tais questões, pontuando os desafios para os gestores na implementação de políticas públicas que atendam às necessidades dos indivíduos, que efetivem direitos fundamentais e o papel do Direito Administrativo neste ambiente. Será utilizada a metodologia qualitativa, com a ferramenta de pesquisa bibliográfica e com a utilização de dados para que no fim seja possível fornecer uma reflexão que contribua para o tema.

1 As cidades e as novas tecnologias

Não existem cidades sem pessoas. Assim, estes espaços não devem ser apenas locais de moradia e trabalho, mas também locais que garantam o pleno exercício dos direitos fundamentais de seus habitantes. De outro lado, é senso comum o fato de que grande parte da população do Brasil, por ser um país deficitário, vive sem condições adequadas, sendo fundamental que as políticas públicas e a infraestrutura urbana estejam voltadas para assegurar a dignidade, a liberdade e a igualdade de todos, tornando as cidades verdadeiros instrumentos de cidadania e inclusão social.

Nesse espaço, muito tem sido discutido acerca de como as novas tecnologias podem desempenhar um papel crucial na melhoria da qualidade de vida e no fortalecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos. Por exemplo, a implementação de sistemas inteligentes de transporte público pode facilitar o acesso das pessoas a serviços essenciais, como saúde e educação. Além disso, a utilização de tecnologias de comunicação pode promover a participação cívica e a transparência governamental, permitindo que os cidadãos exerçam seus direitos de forma mais eficaz.

O conceito de cidades inteligentes tem sido desenvolvido e promovido por várias entidades, incluindo governos, organizações internacionais, empresas de tecnologia e

instituições acadêmicas. Não há um único criador do conceito, mas ele tem evoluído ao longo do tempo à medida que as tecnologias e as necessidades das cidades mudam. Alguns dos principais impulsionadores do conceito incluem a União Europeia, através de iniciativas como a Agenda Digital para a Europa e a Parceria Europeia de Inovação para Cidades e Comunidades Inteligentes, e empresas como IBM, Cisco e Siemens, que têm desenvolvido soluções e serviços para cidades inteligentes.

Mas podemos apontar, nos termos do que trouxeram Kon e Santana,¹ que esses locais “estão relacionados ao fornecimento de serviços digitais aos cidadãos, utilizando uma infraestrutura de TI, mas sem necessariamente a integração entre diversos tipos de aplicações e domínios que podem existir em uma cidade”. Por sua vez, no ano de 2020, foi assinada a Carta Brasileira de Cidades Inteligentes, uma parceria realizada entre o Brasil, por meio da Agência Nacional de Desenvolvimento Urbano Sustentável no Brasil (ANDUS), Ministério da Ciência e Tecnologia e Inovação (MCTI), Ministério das Comunicações (MC) e a Agência GIZ, da Alemanha.

Assim, a Carta conceituou as cidades inteligentes como aquelas:

(...) comprometidas com o desenvolvimento urbano e a transformação digital sustentáveis, em seus aspectos econômico, ambiental e sociocultural, que atuam de forma planejada, inovadora, inclusiva e em rede, promovem o letramento digital, a governança e a gestão colaborativas e utilizam tecnologias para solucionar problemas concretos, criar oportunidades, oferecer serviços com eficiência, reduzir desigualdades, aumentar a resiliência e melhorar a qualidade de vida de todas as pessoas, garantindo o uso seguro e responsável de dados e das tecnologias da informação e comunicação.²

Assim, cidades inteligentes são as que planejaram e executaram medidas relacionadas ao desenvolvimento urbano e ligadas à área digital, inter-relacionadas com aspectos econômicos, culturais e ambientais. E aqui compreendemos, de uma forma mais ampla, que essas medidas devem proporcionar significativo impacto no dia a dia dos seus moradores, o mais abrangente possível. Neste ponto faço um importante alerta, quando se fala em cidades inteligentes, muitos pensam apenas na questão da conectividade, quando na verdade isso é apenas um dos pontos.

Uma abordagem essencial para o desenvolvimento de cidades inteligentes é a integração de sistemas e serviços públicos, visando a otimização dos recursos e a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. Isso inclui a implementação de redes inteligentes de energia, que permitem um uso mais eficiente da eletricidade, e a adoção de tecnologias de gestão de resíduos, que contribuem para a redução da poluição e o aumento da reciclagem. Além disso, a criação de espaços públicos acessíveis e seguros, aliada a políticas de inclusão digital, pode ampliar o acesso da população a serviços e oportunidades, promovendo a igualdade de acesso aos benefícios da cidade.

Outro aspecto fundamental para o desenvolvimento de cidades inteligentes é a participação ativa dos cidadãos no processo de planejamento e implementação de

¹ KON, Fábio; SANTANA, Eduardo Felipe Zambom. Cidades Inteligentes: conceitos, plataformas e desafios. 35ª Jornada de Atualização em Informática. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/livros/index.php/sbc/catalog/download/6/6/17-1?inline=0> acesso em: 19 jan. 2024.

² CARTAS CIDADES INTELIGENTES. Disponível em Carta Brasileira para Cidades Inteligentes (cartacidadesinteligentes.org.br), acesso em: 16 fev. 2024.

políticas urbanas. Através de plataformas digitais e consultas públicas, os moradores podem contribuir com ideias e *feedback*, ajudando a moldar o futuro de suas cidades. Além disso, a educação e a capacitação digital são essenciais para garantir que todos os cidadãos possam se beneficiar das oportunidades oferecidas pela cidade inteligente, promovendo assim uma sociedade mais inclusiva e participativa.

Nesse espaço, podemos citar como exemplo algumas iniciativas, como na cidade de Santander, na Espanha, com população de 180 mil habitantes, onde foi implementado um sistema chamado de SmartSantander, com a instalação de 20 mil sensores para coleta de dados em diversas regiões, a fim de mostrar a temperatura, vagas em estacionamento, coleta de lixo, dentre outras possibilidades.³ Também na Espanha, cita-se a cidade de Barcelona, que recebeu projetos voltados para tornar a cidade inteligente, com ações ligadas ao meio ambiente, como sensores em lixeiras que indicam quando esta estaria cheia, operacionalizando melhor os serviços.

Outras cidades também são apontadas como inteligentes, New York, Amsterdam, Masdar, nos Emirados Árabes Unidos, planejada como a primeira cidade zero de carbono. No Brasil, destacam-se a cidade de Curitiba, Americana, Florianópolis, Tangará da Serra, dentre outras. Todavia, importante destacar que são exemplos de cidades que implantaram projetos voltados para se tornarem mais “inteligentes” e, mesmo se destacando em alguns setores específicos, ainda existe um longo caminho para ser percorrido.

Em trabalho anteriormente publicado, apontamos a necessidade de rever “conceitos como novas formas de governança para que tenhamos cidades inteligentes, criar modelos que incorporem tecnologia, mas com a participação cidadã, criando mesmo um espaço novo de interação entre a sociedade, o setor privado e os governos, com maior transparência e colaboração destes dois setores”.⁴

Dessa forma, não há que se falar em uma cidade inteligente sem que a cidadania em sentido material seja um fator necessariamente presente e isso passa pela garantia de direitos básicos, como saúde, educação, moradia, transporte eficiente, etc. Neste aspecto, salienta-se o avanço que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe, garantindo os direitos sociais fundamentais, no sentido formal. Mas isso ocasionou um aumento da necessidade de se aprimorar as práticas institucionais, superando o déficit de concretização desses direitos. Assim, cidadania plena não é uma conquista estática, impondo o constante aprimorando das práticas e políticas públicas.

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) foi constatado que 18,6% dos trabalhadores que residem em regiões metropolitanas gastam mais de uma hora por dia para o deslocamento ao trabalho.⁵ Os dados desvelam uma queda na qualidade do transporte urbano desde o ano de 1992, aumentando o tempo de deslocamento casa-trabalho, sendo que os mais pobres residentes em regiões metropolitanas gastam em média 20% de tempo a mais que os mais ricos e 19% dos mais pobres fazem viagens com duração acima de uma hora.

³ Disponível em: www.smartsantander.eu, acesso em: 19 fev. 2024.

⁴ FREITAS, Janaina Helena; MELO, Lucila R. R. de; TOZETTO, Nathália S. C. Silva. Os impactos das novas tecnologias sobre o desenho urbano das cidades. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; CALIXTO, Fernanda Karoline Oliveira et al. (org.). *Direito Administrativo e Novas Tecnologias*. Curitiba: Juruá, 2023.

⁵ Mais dados disponíveis em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1813.pdf, acesso em: 24 jan. 2022.

No caso do Rio de Janeiro, a pesquisa da FIRJAN (2016) mostrou dados mais impactantes. O tempo excessivo de deslocamento impactou a vida de 3,5 milhões de trabalhadores, dados de 2013, um aumento de 122,7 mil a mais em relação a 2011. Os números encontrados na Baixada Fluminense são bem impressionantes negativamente falando. A cidade de Japeri apresentou o maior tempo, 186 minutos, seguidos de Queimados com 174 e Nova Iguaçu com 164 minutos.

Os dados apresentados pela pesquisa do IPEA e da FIRJAN revelam um cenário preocupante em relação à mobilidade urbana nas regiões metropolitanas, especialmente no Rio de Janeiro. O aumento do tempo de deslocamento casa-trabalho ao longo dos anos reflete não apenas a falta de infraestrutura adequada, mas também a desigualdade social, uma vez que os mais pobres são os mais afetados por essa situação.

A concentração de tempo gasto em deslocamento em determinadas cidades da Baixada Fluminense, como Japeri, Queimados e Nova Iguaçu, evidencia a necessidade urgente de investimentos em transporte público e planejamento urbano nessas regiões. Além disso, medidas que visem à integração de modais de transporte, como ônibus, metrô e trem, podem contribuir significativamente para a redução do tempo de deslocamento e, conseqüentemente, para a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores.

É fundamental que os gestores públicos estejam atentos a essas questões e adotem políticas que promovam uma mobilidade urbana mais eficiente e inclusiva, garantindo o direito de todos os cidadãos a um deslocamento rápido, seguro e acessível.

Parte superior do formulário

Dessa forma, levando em consideração esse exemplo, importante a implantação de tecnologias que diminuam o tempo no trânsito, mas considerando a população mais pobre, uma vez que, quando se aborda o assunto, aparecem fundamentalmente propostas para semáforos sincronizados, mas isso não é suficiente.

2 O papel do Direito Administrativo nas políticas públicas

A complexidade dos problemas das grandes cidades se apresenta como desafios para o Estado. No campo legislativo, grandes cidades necessitam de revisão de seus Planos Diretores e legislações no campo do Direito Urbanístico. Em âmbito Federal, destaca-se ainda a existência do Projeto de Lei nº 976/2021, visando a instituição da Política Nacional de Cidades Inteligentes (PNCI), que definiu em seu art. 2º, I, a *cidade inteligente* como um espaço urbano orientado para o investimento em capital humano e social, o desenvolvimento econômico sustentável e o uso de tecnologias disponíveis para aprimorar e interconectar os serviços e a infraestrutura das cidades, de modo inclusivo, participativo, transparente e inovador, com foco na elevação da qualidade de vida e do bem-estar dos cidadãos.

Por sua vez, importante destacar ainda o inciso VII do aludido dispositivo, que estabelece o conceito de *plano de cidade inteligente* com base em processo participativo permanente de planejamento e viabilidade socioeconômica e financeira. O instrumento determina as diretrizes, objetivos e ações para o desenvolvimento de cidade inteligente em todas as suas dimensões e componentes definidos.

O dispositivo traça um interessante caminho operacional para a implementação de cidades inteligentes no país, mas assim como uma outra gama de legislação, importa

em realmente sair do papel, com estudos, projetos participativos e políticas públicas realmente direcionadas e inclusivas, que aproximem os indivíduos, reais destinatários das políticas.

Nesse ponto, o papel do Direito passa por inicialmente trazer todas as diretrizes básicas para implantação e, posteriormente, regulamentações mais específicas relacionadas a questões que forem surgindo. Importante então a verificação de outras realidades mais avançadas, para tentar antecipar algumas questões que necessariamente irão surgir, com o cuidado de não realizar um transplante de legislações internacionais que não guardam razão com nossa realidade fática.

O Direito desempenha um papel fundamental na promoção das cidades inteligentes, por meio da criação de normas que incentivem a inovação, a sustentabilidade e a inclusão social. Nesse sentido, é importante que as legislações municipais, estaduais e federais sejam atualizadas para contemplar os princípios e objetivos das cidades inteligentes, garantindo a proteção dos direitos dos cidadãos e o desenvolvimento urbano sustentável. Além disso, é essencial que o Direito Urbanístico esteja alinhado com as novas demandas da sociedade, promovendo a integração entre o planejamento urbano e as tecnologias digitais.

No campo das políticas públicas, é necessário que os governos adotem medidas concretas para implementar as diretrizes da Política Nacional de Cidades Inteligentes. Isso inclui a destinação de recursos financeiros e humanos para a elaboração e execução de planos de cidade inteligente, bem como a criação de incentivos fiscais e regulatórios para estimular o investimento privado em projetos voltados para a melhoria da qualidade de vida nas cidades. Além disso, é fundamental que as políticas públicas sejam desenvolvidas de forma participativa, com a colaboração ativa da sociedade civil e de especialistas no tema, garantindo assim sua efetividade e legitimidade.

Uma questão que aparece aqui é sobre o tratamento de dados, uma vez que a temática está bastante relacionada a isso. Delano Rolim⁶ atentou quanto a isso quando mencionou como exemplo de tecnologias e tendências a “aplicação de tecnologia e antenas 5G; pagamento por aproximação; decisões guiadas por dados; foco no capital humano; otimização do espaço público; investimento em soluções de mobilidade; conectividade e IoT. A busca da eficiência do recurso, a e-governança, uma transição digital para todos, bem como a utilização de *software* e algoritmos, trabalhos em *cloudy*, implementar sistemas abertos e reutilizáveis de dados e de informação, permitir o acesso a serviços pelos municípios por plataformas eletrônica, processos digitais, desmaterialização de procedimentos, sem papéis”.

Por fim, é preciso ressaltar a importância da transparência e da *accountability* nas ações governamentais relacionadas às cidades inteligentes. Os gestores públicos devem prestar contas à sociedade sobre o uso dos recursos públicos e os resultados alcançados com as políticas implementadas, garantindo assim a confiança dos cidadãos nas instituições e no processo de construção de cidades mais inteligentes e inclusivas.

Por sua vez, o Direito Administrativo se mostra como instrumento fundamental na implementação das políticas públicas relacionadas às cidades inteligentes.

⁶ ROLIM, Delano Sobral. As cidades inteligentes, as novas tecnologias e o direito. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; CALIXTO, Fernanda Karoline Oliveira et al. (org.). *Direito Administrativo e Novas Tecnologias*. Curitiba: Juruá, 2023.

Ele estabelece as regras e os procedimentos que devem ser seguidos pela Administração Pública na gestão dos recursos e na prestação dos serviços urbanos. No contexto das cidades inteligentes, ele possui a função de garantir a eficiência, a transparência e a legalidade das ações do Poder Público, assegurando que os recursos sejam aplicados de forma adequada e que os serviços sejam prestados de maneira eficaz.

Uma das áreas em que o Direito Administrativo se faz presente é na contratação de serviços e obras relacionadas às cidades inteligentes. Ele estabelece as normas para a realização de licitações e contratos administrativos, visando garantir a concorrência, a igualdade de oportunidades e a qualidade dos serviços prestados. Além disso, também disciplina as parcerias público-privadas (PPPs) e as concessões, que podem ser importantes instrumentos para viabilizar investimentos em infraestrutura e tecnologia nas cidades.

Outro aspecto relevante é a regulação dos serviços públicos, como transporte, energia, água e saneamento, que são fundamentais para o funcionamento das cidades inteligentes. O Direito Administrativo estabelece as regras para a prestação desses serviços, garantindo a sua qualidade, segurança e acessibilidade para toda a população. Dessa forma, o Direito Administrativo atua como um instrumento essencial para a promoção do desenvolvimento urbano sustentável e a melhoria da qualidade de vida nas cidades.

Dentro dos princípios dos serviços públicos, destaca-se o da *atualidade* ou adaptabilidade, que como dissertou Matheus Carvalho⁷ “estabelece que a prestação do serviço público deve, sempre, ser feita dentro das técnicas mais modernas. Logo dentro das possibilidades, o poder público deve buscar atualização nas técnicas de prestação do serviço”. Ademais, o art. 2º da Lei nº 8.987/95 definiu que a “atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

Compreendemos que, de maneira geral, o Direito Administrativo está preparado para a temática, restando regulamentações específicas quando advierem casos/questões particulares.

Considerações finais

Em síntese, as transformações urbanas e os desafios enfrentados pelas cidades contemporâneas exigem uma abordagem integrada e multidisciplinar, na qual o Direito e as políticas públicas desempenham papéis fundamentais. A promoção de cidades inteligentes não se limita apenas à implementação de tecnologias avançadas, mas requer também a inclusão social, a participação cívica e a garantia dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, é essencial que as legislações e as políticas públicas estejam alinhadas com os princípios de inclusão, acessibilidade e sustentabilidade, garantindo assim uma melhoria efetiva na qualidade de vida dos cidadãos. Ademais, é imprescindível que os gestores públicos atuem de forma proativa na implementação de medidas que promovam o desenvolvimento urbano sustentável e a inclusão social. Isso inclui a revisão e atualização dos Planos Diretores e legislações no campo do Direito Urbanístico, bem

⁷ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2020.

como o estabelecimento de parcerias público-privadas e a criação de incentivos para investimentos em infraestrutura e tecnologia nas cidades. Além disso, a participação ativa da sociedade civil é essencial para garantir que as políticas públicas sejam realmente eficazes e atendam às necessidades reais da população.

Destaca-se também que é fundamental que haja um comprometimento conjunto da sociedade, do poder público e do setor privado na busca por soluções inovadoras e sustentáveis para os desafios urbanos. A implementação da Política Nacional de Cidades Inteligentes pode ser um passo importante nesse sentido, desde que seja acompanhada de políticas públicas efetivas, participativas e transparentes. Somente dessa forma será possível construir cidades verdadeiramente inteligentes, inclusivas e sustentáveis para todos os seus habitantes.

A complexidade dos problemas urbanos requer uma abordagem holística e integrada, envolvendo não apenas a revisão dos Planos Diretores e legislações no campo do Direito Urbanístico, mas também a implementação efetiva de políticas públicas direcionadas e inclusivas. A instituição da Política Nacional de Cidades Inteligentes representa um importante avanço nesse sentido, porém é fundamental que essa legislação seja acompanhada por ações concretas e participativas que promovam a efetiva inclusão social e melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

O papel do Direito nesse contexto é essencial, tanto na definição das diretrizes básicas para a implantação das cidades inteligentes quanto na regulamentação de questões específicas que possam surgir. É necessário que o Direito Administrativo, em particular, esteja alinhado com as novas demandas da sociedade e promova a eficiência, transparência e legalidade das ações do Poder Público, especialmente no que diz respeito à contratação de serviços e obras relacionadas às cidades inteligentes, à regulação dos serviços públicos essenciais e à garantia da atualidade e adaptabilidade dos serviços prestados.

Por fim, é crucial que haja uma cultura de transparência e *accountability* nas ações governamentais relacionadas às cidades inteligentes, garantindo assim a confiança dos cidadãos nas instituições e no processo de construção de cidades mais inteligentes e inclusivas. O desafio agora é colocar em prática todas essas diretrizes e regulamentações, por meio de estudos, projetos participativos e políticas públicas efetivas, que aproximem os cidadãos reais destinatários das políticas e promovam uma transformação urbana sustentável e inclusiva.

Referências

CARTAS CIDADES INTELIGENTES. Disponível em Carta Brasileira para Cidades Inteligentes (cartacidadesinteligentes.org.br), acesso em: 16 fev. 2024.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2020.

FREITAS, Janaina Helena; MELO, Lucila R. R. de; TOZETTO, Nathália S. C. Silva. Os impactos das novas tecnologias sobre o desenho urbano das cidades. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; CALIXTO, Fernanda Karoline Oliveira et al. (org.). *Direito Administrativo e Novas Tecnologias*. Curitiba: Juruá, 2023.

KON, Fábio; SANTANA, Eduardo Felipe Zambom. Cidades Inteligentes: conceitos, plataformas e desafios. 35ª Jornada de Atualização em Informática. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/livros/index.php/sbc/catalog/download/6/6/17-1?inline=o>, acesso em: 19 jan. 2024.

ROLIM, Delano Sobral. As cidades inteligentes, as novas tecnologias e o direito. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; CALIXTO, Fernanda Karoline Oliveira *et al.* (org.). *Direito Administrativo e Novas Tecnologias*. Curitiba: Juruá, 2023.

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

FREITAS, Janaina Helena de. O impacto das tecnologias emergentes na configuração urbana e o papel do Direito Administrativo nas políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 197-205. ISBN 978-65-5518-820-2.

SUSTENTABILIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: MODELAGEM, ALINHAMENTO E INCENTIVOS EM UM CENÁRIO DE SUSTENTABILIDADE

FILIFE LOBO GOMES

1 Da licitação como forma de intervenção indireta

Eros Grau destaca que a intervenção estatal difere da atuação estatal, pois esta incide sobre todas as atividades econômicas, públicas ou privadas, e aquela exclui os serviços públicos e a sua regulação. Desse modo, classifica as formas de intervenção estatal da seguinte forma: a) intervenção por absorção ou participação; b) intervenção por direção; e c) intervenção por indução.

No primeiro caso, o Estado intervirá no domínio econômico, como agente econômico, seja atuando no regime de monopólio – caso de absorção – ou no regime de competição – caso de participação. Nos outros dois, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, regulando as atividades desenvolvidas no mercado. No caso da intervenção por direção,¹ o Estado imporá normas de comportamento obrigatórias, enquanto na intervenção por indução o Estado estimulará o mercado a agir conforme seus interesses.²

Assim, pode-se ver que nas licitações o Estado determina os comportamentos dos agentes, trazendo pautas de boa-fé objetiva pública, ou em ambiente público, e na indução induz a produção de bens e serviços estruturalmente sustentáveis e priorizadores da função social da propriedade e dos meios de produção.

¹ Em relação a essa forma de intervenção, o que se constata é que, com a redução do papel do Estado como agente da atividade econômica, ela se torna mais relevante para assegurar os princípios básicos, os direitos dos destinatários da atuação dos produtores dos bens e serviços e também dos direitos coletivos e difusos. CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica. *Revista trimestral de Direito Público*, n. 20, p. 73, 1997.

² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90-91; 143-142.

Em complemento do expendido, tem-se com Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti a delimitação de três formas básicas de intervenção estatal na ordem econômica: a) como agente da atividade econômica – a exploração direta da atividade econômica compete ao setor privado, sendo permitido o seu desenvolvimento pelo Estado quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173, da Constituição Federal de 1988); b) como ente regulador das atividades – possuindo papel importante na proteção dos princípios que pautam a ordem econômica. A regulamentação não tende a sofrer redução, mesmo com a nova postura (neoliberal) do Estado, ganhando realce a sua missão de fiscalizar as atividades econômicas exercidas pelo setor privado; e c) como agente indutor – nesse campo, pode valer-se da política fiscal, com a concessão de incentivos setoriais ou regionais, utilizando maior ou menor incidência da carga tributária como mecanismo redutor de custos e estimulador de atividades econômicas.³

Palmilha o professor pernambucano linha consentânea, no que ganha relevo a função regulatória, típica do regramento das licitações, e de indução, típica dos valores nela internalizados e das valorações e afirmações que faz por meio de seus princípios e diretrizes de grande cunho de inclusão, sustentabilidade e igualdade material.

Pois bem, diante das exposições trazidas, tem-se que, quer se opte por diferenciar os termos intervenção e autuação, quer se opte por verificar que o termo intervenção engloba a realidade econômica pública e privada, a questão principal é a de se saber se a intervenção se dará de forma direta ou indireta, no que as duas formas de classificar apresentam uma certa similitude.

Dessa maneira, entende-se que o texto constitucional quis deixar claro esse direcionamento, porquanto vaza em seu art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

De mais a mais, volvendo-se a análise para o estudo da intervenção, importa detalhar o porquê de o Estado intervir no domínio econômico. Para além da determinação constitucional brasileira, que dedica um título seu à ordem econômica e financeira, tem-se que a intervenção estatal no domínio econômico se justifica diante de circunstâncias conhecidas como *falhas de mercado*, impeditivas do desequilíbrio das forças competitivas e que não consigam ser sanadas por meio dos agentes econômicos, ou seja, por sua autorregulação.⁴ Nesse caminho, as pautas estabelecidas no novo marco legal das licitações e contratos sinalizam de maneira incontestável qual a diretriz do Estado para aquisições e concretização de sua missão constitucional de atendimento dos direitos fundamentais, como será visto e debatido nas linhas vindouras, notadamente na defesa de um direito de terceira dimensão ou multidimensional como se porta a sustentabilidade.⁵

³ CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica. *Revista trimestral de Direito Público*, n. 20, p. 70-74, 1997.

⁴ TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no Domínio Econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 225-256, p. 227.

⁵ “Desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir sua própria necessidade” (Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento/CMMAD, 1987).

2 Da análise econômica e dos influxos nos contratos administrativos – algo racionalmente esperável, mas de alongada inclusão

De maneira preambular, necessário se torna analisar os contributos da nova economia institucional para entender o que de positivo pode ser gerado ao Direito. Ela assesta ser impossível obter o funcionamento perfeito dos mercados diante da impossibilidade de se criar modelos probabilísticos para tratar das incertezas em relação ao futuro. As incertezas são geradas por uma série de fatores, quais sejam: a) racionalidade limitada dos agentes, que os impede de tomar continuamente decisões maximizadoras de bem-estar; b) o comportamento oportunístico dos agentes, que os motiva a agir de modo a obter benefícios de outros agentes com os quais transacionam; c) a assimetria de informações, que implica um acesso desigual dos agentes às informações pertinentes à troca por eles realizada, impedindo que ela se dê da maneira mais vantajosa do ponto de vista da sociedade; d) a impossibilidade de contratos completos, capazes de prever todos os eventos possíveis num ambiente de incerteza.⁶ Essas diretrizes, típicas do mercado, singram e se internalizam dentro da Administração Pública por ser em verdade um espelho das práticas privadas. Entendendo esses pontos, teremos cabedal teórico e novos elementos racionais para entender como funcionam os comportamentos privados e como eles podem ser internalizados e condicionados quando da entrada no âmbito público.

Perpassados os fundamentos da nova economia institucional, importa delimitar o seu aspecto principal, a conformação do que sejam as instituições. Segundo Douglas North, as instituições:

são as restrições humanamente concebidas que estruturam a interação humana. Elas são feitas de restrições formais (regras, leis, constituições), de restrições informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta autoimpostos) e de suas respectivas características impositivas. Juntas, elas definem a estrutura de incentivos das sociedades e, especificamente, das economias. As instituições e a tecnologia empregada determinam os custos de transação e de transformação que se somam aos custos de produção. [...] O resultado neoclássico dos mercados eficientes somente é obtido quando não existem custos para se transacionar. [...] Quando se tem custo para transacionar, as instituições são importantes.^{7 8}

⁶ SILVA FILHO, Edison Benedito da. A teoria da firma e a abordagem dos custos de transação: elementos para uma crítica institucionalista. *Pesquisa & debate*, São Paulo, vol. 17, n. 2 (30), p. 259-277, 2006, p. 263.

⁷ NORTH, Douglas C. Desempenho Econômico através do tempo. Tradução de Antonio José Maristello Porto. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010, p. 16.

⁸ A importância das instituições, em especial, de seu desenho institucional, é bem delineada por Marcos Lisboa: “A solidez e o impacto de boas instituições são determinados por seu desenho específico e pela consistência de longo prazo dos incentivos gerados pelas regras do jogo. A maioria dos mercados funciona adequadamente desde que os contratos sejam respeitados e os acordos, cumpridos. Em alguns casos, porém, é necessário maior regulação por parte do setor público, ou regras institucionais específicas, para que se garanta maior bem-estar social. São principalmente as especificidades do desenho institucional, e não a maior ou menor participação do Estado, que determinam a distribuição e o provimento dos serviços. [...] o cuidado com a construção das instituições – ou seu descuido gerado por pressões do momento – não gera resultados significativos no curto prazo, mas é fundamental no longo prazo. Não se deve medir um governo ou uma gestão pelos resultados obtidos durante sua ocorrência, e sim, por seus impactos no longo prazo, pelos resultados que são verificados nos anos que se seguem ao seu término. Instituição importa, e os impactos decorrentes da forma como são geridas ou alteradas se manifestam progressivamente, porém são inexoráveis”. LISBOA, Marcos. Instituições e crescimento econômico. Discurso pronunciado ao receber o prêmio de economista do Ano de 2010, publicado com pequenas modificações em BACHA, E.; BOLLE, M. (org.). *Novos dilemas da política econômica: ensaios em homenagem a Dionísio Dias Carneiro*. Rio de Janeiro: Casa das Garças/LTC, 2011, p. 232-233.

Para a nova economia institucional, é a interação entre as instituições e as organizações que modela a evolução institucional de uma economia. Se as instituições são as regras do jogo, as organizações e seus empresários são os jogadores. As organizações são constituídas por grupos de indivíduos unidos por um objetivo comum para atingir certos objetivos.⁹ No caso das licitações, a modelagem busca escolher a proposta mais vantajosa para a Administração Pública em termos econômicos, sociais e ambientais valorativamente relevantes. Esse é o desígnio finalístico do Estado que orienta o rearranjo institucional de quem para com ele queira estabelecer laços contratuais.

Mas para se compreender a dinâmica das relações entre as instituições e as organizações, importante se torna a compreensão de um dos conceitos mais importantes da nova economia institucional, qual seja o dos custos de transação.

O conceito de custos de transação foi apresentado por Ronald Coase em 1937, no artigo *The Nature of the Firm*.¹⁰ Coase se referiu aos custos de transação como os custos para a utilização dos mecanismos de preços. Por meio desta concepção, percebe-se que qualquer interação econômica implicará o dispêndio de recursos para a sua operacionalização. Kenneth Arrow definiu os custos de transação como os custos para conduzir o sistema econômico.¹¹ Nos dizeres de Egon Bockmann Moreira, os custos de transação dizem respeito ao conjunto do trabalho, tempo e dinheiro que envolvem um negócio. Eles não representam um valor intrínseco ao negócio. São situações relacionadas ao levantamento de informações contratuais objetivas, ao exame sobre as pessoas dos respectivos contratantes, à elaboração dos contratos, à proteção ao meio ambiente e ao controle da execução contratual etc.¹²

Os custos de transação incorrem diante da presença de três suposições, são elas: a racionalidade limitada; o oportunismo, que consiste na maneira mais forte de se buscar o interesse próprio, que pode passar por práticas desonestas, incluindo mentir, trapacear, roubar, esconder ou distorcer informações; e a de que o capital nem sempre pode ser transferido de uma atividade para outra a custo zero, sendo frequente que um determinado ativo muito produtivo em uma atividade (transação) seja menos produtivo em outra.¹³ Como relatado, os custos de transação dizem respeito aos fatores que não se encontram intrinsecamente no valor do negócio e são representados pelos custos de procura e obtenção de informações, pelos custos de negociação e de execução do contrato. A origem deles decorre da racionalidade limitada dos pactuantes, do oportunismo e da compreensão de que nenhum bem será transferido de uma atividade para outra a custo zero. Tema, então, perfeito para o trato das licitações e dos contratos. Notadamente ao se perceber se realmente a sustentabilidade é um custo ou um ativo atual, tangível e

⁹ NORTH, Douglas C. Desempenho Econômico através do tempo. Tradução de Antonio José Maristello Porto. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010, p. 18.

¹⁰ COASE, Ronald H. The nature of the firm. *New Series*, vol. 4, n. 16, p. 386-405, *passim*, nov. 1937.

¹¹ ARROW, Kenneth. The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market versus non-market allocation. The analysis and evaluation of public expenditures. *THE PBB- SYSTEM, JOINT ECONOMIC COMMITTEE*, 91st Congress, 1st session, v. 1. Government Printing Office: Washington, D.C., 1969, *passim*.

¹² MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 97.

¹³ WILLIAMSON, Oliver E. Why Law, Economics and Organization? (December 2000). *UC Berkeley Public Law Research*. Paper n. 37. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=255624>. DOI: 10.2139/ssrn.255624. Acesso em: 8 jul. 2012, p. 7.

merecedor de proteção, tal qual qualquer investimento que se quer ver surta efeitos no longo prazo. Será que investir no meio ambiente e na sustentabilidade da exploração dos recursos é um investimento ou um custo?

A importância dos custos de transação e das instituições pode ser extraída do teorema de Coase. Por meio dele, em situações onde os custos de transação são baixos, a barganha livre e cooperativa entre os agentes tende a um resultado de maximização de ganhos, ou seja, a eficiência. Entretanto, quando os custos de transação se apresentam significativos, as livres forças do mercado, neste caso, não podem garantir a eficiência do sistema. Nesse sentido, caberia às instituições legais a responsabilidade pela maximização do bem-estar social. São as instituições que, na verdade, governam o desempenho da economia. Assim, as instituições agem de duas formas sobre o resultado econômico final. Uma *ex ante*, determinando os custos de transação da economia. Outra *ex post*, de maneira a corrigir os resultados ineficientes.^{14 15} A Nova Lei de Licitações, ao focar na execução, numa fiscalização estruturada e na matriz de risco, inclusive de riscos de longo prazo, típicos da sustentabilidade, revela, ao menos na medida da intelecção dos agentes públicos, os custos diretos e indiretos envolvidos e seus influxos, tentando antecipar os efeitos monetizantes das atividades exercidas. Ela avança ao internalizar as linhas de defesa, restando à primeira linha de defesa focar na autotutela, exercida por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade. A segunda linha de defesa é focada no controle de legalidade ou de economicidade, exercida por unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade. Já a terceira linha de defesa é feita por órgão central de controle interno da Administração e tribunal de contas.

Dentro do contexto de regulação licitatória, a execução das políticas governamentais moldaria significativamente o desempenho econômico, porque reflete e aplica as regras da economia. Nesse sentido, entende-se que a centralização da regulação nas agências reguladoras é inadequada e vem de uma visão de separação de funções estatais, poderes, acrítica e sem fundamento útil. Temos que pensar, isso sim, no polícentrismo regulatório estatal, que pode ser exercido típica, atípica, transversal ou interfunções por qualquer delas. Não se precisa de um *dominus*, mas de profusão desses instrumentos mais ágeis para atender às demandas sociais. Assim, defende-se a tese de que a regulação é ínsita ao modelo atual de Estado e é traço motriz de todas as suas atividades. Portanto, uma parte essencial da regulação é a importância que apresenta para uma política do desenvolvimento que fomente instituições que criem e façam valer os direitos de propriedade eficientes, no caso, a condução das atividades econômicas de forma eficiente.¹⁶ Assim, ao efetuar uma análise institucional, deve-se levar em conta a idoneidade de cada um dos funções/poderes, em virtude de sua estrutura orgânica, legitimidade democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica

¹⁴ Cf. COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *Journal of Law and Economics*, 1960, *passim*.

¹⁵ Cf. RAVINA, Carlos Morales de Setién; POSNER, Richard A.; LANDES, William M.; KELMAN, Mark G. *Análisis Económico del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2011, p. 50-57.

¹⁶ NORTH, Douglas C. Desempenho Econômico através do tempo. Tradução de Antonio José Maristello Porto. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010, p. 27-28.

etc.,¹⁷ ou seja, no que concerne às licitações, o papel de indutor e regulador do Estado na sua conformação, uma conformação vocacionada ao adimplemento ou tentativa de concretização de uma sustentabilidade de longo prazo.

3 Propostas de revisão institucional das licitações

Entende-se ser questão preliminar ao lance de propostas de revisão institucional da regulação licitatória a identificação das falhas que nelas se encontram.

Nesse intento, apresentam-se as falhas do mercado, ou seja, as assimetrias informacionais, da insuficiente provisão de bens públicos e das externalidades, e as falhas do Estado, diante da possibilidade de captura pelos grupos de pressão. Diante desses cenários, tem-se que a regulação necessita de propostas de rearranjo institucional necessárias a dar solução para os problemas encontrados.

Mas o que são as externalidades? As externalidades decorrem de ações que geram em contrapartida não apenas custos (benefícios) para as partes envolvidas, mas custos (benefícios) para terceiros, de forma a se configurarem, respectivamente, externalidades negativas (positivas). O surgimento das externalidades decorre da ineficiência da alocação de recursos, que não foi devidamente analisada pelos executores das ações. Há, a par dessas duas modalidades de externalidades, uma terceira, nominada de externalidade pecuniária. Ela tem origem em uma ação que gera externalidades positivas e negativas que mutuamente se anulam.¹⁸

Nesse passo, pode-se pensar que a ausência de sustentabilidade de uma aquisição se apresenta como uma externalidade que distorce o sistema, pois induz a comportamentos não socialmente adequados dos agentes privados – tendência a condutas predatórias, extrativistas e não dimensionadas dentro dos padrões da prevenção e da precaução – e dos agentes públicos, imbuídos por um mantra do menor preço, que, não bem dimensionado, pode implicar aquisições ruins ou extremamente prejudiciais (*tragic choice*) ou enviesadas por interesses de grupos de pressão focados na maximização do lucro sem um pensamento de longo prazo. De um lado ou de outro, vê-se, primeiramente, falha de mercado e, logo após, falha do Estado. O planejamento de longo prazo pautado em metas para além do nosso momento pode antever, com as limitações de nossa ciência e técnica, potenciais falhas, contingenciando-as ou criando mecanismos de equilíbrio dinâmico, tal qual uma compra estruturada dentro de um plano de logística sustentável, preconizado pelo art. 144¹⁹ da novel Lei de Licitações e Contratos.

Também se pode alertar para a existência de externalidades intergeracionais e intrageracionais. Como notadamente é tudo o que toca o meio ambiente e bens e serviços de longo período de duração. A sustentabilidade pode beneficiar tanto os

¹⁷ KRELL, Andreas Joachin. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e as competências dos órgãos ambientais*. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45 e ss.

¹⁸ Cf. ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de. *Microeconomia*. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34-114. p. 67;70.

¹⁹ Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

povos que convivem neste momento como as futuras gerações. Para a compreensão desses posicionamentos, importante é a análise dos entendimentos de Todd Sandler sobre os bens públicos e sobre os efeitos das atividades exploratórias de uma geração em termos intergeracionais:

Um bem público puro (ou mal público puro) intergeracional gera benefícios (ou custos) não rivais e não exclusivos dentre e entre gerações. [...] ²⁰ Uma geração anterior pode, por exemplo, tirar partido de sua vantagem de primeira jogadora e pôr o fardo maior de um bem público intergeracional nas costas da geração seguinte. [...] Quando as instituições são planejadas para corrigir as falhas de mercado vinculadas aos bens públicos transgeracionais, o cálculo dos ganhos líquidos do vínculo depende do resultado na ausência de um acordo. [...].²¹

A regulação estatal eficiente presta-se a esse fim, é justificada para corrigir os efeitos nocivos das falhas do mercado (assimetrias informacionais, externalidades negativas, insuficiência de bens públicos, competências insuficientes) e das falhas de governo (dentre todas, a teoria da captura), trazendo pautas transversais aos dois segmentos e aumentando o excedente total com ganhos para toda a coletividade.

Da parte das falhas de governo, ganha em importância o risco de captura, ou seja, a contaminação dos agentes com base em interesses próprios, de grupos de interesses e/ou pela falta de investimento necessário à modernização das competências técnicas. Essas falhas decorrem de comportamentos rentistas que acabam por gerar um comércio regulatório paralelo.

Em compasso com os problemas elencados, pede-se vênia para listar e adaptar ao contexto nacional os problemas encontrados por Cass Sunstein em relação à regulação. Nesse intento, ele destaca as falhas de coordenação do Executivo, a falta de deliberação política e responsabilidade, a falta de controle político (*accountability*) e a influência de grupos políticos atuantes em favor dos próprios interesses, ou seja, deve-se pesar o interesse econômico de determinado segmento e dar-lhe uma função social.²² Como se viu, a questão da regulação está intrinsecamente relacionada à fixação, à alocação de direitos. Nesse sentido, deve-se ter em mente que a alocação deve ser direcionada àqueles atores sociais que possuam melhores condições de gerenciá-los, de forma a maximizar o valor total do projeto (*total project value*) ou, melhor dizendo, o valor total dos benefícios à sociedade, considerando a capacidade de cada parte para influenciar o correspondente fator de risco,²³ influenciar a sensibilidade do valor total do projeto em relação ao risco –

²⁰ Verifica-se que essa definição econômica de bem público é bem diversa da exposta na Constituição Federal, de maneira que se pode usar na área econômica, com sérias ressalvas numa perspectiva jurídica.

²¹ SA SANDLER, Todd. Bens públicos intergeracionais: estratégias, eficiência e instituições. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. Tradução de Zaida Maldonado. *Bens Públicos Globais*. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 59-89.

²² Sustain também faz uso do termo paradoxos regulatórios, que são resultados opostos aos pretendidos pela regulação. In: SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the regulatory state. *The University of Chicago Law Review*, vol. 57, n. 2, p. 407-441, 1990.

²³ Interessante o posicionamento de Carlos Ari Sundfeld sobre a postura da população diante dos riscos inerentes da atividade econômica: "Só que as pessoas não querem mais correr esse risco. Elas querem controle prévio. E para isso é preciso um órgão administrativo que controle tudo: que previamente examine projetos, planos; que edite os atos administrativos autorizando construir, implantar, fazer, destruir; que fiscalize a execução das atividades, aplicando sanções e cassando licenças – e assim por diante. [...] Mas as pessoas querem mais: que

antecipando ou respondendo ao fator de risco – e absorver o risco, isto para aquele que poderá absorvê-lo ao menor custo.²⁴ Focando a questão dentro das teorias econômicas neoinstitucionalistas, pode-se afirmar, então, que o desenvolvimento será alcançado quando a evolução das instituições permitir reduzir o grau de risco/incerteza e diminuir os custos de transação.^{25 26} É nesse passo que ganha importância a função reguladora do novo marco regulatório das licitações, com sua relevante atividade de harmonização de subsistemas, de forma a direcionar os setores da convivência social e econômica na busca do máximo de eficiência na solução de seus problemas, ponderando para cada hipótese o uso da flexibilidade negocial privada com o rigor da coercitividade estatal, tudo com vistas a garantir uma sustentabilidade que permeie a presente geração e as futuras.²⁷

Assim, propõe-se que o Estado deve avançar paulatinamente para uma Administração que siga de acordo com o princípio da correção de erros (*trial and error*), ou seja, “no esforço de controlar as consequências de suas ações a fim de as corrigir a tempo. Portanto, avançará apenas passo a passo e sempre acompanhará cuidadosamente os resultados perspectivados com os realmente alcançados, estando continuamente atento aos efeitos secundários indesejáveis”.²⁸ Defende-se até que esse princípio torne-se com o novo regramento um princípio implícito novo a reger o sistema de compras públicas, reconhecendo o caráter finalístico da contratação, ou seja, o melhor serviço, ou melhor bem em prol da Administração Pública. E isso fica claro ao se propor compras sustentáveis. O nível de conhecimento acadêmico e técnico evolui com o tempo, mas é essencial que os equívocos praticados, mormente em compras, sejam inventariados e compartilhados no âmbito da Administração Pública, para que ela aprenda e otimize as futuras contratações, sem deixar de ver o padrão natural e médio da experiência do homem médio.

Nesse sentido, os autores europeus propugnam por uma neorregulação ou regulação por competência, em superação da regulação econômica. A regulação estatal visaria principalmente ao estabelecimento dos quadros para que o mercado se desenvolvesse livremente e regulasse naturalmente suas atividades,²⁹ respeitando-se, no contexto nacional, a ordem constitucional econômica. Uma ordem constitucional econômica sustentável.

os conflitos individuais nascidos da aplicação de todos estes planos sejam tratados por entidades imparciais – o que sempre se exigiu dos juízes, a *imparcialidade*. Mas isso não lhes basta. Os conflitos entre uma indústria poluidora, uma outra indústria que usa a água poluída lançada no rio e os vizinhos que também a consomem, quer-se que eles sejam julgados por quem entenda do assunto. Não alguém que entenda de Direito apenas (isto é, das técnicas de produção e hermenêutica normativa), mas que entenda do problema específico: quem saiba das dificuldades para compor harmonicamente o conflito, consiga dar solução mais harmoniosa por equidade, baseando-se em critérios técnicos, [sic] etc.”. SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras, p. 17-38. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30.

²⁴ Cf. NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 129.

²⁵ NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 42.

²⁶ Cf. VIANNA, Salvador Teixeira Werneck. *Desenvolvimento econômico e reformas institucionais no Brasil: considerações sobre a construção interrompida*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007, p. 38.

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107.

²⁸ Zippelius, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, Coord. de J. J. Gomes Canotilho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 469-470.

²⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999, p. 549-603.

Destarte, o Estado deveria compreender a incompletude do sistema regulatório licitatório, de maneira a executar um planejamento estatal que acompanhe diuturnamente os efeitos de suas ações e anteveja os seus efeitos futuros.

Nesse sentido, propõe-se como solução para a regulação brasileira a eficiência adaptativa. A ideia central é que o controle e a regulação nacionais devem se adaptar aos novos incentivos estabelecidos no novo marco regulatório, focado no elemento finalístico da atividade estatal. Ela se apresenta como a chave para o crescimento de longo prazo. Ela ocorre em sistemas político/econômicos bem-sucedidos por meio do desenvolvimento de estruturas institucionais flexíveis que podem sobreviver a choques e mudanças que fazem parte da evolução de sucesso. Contudo, como preconiza Posner, esses sistemas são um produto de longa gestação, eles não são gerados em curto prazo.³⁰

Como veremos nas próximas linhas, os mecanismos de adaptação da novel regulação licitatória seguem nesse caminho internalizando grandes aprendizados da ciência econômica.

4 Da conclusão comentada – a internalização da sustentabilidade

Como orientação metodológica, reporta-se que todos os dispositivos a seguir mencionados se relacionam à Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, também nominada de Nova Lei de Licitações, e aos instrumentos infralegais que a regulamentam e/ou que foram recepcionados pelo novo sistema.

Pautado nessa premissa, avançar-se-á com comentários sobre os pontos de inovação da recente regulação licitatória, enfrentando e confrontando as propostas com os fundamentos teóricos da Análise Econômica do Direito e os influxos que as dimensões da sustentabilidade podem mensurar na internalização das externalidades.

Antes, porém, essencial se torna dimensionar a compreensão do que se vem a entender como sustentabilidade. A sustentabilidade denota uma preocupação em promover o pleno desenvolvimento sustentável dos povos e a preservar o meio ambiente equilibrado para as gerações atuais e futuras. Então, sua definição conceitual não é simples. Apesar de normalmente relacionar-se à conservação do meio ambiente, possui outros desdobramentos. O início do conceito e toda a sua evolução se relacionam com o meio ambiente, mas não se restringem a ele. Quando o termo sustentável se liga ao termo desenvolvimento, adquire um caráter múltiplo, razão pela qual Freitas afirma que a “sustentabilidade é multidimensional, porque o bem-estar é multidimensional”.^{31 32}

³⁰ Cf. NORTH, Douglas C. Desempenho Econômico através do tempo. Tradução de Antonio José Maristello Porto. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010, p. 28.

³¹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 1. ed. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41.

³² Art. 90. A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.

[...]

§2º Será facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor.

[...]

§4º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do §2º deste artigo, a Administração, observados o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, poderá:

A ramificação da sustentabilidade apresentada por Juarez Freitas, proposta nas cinco dimensões, é bastante abrangente. Sendo elas: as dimensões ambiental, social, econômica, ética e jurídico-política.

Nesse ponto, Freitas desenvolve o conceito de sustentabilidade:

Trata-se do princípio constitucional que determina, independente de regulação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem-estar de todos.³³

Desse modo, quando se trata da dimensão ambiental da sustentabilidade, é inquestionável a proposição de que o meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida para a presente e futuras gerações deve ser devidamente preservado e protegido. Por meio da dimensão ambiental, compreende-se que a existência humana depende da sua preservação e cuidado com o meio ambiente, a fim de que sejam garantidas condições mínimas de sobrevivência e bem-estar, repita-se: tanto para a presente geração quanto para as futuras. Sendo assim, medidas devem ser tomadas, no sentido de combater a poluição na acepção mais ampla da palavra, medidas essas que vão muito além de conferências internacionais e cartas de boas intenções.³⁴

Visto o caráter e as dimensões do termo sustentabilidade, singra-se o caminho da análise da sustentabilidade na prática, qual seja, o do Plano de Logística Sustentável e as passagens em que é vazado na regulação hodierna das licitações e contratações públicas.

Dentro das novas cláusulas do art. 92³⁵ da Nova Lei de Licitações, depreende-se a exigência de mecanismos para auxiliar em termos temporais o pagamento e a execução do contrato, aquilatando que o tempo é importante às atividades empresariais e que o desperdício dele implica aumentos dos custos de transação, ao se estabelecer os critérios e a periodicidade da medição, o prazo para liquidação e para pagamento, para resposta ao pedido de repactuação de preços e para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, estes últimos, quando for o caso. O novo regramento, então, formula medida de transparência ativa para com o contratado, valorando o dispêndio de tempo e recursos. Dimensionar adequadamente tudo isso implica inclusive uma função social do Estado e da empresa na manutenção do fluxo de remuneração pelos serviços executados.

Isso é importante porque, não raro, são gastos muito tempo e esforço em análise de aditivos e pactuação que se alongam no tempo. Nesse passo, segue bem com a

I - convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário;
II - adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição.

³³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 1. ed. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40-41.

³⁴ BOFF, Leonardo. *O cuidado necessário: na vida, na saúde, na educação, na ecologia, na ética e na espiritualidade*. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 47.

³⁵ Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

[...]

IX - a matriz de risco, quando for o caso;

ponderação da pior externalidade negativa na execução do contrato, o alongamento e a indefinição quanto ao pagamento devido ao contratado. Inclusive, mais adiante em seu §6º, deixa claro o prazo preferencial de um mês para resposta ao pedido de repactuação de preços contado da data do fornecimento da documentação prevista no §6º do art. 135 da Nova Lei de Licitações, isto para os contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra. Seria um espectro da sustentabilidade no seu plano econômico e, por que não, social.

Outra inovação apresentada anteriormente em instruções normativas e outros instrumentos infralegais foi a previsão da matriz de risco. A previsão, trazida no art. 92, IX, quando preconiza “quando for o caso”, sinaliza para a avaliação das externalidades, em grande parte, negativas, que podem influenciar na estrutura do negócio e podem influir em revisão, reequilíbrio, inexecução e demais eventos aleatórios. A apresentação da matriz de risco é elemento importante para mitigar as alegações de que aquilo era inesperado, imprevisível ou de consequências subdimensionadas. Mais uma vez, nesse ponto, deve-se ter em mente que a matriz apresenta elemento fundamental para antecipar os eventuais custos adicionais subsequentes e internalizar dois princípios caros ao Direito Ambiental, mas que estão a se espalhar por diversos outros ramos, como o da prevenção e o da precaução. Este, surgido diante de uma incerteza científica, buscando minorar o porvir, e aquele, embasado em elementos científicos certos que deixam menos ao sabor da aleatoriedade à ação, neste caso, administrativa. Certamente, o risco será maior nas causas em que se busca precaver e menor naqueles em que se busca prevenir. É lógico e claro que a matriz não será regra para tudo, mas terá vez em contratações e serviços onde a experiência justifica a variabilidade de fatores impactantes. Daí, verifica-se o influxo da dimensão intergeracional, assim nominamos, intertemporal da sustentabilidade.

Mais adiante, entendendo-se como um dos capítulos mais relevantes, o texto apresenta o Capítulo III, mais especificamente o art. 103, sobre a alocação de riscos, reconhecendo de maneira contundente os custos de transação e os efeitos das externalidades positivas, negativas e das falhas do mercado e do governo.

A disciplina regulatória fala em riscos contratuais previstos e presumíveis, com a previsão da matriz de alocação, ou seja, quem será responsável, avaliando a natureza, o beneficiário, e aquele que terá melhor capacidade de gerenciá-lo, voltando ao contratado a assunção pelos riscos cobertos pelas seguradoras. Ao falar em riscos contratuais, ele o internaliza como custo, tanto que seus reflexos são estimados na contratação, de maneira que áleas extracontratuais serão resolvidas por outra metodologia. O detalhe regulatório é o de se criar novo ponto de equilíbrio econômico-financeiro, sendo a matriz de risco inserida na estrutura das condições iniciais da proposta. No caso da matriz como elemento novo de direcionamento do equilíbrio, ela influenciará na renúncia das partes ao reequilíbrio do que foi assumido pela matriz de riscos, excepcionando as alterações unilaterais determinadas pela Administração e as hipóteses de aumento ou redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato dentre diversos outros eventos que possam impactar na matriz de preço inicialmente ajustada. A cisão do equilíbrio em contratual e extracontratual é relevante na novel regulação. Nesse passo, então, a matriz revela a limitação da racionalidade e internaliza as externalidades negativas, tornando-a elementos inerentes ao contrato. Os demais eventos imprevisíveis serão resolvidos pela concepção clássica e usual do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. As dimensões da sustentabilidade

entrariam nesse emaranhado de aspectos que dimensionariam o valor de determinado bem e serviço e a sua devida precificação diante do porvir.

Dispositivos depois, em movimento de deslegificação ou de deslegalização, reduzem o grau hierárquico normativo, permitindo que a alocação de riscos adote métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, possibilitando que ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública definam os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira. Trata-se de movimento de *publicatio* das realidades privadas, ou de um retorno ao privado, ou, melhor dizendo, ao interesse geral tão preconizado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, mormente com as alterações da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Chamaria esse movimento de *integração de interesses*.³⁶

Na sequência, trata da remuneração variável, excelente e moderno mecanismo contratual, positivado no art. 144, estabelecendo a remuneração embasada em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato. O pagamento, dentro dessa metodologia, poderá ser ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização. Contudo, sua utilização será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação. É relevante mecanismo de eficiência, pois reduzirá a assimetria informacional e estimulará um comportamento induzido pela recompensa, sem mudar na estrutura orçamentária da proposta. Como visto, ele entra na concepção da estrutura inicial da proposta como elemento de renúncia de eventual pedido de reequilíbrio, muito embora a nova lei não especifique isso. A sustentabilidade entra na dinâmica da precificação como elemento *ex post* de invalidação de externalidades positivas. Mais ganhos sustentáveis implicam nessa lógica mais remuneração.

O art. 147 apresenta inovações que seguem em compasso com os novos regramentos da LINDB. Quando pontua que constatada irregularidade no procedimento licitatório, ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, dos seguintes aspectos: impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; motivação social e ambiental do contrato; custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas; fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; custo para realização de nova

³⁶ REIS, Camille Lima; ALMEIDA, David de; GOMES, Filipe Lôbo. Nepotismo nas entrelinhas: estudo sobre como o nepotismo pode manifestar-se nas subcontratações no âmbito federal. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; MAIA, Vitor Mendonça (coord.). *Direito Administrativo Propositivo*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 123-143.

licitação ou celebração de novo contrato; custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

O dispositivo lista uma série de pontos de inflexão, em nosso entender, externalidades positivas, valores, que deverão ser ponderados no momento de se declarar a nulidade do procedimento ou do contrato que possa causar mais prejuízos do que benefícios, ou seja, busca obstar a externalidade negativa do descumprimento finalístico do procedimento licitatório.

Seu objetivo maior é favorecer o ato de maneira a aquilatar a razoabilidade de um reinício ou a aferição pragmática e finalística do resultado que se buscou no início com o lançamento da licitação.

Busca concretizar direitos fundamentais e trazer os efeitos positivos deles para o *design* das contratações públicas, deixando bem claros os valores envolvidos.

Com efeito, não entregar o bem ou serviço à população é infinitamente mais danoso do que tentar convalidar vícios sanáveis em prol do valor total do projeto. Convalidar, então, torna sustentável o gasto e o dinheiro até então despendido. Quando se fala nesse ponto, é do valor do tempo, da dedicação, dos salários, dos contatos, da preparação, de tudo o que foi dispendido pelos participantes do certame, Estado e licitantes, aferindo se todo aquele esforço deve ser perdido gerando ineficiência estrutural para a coletividade como um todo. Nesse passo, a perda de uma chance, ou seja, o dispêndio de tempo sem proveito prático acaba retirando tempo de outras atividades produtivas e que podem agregar valor ao país. Pensa-se que nessas hipóteses imperativo se torna ponderar ou estabelecer uma principiologia que trate da *perda de tempo geral como fator de ineficiência inter e intrageracional*, portanto insustentável. Haveria, assim, uma dimensão sistêmica da sustentabilidade como mecanismo de equilíbrio dos interesses gerais, quais sejam, do Estado, do mercado e dos cidadãos.

Perfilhado o plano legal, passa-se à análise do plano infralegal. Nesse sentido, o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, em seu art. 4º, apresenta uma lista não exaustiva de critérios e práticas sustentáveis que podem ser utilizados.³⁷

Mais adiante, trata nos artigos 5º e 6º de alguns princípios tangíveis.³⁸

³⁷ Art. 4º Para os fins do disposto no art. 2º, são considerados critérios e práticas sustentáveis, entre outras: (Redação dada pelo Decreto nº 9.178/2017)

I - baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; (Redação dada pelo Decreto nº 9.178/2017)

II - preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

III - maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;

IV - maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;

V - maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI - uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; (Redação dada pelo Decreto nº 9.178/2017)

VII - origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; e (Redação dada pelo Decreto nº 9.178, de 2017)

VIII - utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento. (Incluído pelo Decreto nº 9.178/2017)

³⁸ Art. 5º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão exigir no instrumento convocatório para a aquisição de bens que estes sejam constituídos por material renovável, reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade. (Redação dada pelo Decreto nº 9.178/2017)

Art. 6º As especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia devem ser elaboradas, nos termos do art. 12 da Lei nº 8.666, de 1993, de modo a proporcionar a economia da manutenção e operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental.

De se mencionar que tais critérios de sustentabilidade, muito embora se refiram à antiga lei, transcendem em efeitos para a nova legislação, pois, mesmo diante da ausência de adaptabilidade legislativa, cumpre a substituição do vácuo legislativo. Até mesmo porque há referência expressa ao texto para tratar de contratações públicas.

Vê-se, assim, do panorama que a legislação pontua medidas intergeracionais e intrageracionais. Pensar em logística sustentável envolve as dimensões da sustentabilidade, mormente pela melhor alocação de recursos, pois um gasto que avalie o ciclo de vida de um bem, sua manutenção e descarte, pode antever problemas relacionados à durabilidade. Quase que pragmaticamente, ao comprar um item consagrado (“mais caro”) no mercado, vê-se que seus custos com durabilidade e manutenção são extremamente menores do que comprar itens com menor consagração. Sugere-se até que se promova uma matriz dimensional de risco intergeracional e intrageracional, ponderando os custos atuais e futuros em prol da sustentabilidade econômica ou economicidade de longo prazo em mencionadas estruturas.

De maneira transversal, ratifica as exigências de ser renovável, reciclado, atóxico, biodegradável, de fácil manutenção e operacionalização à edificação, que use novas tecnologias, tudo com vistas à redução do impacto ambiental.

Como se verá adiante, o plano Diretor de Logística Sustentável previsto nos artigos 7º a 9º da Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021, fora devidamente desenvolvido por meio da Portaria SEGES/MGI nº 5.376, de 14 de setembro de 2023.

Por meio da primeira portaria, foram fixadas pautas de governança e envolventes da logística sustentável. Mais especificamente, nos artigos 7º ao 9º, foram especificadas inovações no sentido de ponderar custos indiretos que influenciarão na balança que fará o julgamento da opção mais vantajosa. Eles começam a envolver as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação, tratamento de resíduos e impacto ambiental. Ou seja, a dinâmica da melhor escolha pondera uma série de externalidades ou riscos antecipados que servem como uma fórmula para que o julgador possa aquilatar o preço x risco x retorno de uma compra pública.

Essas ações transcendem e palmilham por todas as dimensões da sustentabilidade, uma vez que internalizam condutas voltadas à racionalização e consumo consciente de bens e serviços, racionalidade do uso de espaços, objetos inovadores e com menor impacto ambiental e fomento ao entendimento do que é a logística sustentável.

O sistema segue completo ao acompanhar o ideário do ciclo de políticas públicas e estabelecer que deve constar metodologia para implementação, monitoramento e avaliação dos planos de logística sustentável.

Mais uma vez, o caráter transcendente vem reforçado por sua necessidade de constar no planejamento estratégico e no plano plurianual.

Feito o apanhado da legislação infraconstitucional, segue-se o posicionamento jurisprudencial quanto ao tema. Não por menos, a sustentabilidade ganha envergadura tal que o STF tratou dela quando do esclarecimento do que se chama de erro grosseiro. Com efeito, empós os debates na composição plenária, o Supremo entendeu, por maioria, em deferir a cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP nº 966/2020, no sentido de fixar as seguintes teses na caracterização do erro grosseiro:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. 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.³⁹

Do cotejo desse precedente se vê profunda análise consequencialista, ponderadora dos interesses gerais e que afere as dificuldades do momento. As várias dimensões da sustentabilidade são tocadas quando se fala em meio ambiente; aspectos econômicos, sociais e pautas éticas à decisão política orientam quando ela será grosseira, ou não.

Como visto, ela coloca como limites intransponíveis a vida, a saúde e o meio ambiente equilibrado. Só que vai mais além ao colocar no mesmo patamar os impactos adversos à economia. Quando faz isso preconiza posicionamento que há muito se defende sobre a textura do termo interesse geral. Em nosso entender, como dito, interesse geral é aquele que busca um ponto de equilíbrio ideal entre o Estado, o mercado e cidadão. Sem um ponto de equilíbrio entre os três pontos, teremos como efeitos ou concentração de renda, ou tributação excessiva, ou prestações civilizatórias só no papel, não efetivas e muito menos eficazes.

Para além, salvaguarda-se a ciência e a técnica. Desse modo, a decisão ventilada cria um programa normativo em compasso com a LINDB, que reconhece a racionalidade limitada da autoridade decisória em situações adversas, exigindo para a validação de seu agir que suas decisões sejam embasadas em critérios técnicos e científicos, ou seja, do contexto. Desse modo, descumprindo esse algoritmo decisório, a autoridade incidirá em descumprimento do programa da norma, selecionando âmbitos não previstos e decaindo da necessária normatividade.

Além disso, ao observar precaução e prevenção, tem-se o dever de cautela do administrador, ou seja, da necessidade de se obstaculizar o que a doutrina econômica chama de externalidades negativas, efeitos secundários negativos da ação, prevenindo-os, ou adotando, numa situação abstrata e de indefinição, as medidas adequadas a reduzir o risco, se precaver dele, diante da probabilidade de um perigo abstrato.

Essas medidas vêm em compasso com o ideário da sustentabilidade, que dialoga com a eficiência intrageracional, ou seja, com a necessidade de sermos eficientes, de alocarmos recursos de maneira socialmente referenciada para todos os cidadãos e com a eficiência intergeracional, ou seja, pensarmos de maneira estruturada no que está por vir e na herança ou externalidades positivas atemporais que deixaremos para a posteridade. Esses, então, são os pontos que foram apresentados para avaliar e comentar a sustentabilidade na nova regulação das licitações e das contratações públicas.

³⁹ BRASIL, STF – ADI-MC 6.424, Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912218>. Acesso em: 27 maio 2020.

Referências

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.
- ARROW, Kenneth. The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market versus non-market allocation. The analysis and evaluation of public expenditures. *THE PBB- SYSTEM, JOINT ECONOMIC COMMITTEE*, 91st Congress, 1st session, v. 1. Government Printing Office: Washington, D.C., 1969.
- ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67/70.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal* (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 958252/MG. Relator: Min. Luiz Roberto Barroso, Data de julgamento: 30.08.2018. Data de Publicação: Dje-199 13.09.2019.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal* (Tribunal Pleno). ADPF 324. Relator: Min. Luiz Fux, Data de julgamento: 30.08.2018. Data de Publicação: Dje-194 05.09.2019.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI-MC 6.424. Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912218>. Acesso em: 27.05.2020.
- BOFF, Leonardo. *O cuidado necessário: na vida, na saúde, na educação, na ecologia, na ética e na espiritualidade*. Petrópolis: Vozes, 2012.
- CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica. *Revista trimestral de Direito Público*, n. 20, 1997.
- CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative*. 2. édition refondue. Paris: PUF, 1994.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *Journal of Law and Economics*, 1960.
- COASE, Ronald H. The nature of the firm. *New Series*, vol. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 13-24, mar./abr. 2010.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 1. ed. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- KRELL, Andreas Joachin. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e as competências dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72-98,
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2012.
- NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NORTH, Douglas C. Desempenho Econômico através do tempo. Tradução de Antonio José Maristello Porto. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010.

RAVINA, Carlos Morales de Setién; POSNER, Richard A.; LANDES, William M.; KELMAN, Mark G. *Análisis Económico del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2011.

SANDLER, Todd. Bens públicos intergeracionais: estratégias, eficiência e instituições. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. Tradução de Zaida Maldonado. *Bens Públicos Globais*. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 59-89.

SILVA FILHO, Edison Benedito da. A teoria da firma e a abordagem dos custos de transação: elementos para uma crítica institucionalista. *Pesquisa & debate*, São Paulo, vol. 17, n. 2 (30), p. 259-277, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-38.

SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the regulatory state. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. 57, n. 2, p. 407-441, 1990.

TAVARES, André Ramos Tavares. A intervenção do Estado no Domínio Econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 225-256.

VIANNA, Salvador Teixeira Werneck. *Desenvolvimento econômico e reformas institucionais no Brasil: considerações sobre a construção interrompida*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007.

WILLIAMSON, Oliver E. Why Law, Economics and Organization? (December 2000). *UC Berkeley Public Law Research*. Paper n. 37. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=255624>. DOI: 10.2139/ssrn.255624. Acesso em: 8 jul. 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, Coord. de J. J. Gomes Canotilho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

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

GOMES, Filipe Lobo. Sustentabilidade na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: modelagem, alinhamento e incentivos em um cenário de sustentabilidade. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 207-223. ISBN 978-65-5518-820-2.

E-NOTARIADO: INOVAÇÃO NAS ATIVIDADES NOTARIAIS

JULIANA HORN MACHADO

Introdução

Assim como a sociedade evoluiu e mudou seus hábitos e concepções com o desenvolvimento de novas tecnologias, com impactos não apenas no âmbito privado, mas também no público, a Administração Pública deve se adaptar às demandas sociais e ao atual contexto tecnológico, sob pena de não corresponder às demandas da sociedade contemporânea.¹ Não se pode perder de vista que “o Estado muda porque muda a sociedade e com eles muda o direito – não necessariamente na mesma velocidade”.² É notável a transformação digital da Administração Pública,³ que se iniciou com o modelo do governo eletrônico, marcado pelo uso instrumental das tecnologias, e evoluiu até chegar ao modelo de governo digital, com o emprego das tecnologias da informação e comunicação (TICs) para a efetivação dos direitos sociais, com o fornecimento dos serviços públicos propriamente ditos, de modo a estimular e promover o acesso e a participação dos cidadãos.⁴

Por sua vez, os cartórios não ficaram alheios à transformação digital e se modernizaram, sobretudo com o advento da pandemia de covid. Ocorreram significativas inovações tanto nas atividades notariais e de registro,⁵ mas em razão do exíguo espaço de um artigo científico, o presente trabalho tratará apenas da atividade notarial no Brasil.

¹ REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio de Sousa. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. *Sequência*, Florianópolis, n. 85, p. 30-50, ago. 2020, p. 43.

² VALLE, Vanice Regina Lírio do. A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança. *Revista de Direito Administrativo*, v. 252, p. 119-140, 2009, p. 138.

³ Quanto à transformação digital da Administração Pública, é interessante a leitura: VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 8, n. 1, p. 115-136, ene./jun. 2021.

⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. *Sequência*, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. p. 217.

⁵ Sobre as novas tecnologias nos registros públicos, notadamente o interessante tema da tokenização de ativos imobiliários, pode ser pertinente a leitura de: RICHTER, Luiz Egon; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inovação

Para tanto, no primeiro momento será feito um breve panorama da atividade notarial no Brasil, função pública exercida por particulares (os notários, devidamente aprovados em concurso de provas e títulos), dotados de fé pública e que agem por delegação do Poder Público, nos moldes do notariado latino. Nesse mesmo tópico, haverá a exposição da importância das atividades dos notários, que, no modelo do notariado latino, atuam preventivamente para evitar conflitos, conferindo segurança jurídica aos atos jurídicos, bem como colaborando para a desjudicialização por meio da realização de atos extrajudiciais, como divórcios, testamentos, autorizações eletrônicas de viagens de menores, entre outros.

Após, ao tratar da inovação que o e-Notariado trouxe às atividades notariais, far-se-á breve exposição de como funcionam e são realizados os atos na plataforma, e da segurança de tais atos, seja em razão da fé pública que é conferida ao notário, bem como ao emprego da *blockchain* Notarchain para registro dos atos praticados na plataforma. Nesta etapa, serão expostos alguns dos números do e-Notariado até 2023, disponíveis na publicação “Cartório em Números”, da Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG.

A pesquisa foi realizada pelo método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, e chega-se à conclusão de que, de fato, o e-Notariado é uma plataforma inovadora e eficiente, que colabora para a modernização na realização dos atos e atividades notariais, que passaram a ser acessíveis aos cidadãos nas palmas de suas mãos, e sem perder de vista a segurança que deve ser exigida dos atos notariais.

Breves linhas sobre os notários e a atividade notarial

No Brasil se adota o sistema do notariado latino,⁶ para o qual o notário é um “particular no exercício de uma função pública delegada pelo Estado, nela admitido através de concurso público⁷ como sói acontecer em praticamente todos os países membros da UINL”.⁸ Desse modo, a adoção do notariado latino parece estar implícita na redação do art. 236 da Constituição Federal, cujo §3º determina que “o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público”.⁹

e Segurança Jurídica: a necessidade de regulação de criptoativos imobiliários e do uso da *blockchain* nas transações imobiliárias. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 93, ano 45, p. 191-228, jul./dez. 2022, e ainda: MERQUIDES, Rahiza Karaziaki. *A Aquisição da Propriedade Imóvel e a Tecnologia Blockchain*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

⁶ Além do notariado latino, existe também o notariado anglo-saxão e o notariado administrativo. Para ter uma visão geral também dos demais sistemas de notariado: JARDIM, Mónica. A “privatização” do notariado em Portugal. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 58, p. 278-300, jan./jun. 2005; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo; CASSETARI, Christiano (coord.). *Tabelionato de Notas*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 14.

⁷ No Brasil, apesar da necessidade de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, não são tidos como servidores públicos, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2602, o Supremo Tribunal Federal definiu que não é aplicável aos notários e registradores o regime jurídico dos servidores públicos.

⁸ FORMICCOLA, Tulio. O notariado no Brasil e no mundo. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 48, ano 23, p. 86, jan./jun. 2000.

⁹ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2024.

E ainda o *caput* do art. 236 da Constituição Federal dispõe que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação¹⁰ do Poder Público” e este seu dispositivo constitucional é regulamentado pela Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) e pela Lei nº 8.935/94 (Lei dos Notários e Registradores – LNR), que trata das atividades dos notariais e oficiais registradores, bem como traz algumas disposições de Direito formal, a exemplo dos seus arts. 6º a 13, que versam sobre as atribuições e competências dos notários e dos oficiais de registros.¹¹ Com o advento da Lei nº 8.935/94, passaram a ser “disciplinados os serviços, competências e atribuições dos notários e registradores, bem como a responsabilidade civil e criminal, impedimentos, direitos e deveres e outras questões relativas ao ‘serviço público’ que lhes são cometidos”.¹²

Especificamente quanto aos notários, são juristas de livre escolha das partes, observadas as limitações territoriais, em razão do princípio da liberdade de escolha, previsto no art. 8º da Lei nº 8.935/94, bem como os limites do Município para o qual o notário recebeu a delegação (art. 9º da mesma lei).¹³ Atua como conselheiro dos particulares, de modo que está presente nos atos solenes, na criação e autorização, de modo que sejam perfeitos e tenham validade e eficácia. No tocante às funções dos notários, cabe dizer que formalizam juridicamente a vontade das partes ou então podem intervir nos atos e negócios jurídicos para a forma legal ou autêntica, bem como autenticar fatos.¹⁴

Os notários “atuam como profissionais que agem por delegação do Poder Público, mas exercem e organizam seus serviços em caráter privado: atuam como particulares no exercício de uma atividade pública relativa ao Direito privado”.¹⁵ Submetem-se à legislação regente dos registros públicos, dos quais se extrai a validade do ato notarial. E ainda os notários e registradores têm suas atividades reguladas por lei e são fiscalizados pelo Poder Judiciário, que não subtrai, mas sim reforça e confirma sua independência e imparcialidade.¹⁶ Além de os notários e registradores serem pessoas naturais (e não pessoas jurídicas), e delegatários do exercício da atividade notarial e de registro, o art. 3º da Lei nº 8.935/1994 determina que são dotados de fé pública. Em virtude de tal atribuição de fé pública aos notários e aos registradores seus atos gozam de presunção relativa de veracidade, um dos atributos próprios dos atos praticados pelo Poder Público.¹⁷

¹⁰ Como se extrai do art. 236 da Constituição Federal, a atividade notarial e registral é exercida por delegação. Portanto, não se aplica às atividades notariais e registrais o disposto no art. 175 da Constituição Federal, que trata da possibilidade de concessão ou permissão dos serviços públicos. Sobre a delegação dos serviços notariais e de registro, recomenda-se a leitura: LACERDA, Naurican Ludovico. *Delegação da Atividade Notarial e Registral: caracterização jurídica e conveniência do atual modelo constitucional*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

¹¹ RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 11-12.

¹² MOLINARO, Carlos Alberto; PANSIERI, Flávio; SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 236. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2265.

¹³ FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo; CASSETARI, Christiano (coord.). *Tabelionato de Notas*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 18.

¹⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: teoria e prática*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 54-55.

¹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função Social do Notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 149.

¹⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função Social do Notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 149-150.

¹⁷ SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Noções Fundamentais de Direito Notarial e Registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26.

Não se pode deixar de observar que, diante da redação do art. 236 da Constituição Federal, há quem diga que as atividades notariais e de registro são “serviços públicos”,¹⁸ tomando a expressão em sentido amplo, na condição de sinônimo de “atividade administrativa”.¹⁹ No entanto, para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, as atividades notariais e de registro são exercício de função pública, com a prestação de fatos jurídicos.²⁰ Para Maurício Zockun, somente com a ampliação do conceito de serviço público é que se poderia abarcar a atividade notarial e registral, com o que não concorda, por ser adepto de um conceito mais restrito de serviço público, e defende que a atividade notarial e de registro consiste em competência pública, inserindo-se, assim, como função pública, e a denomina como função notarial e de registro.²¹

Desse modo, pode-se afirmar que a atividade notarial e registral consiste em função pública,²² com forte regulação estatal, cuja titularidade não é do particular (notário ou registrador), mas sim do Estado, que a delega e dita os parâmetros para o desempenho dos serviços. E, sendo função pública,²³ “o seu exercício poderá se dar tanto em obediência às balizas ditadas pelo direito público (regra geral) como em observância àquelas fixadas pelo direito privado (situação excepcional)”.²⁴

Com relação aos notários, a “função pública do notariado advém do interesse social e comunitário no bom andamento das relações privadas”, do que se extrai o “caráter bifronte da atuação notarial”. Esse caráter é pautado na vontade da lei para o controle da segurança e formação dos efeitos jurídicos do ato, com papel preventivo, não contencioso, ou seja, pré ou até mesmo antiprocessual, com controle abstrato da legalidade que desnuda a sua natureza “regulatória”. Há a “mediação” entre os pressupostos abstratos previstos na lei, visando o interesse público na segurança da circulação do direito de propriedade e, ao mesmo tempo, a qualificação individual da vontade das partes. Por conseguinte, a concepção de que a atividade notarial (assim como a de registro) trata de função pública está lógica e intimamente ligada à adoção do notariado latino no Brasil,

¹⁸ SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Noções Fundamentais de Direito Notarial e Registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 26.

¹⁹ LACERDA, Naurican Ludovico. *Delegação da Atividade Notarial e Registral: caracterização jurídica e conveniência do atual modelo constitucional*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 29-30.

²⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Teoria dos servidores públicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 52, jul./set. 1967.

²¹ ZOCKUN, Maurício. *Regime constitucional da atividade notarial e de registro*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 105-106; p. 116-117.

²² MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo v. 79, ano 38, p. 183-184, jul./dez. 2015; MAFFINI, Rafael. Serviços notariais e de registro: a gestão privada de uma função pública. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 85, ano 41, p. 395, jul./dez. 2018; RICHTER, Luiz Egon. Os Serviços Notariais e de Registros Públicos no Brasil: avanços tecnológicos e a interface com a luta contra a corrupção. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales e Políticas*, v. 10, n. 19, p. 409, 2016; ZOCKUN, Maurício. *Regime Constitucional da Atividade Notarial e de Registro*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 240-241.

²³ No ponto, cabe relembra que, de acordo com Carlos Ari Sunfeld, a função administrativa é “desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 20.

²⁴ ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. A fé pública e a presunção de validade dos atos estatais. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 27-58. mar./abr. 2020. p. 38.

pois a atuação do notário é preventiva e visa evitar a formação de conflitos,²⁵ e pode contribuir para a diminuição da judicialização.²⁶

A atividade notarial é importante para a segurança jurídica e o Estado de Direito, visto que lida justamente com a legalidade ou ilegalidade de uma transação, de um contrato, traduzindo a instabilidade e a incerteza da atividade econômica para linguagem inteligível e controlável pelo sistema jurídico. Por isso, Celso Fernandes Campilongo fala que “a fé pública notarial confere à instabilidade própria da economia uma estabilidade característica do direito”, posto que a escritura pública fixa a volatilidade da economia, mas mesmo assim possibilita futuras variabilidades e mutações, seja do ponto de vista econômico ou jurídico, com novas modalidades de transações, facilitação de transferências e garantias perante riscos.²⁷

Merece destaque o importante papel do notariado na prevenção de conflitos e na desjudicialização, com mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, visando a celeridade, eficácia e segurança jurídica, com a possibilidade de existência simultânea de procedimentos judiciais não contenciosos e também de procedimentos extrajudiciais para a mesma finalidade.²⁸

Há a previsão da realização de atos extrajudiciais, a exemplo dos inventários, partilhas e divórcios consensuais (previstos pela Lei nº 11.441/2007), de usucapião extrajudicial, da consignação extrajudicial e da venda extrajudicial introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015, dentre outros exemplos da tendência de “desjudicialização”.²⁹ Desse modo, sem perder a proteção da legalidade, essa “desjudicialização” permite que a atividade notarial e registral seja uma alternativa ou até mesmo substitua a tradicional competência judicial, de modo a facilitar e agilizar a resolução de conflitos.³⁰

De acordo com o Especial Desjudicialização do relatório Cartório em Números da Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR, desde 2007, a partir da Lei nº 11.447/2007, até 2023, foram realizados mais de 1 milhão de divórcios em cartórios de notas, com economia de R\$ 2,5 bilhões aos cofres públicos, em comparação ao custo de R\$ 2.369,73 por processo no Judiciário, em contraposição ao custo de R\$ 324,00 no cartório. E ainda, no mesmo período, foram lavradas mais de 65 mil partilhas por escrituras públicas em tabelionatos, (com economia de R\$ 156 milhões aos cofres públicos), além dos 2,3 milhões de inventários extrajudiciais em tabelionatos por escrituras públicas, com economia histórica de R\$ 5,6 bilhões ao Estado.³¹

²⁵ LACERDA, Naurican Ludovico. *Delegação da Atividade Notarial e Registral: caracterização jurídica e conveniência do atual modelo constitucional*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 84.

²⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função Social do Notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 23.

²⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função Social do Notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 124-125.

²⁸ GODOY, Gustavo Henrique Rovere de. A função da atividade registral e as provas admitidas no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 82, p. 66, jan./jun. 2017.

²⁹ MELLO, Henrique Ferraz de. Usucapião extrajudicial: fundamentos constitucionais para desjudicialização e o direito comparado. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 82, p. 107-153, jan./jun. 2017, p. 112.

³⁰ GODOY, Gustavo Henrique Rovere de. A função da atividade registral e as provas admitidas no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 82, p. 68, jan./jun. 2017.

³¹ ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL. *Cartório em Números*. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/comunicacao/revistas/cartorio-em-numeros/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

Portanto, o notariado latino, como modelo adotado no Brasil, e que confere segurança jurídica aos atos e negócios jurídicos, não pode ser considerado “velharia inútil” e “ineficiente burocracia”, mas sim uma importante ferramenta para a redução de conflitos, com conseqüente desjudicialização e redução de custos às partes e ao erário.

E-Notariado e a seus impactos nas atividades notariais

Em 26 de maio de 2020, em meio à pandemia de covid e da necessidade de isolamento dos cidadãos naquele momento para evitar a circulação e disseminação do vírus, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 100, que “dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica e dá outras providências”.³² Com o e-Notariado passou a ser possível a unificação dos atos notariais eletrônicos por todos os tabelionatos do país, representa a “modernização, padronização e interligação dos atos notariais eletrônicos” e consiste na “revolução 4.0 no sistema registral nacional”.³³

Para a realização de atos pelo e-Notariado, primeiramente o cidadão deve escolher uma serventia e encaminhar eletronicamente todos os documentos necessários para a realização do ato (inclusive documentos de identificação, como RG, CPF e comprovante de endereço, além de outros que forem solicitados), por e-mail ou outro meio eletrônico. Na seqüência, o cartório elaborará o ato notarial e encaminhará à pessoa um link para acesso à plataforma e-Notariado, para realização da videoconferência de leitura do ato, atestar a capacidade jurídica e inexistência de vício de vontade, bem como colher a manifestação de vontade e efetuar a assinatura eletrônica com certificado digital.³⁴

É indispensável a videoconferência realizada exclusivamente por meio da plataforma do e-Notariado, cujo vídeo será salvo na plataforma, bem como a assinatura do tabelião de notas com certificado digital ICP-Brasil, e o uso de documentos de longa duração com assinatura digital, como dispõem os arts. 3º e 4º do Provimento nº 100/2020 do Conselho Nacional de Justiça.³⁵ As partes assinam o ato com seus certificados notariados³⁶ emitidos gratuitamente pelos tabelionatos credenciados. Cabe anotar

³² MIRANDA, Aline Aparecida. A Livre Escolha do Notário e a sua Limitação no Provimento nº 100/2020 do CNJ. *Revista de Direito Notarial*, Colégio Notarial do Brasil Seção São Paulo, v. 3, n. 1, p. 40, jan./jun. 2021.

³³ MOREIRA, Pedro Henrique de Oliveira. A Regularização Fundiária e a Prática de Atos Registrais a Partir das Plataformas Digitais: a digitalização do mercado imobiliário como avalanche de desenvolvimento econômico e social no Brasil. In: CHEZZI, Bernardo (coord.). *Atos Eletrônicos: em notas e registros*. São Paulo: Ibradim, 2021. p. 35.

³⁴ CYRINO, Rodrigo Reis. A Efetividade do Princípio da Eficiência pelos Agentes Delegados: a prática dos cartórios extrajudiciais no meio eletrônico pelo e-Notariado. In: NEVES, Rodrigo Santos Neves; CYRINO, Rodrigo Reis; GALVÊAS, Thiago Albani de O. (coord.). *Direito Administrativo: novos paradigmas, tendências e realidade*. Rio de Janeiro, CEEJ, 2021, p. 120.

³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria. *Provimento n. 100, de 26 de maio de 2020*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em: 27 fev. 2024.

³⁶ O certificado digital notariado pode ser emitido tanto presencialmente como remotamente por videoconferência, mas sempre perante os cartórios cadastrados no e-Notariado.

que, se a parte já realizou algum ato pela plataforma,³⁷ automaticamente o sistema irá reconhecê-la.³⁸

Entre os serviços disponíveis no e-Notariado, destacam-se: os atos notariais eletrônicos; assinatura de documentos com certificado notarizado e reconhecimento de firma no e-Not assina; assinatura digital de ATPV-e para transferência de veículos; autorização eletrônica de viagem de crianças e adolescentes – AEV; verificação da autenticidade de documentos dos atos notariais eletrônicos; verificação da autenticidade das autenticações digitais realizadas na CENAD (Central Nacional de Autenticações Digitais); validação de certificado; localização dos cartórios com cartões de firma de uma pessoa com a central nacional de cartões de firma; solicitação de certidão de existência de testamento.³⁹

Até 2023 existiam 4,3 mil autoridades notariais no e-Notariado, e foram emitidos 1,3 milhão de certificados notarizados. Além disso, de 2020 a 2023 foram realizados 1.124.173 atos notariais eletrônicos, sendo 873 mil escrituras e 248 mil procurações.⁴⁰ Entre os módulos do e-Notariado, existem: reconhecimento de firma por autenticidade, com 32,5 mil reconhecimentos realizados pelo e-Notariado; e-Not Assina, que permite a solicitação de reconhecimento de assinatura eletrônica em documento digital por meio do certificado notarizado, com mais de 368 mil assinaturas digitais reconhecidas; Autorização Eletrônica de Viagem (AEV), que permite autorizações de viagem para menores de forma totalmente digital, com 14 mil AEVs emitidas.⁴¹

O caráter disruptivo⁴² e inovador do e-Notariado é visível não apenas na possibilidade de realização de atos notariais de forma totalmente digital, mas também pelo fato de que há registro dos documentos na Notarchain, uma *blockchain*⁴³ privada desenvolvida

³⁷ FÉLIX, Rafaela de Souza; KARAM, Marcelo Monte; KARAM, Lucas Monte. Cartórios do Futuro: uma análise dos provimentos que implementaram os serviços eletrônicos nas serventias extrajudiciais. In: TEIXEIRA, Tarcisio; STINGHEN, João Rodrigo; LIMA, Adrienne Correia de; KARAM, Marcelo Monte; JABUR, Mirian Aparecida Esquárquio. *LCPD e Cartórios: implementação e questões práticas*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 85-86.

³⁸ Os dados dos clientes são registrados na CCN, base de dados alimentada por todos os cartórios, e “pelo CCN também são emitidos os certificados digitais notarizados aos clientes do cartório e efetuada a validação dos dados biográficos e biométricos contra a base do DENATRAN.” COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. CCN. Disponível em: <https://www.e-notariado.org.br/notary/ccn> Acesso em: 20 nov. 2021.

³⁹ E-NOTARIADO. *Serviços Disponíveis*. Disponível em: <https://www.e-notariado.org.br/customer>. Acesso em: 28 fev. 2024.

⁴⁰ ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL. *Cartório em Números*. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/comunicacao/revistas/cartorio-em-numeros/>. Acesso em: 26 fev. 2024, p. 107 e 110.

⁴¹ ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL. *Cartório em Números*. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/comunicacao/revistas/cartorio-em-numeros/>. Acesso em: 26 fev. 2024, p. 109.

⁴² Na concepção de Joseph Alois Schumpeter, a disrupção faz parte do desenvolvimento econômico e resulta da destruição e reconstrução em razão das inovações no sistema econômico, com mudanças descontínuas e novas combinações. SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico*. Tradução de Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 76.

⁴³ *Blockchain*, cuja expressão pode ser livremente traduzida como “cadeia de blocos”, é, em suma, um protocolo composto por um conjunto de regras, com cálculos distribuídos em diversos computadores e criptografia, o que assegura a integridade das informações, sem a necessidade de passar por um terceiro confiável. Na *blockchain*, as informações são registradas em blocos e, em cada bloco consta o *hash* do bloco anterior e, assim, eventual alteração será perceptível com mudança no *hash*, o que traz a marca da imutabilidade das informações registradas e a segurança da *blockchain*. Para melhor compreensão da *blockchain*, propõe-se a leitura: MACHADO, Deborah Peixoto. *Blockchain: sua (in)consonância com a Lei Geral de Proteção de Dados e com os princípios da intimidade e privacidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 71-82; MENENGOLA, Everton. *Blockchain na Administração Pública Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 53-74; GABARDO, Emerson; KOBUS, Renata Carvalho. Quarta Revolução Industrial: *Blockchain* e *Smart Contracts* como Instrumentos da Administração Pública

pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal. Em brevíssima síntese, a Notarchain é a rede privada e exclusiva dos notários, em que cada tabelionato de notas funciona como um nó dessa rede e armazena os blocos do e-Notariado,⁴⁴ de modo a possibilitar a autenticação digital dos documentos e a consequente segurança jurídica. Sem a intenção de se alongar e nem se desvirtuar do foco principal deste artigo, não se pode deixar de observar que o uso da Notarchain no e-Notariado faz cair por terra a ideia ingênua de substituição dos cartórios pela *blockchain*, mas sim servir como incremento para a segurança e eficiência dos serviços prestados.⁴⁵ Por isso, pode-se afirmar que, além de inovador, o e-Notariado é seguro, pois há registro de atos em *blockchain*.

Desse modo, é importante considerar que, além de inovador, o e-Notariado atende à eficiência. No entanto, não se pode perder de vista que a eficiência da gestão pública é diferente da gestão privada e deve adotar paradigmas diferentes, afastando-se da velha ideia de crítica à burocracia.⁴⁶ Isto porque a eficiência estatal tem como foco a satisfação dos usuários dos serviços públicos, e não se confunde com a eficiência lucrativa, que é inerente à gestão privada.⁴⁷ Para ser eficiente, a Administração Pública deve exercer os poderes que lhe são atribuídos com máxima velocidade, rapidez e produtividade, bem como com redução de custos, sempre em atenção às normas jurídicas e ao interesse público, sem descuidar dos direitos fundamentais e princípios orientadores da atividade administrativa.⁴⁸

Ao facilitar o acesso dos cidadãos aos cartórios, agora disponível literalmente “na palma da mão” por meio do aplicativo do e-Notariado nos *smartphones*, o e-Notariado transcende a mera digitalização das atividades notariais, pois tem caráter verdadeiramente disruptivo e inovador, além de estar em sintonia com o princípio da eficiência administrativa, com a possibilidade de realização de cada vez mais atos perante os cartórios, sem a necessidade de deslocamento físico e com a redução de custos para os cidadãos e também aos cofres públicos. Além disso, não se pode perder de vista que não há a eliminação da indispensável figura do notário, dotado de fé pública e que realiza a qualificação para a realização do ato, que confere segurança jurídica, de modo a evitar conflitos e novos processos no Poder Judiciário. Há, ainda, a possibilidade de realização

Inteligente. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antônio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, Maria (org.). *Control Administrativo de la Administración*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019, p. 491-511; FRIEDRICH, Denise Bittencourt; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inclusão digital e *blockchain* como instrumentos para o desenvolvimento econômico. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 97-115, jan./abr. 2020.

⁴⁴ COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. *Notarchain – instalação técnica*. 31 ago. 2023. Disponível em: <https://suporte.notariado.org.br/support/solutions/articles/43000592251-notarchain-instalacao%C3%A3o-t%C3%A9cnica>. Acesso em: 27 fev. 2024.

⁴⁵ Para aprofundar a compreensão sobre *blockchain* e cartórios, aconselha-se a leitura: PHILIPPI, Juliana Horn Machado. *Blockchain e Atividades Notariais e de Registro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022; RICHTER, Luiz Egon; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inovação e Segurança Jurídica: a necessidade de regulação de criptoativos imobiliários e do uso da *blockchain* nas transações imobiliárias. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 93, ano 45, p. 191-228, jul./dez. 2022.

⁴⁶ NOHARA, Irene. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 210.

⁴⁷ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003, p. 188.

⁴⁸ HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, v. 39, p. 160, 2018.

de atos extrajudiciais na própria plataforma, como a assinatura de escrituras de divórcio, procurações públicas e até mesmo autorizações eletrônicas para viagens de menores.

Considerações finais

Pelos números expostos, extraídos do relatório Cartório em Números, da Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG, é possível perceber o expressivo volume de atos realizados pelo e-Notariado até 2023 (ano a que se refere o citado relatório). Sem sombra de dúvidas, a possibilidade de acesso totalmente digital para a realização de atos notariais, sem a necessidade de ter de se dirigir pessoalmente a um cartório, simplificou a realização desses atos. A título de exemplo, pelo e-Notariado é possível que pessoas com dificuldades ou impossibilitadas de se locomover (como idosos no gozo de suas faculdades mentais) façam procurações públicas sem ter de sair de casa, bem como pessoas que residam em outras cidades, ou até no exterior, possam realizar atos que necessitam da atuação dos notários.

Sem sombra de dúvidas, apesar de infelizmente ainda existirem pessoas excluídas digitalmente e das desigualdades de acesso à internet e tecnologias em nosso país, ainda assim o e-Notariado é uma importante ferramenta para a facilitação na realização de atos notariais, sem perder de vista a segurança jurídica, pois há a atuação do notário e o registro dos atos em *blockchain*.

Assim, há a esperança de que cada vez mais cresça o número de usuários do e-Notariado, tanto por parte da população como em razão da adesão de cartórios à plataforma, sempre visando incrementar a transformação digital das atividades realizadas pelos notários. São notáveis os impactos na sociedade e na própria Administração Pública. Pode-se dizer, então, que, além de inovador, o e-Notariado está alinhado com a eficiência administrativa, pois atende ao interesse público, além de reduzir custos (tanto para os cofres públicos como para as partes/particulares) e agilizar a realização de diversos atos.

A propósito, como dizia Francesco Carnelutti, “*tanto più notaio, tanto meno giudice*”,⁴⁹ que, em tradução livre, significa que quanto mais notários, menos juizes. Então, com a disseminação, digitalização e popularização das atividades dos notários, menos litígios, menos processos nos Judiciários e, conseqüentemente, mais economia para as partes e para os cofres públicos (pois cada processo tem um custo também ao erário). Em conclusão, todos ganham com o e-Notariado e com a modernização dos cartórios, que passam a ser acessíveis por todos e, literalmente, agora cabem “na palma da mão”.

Referências

ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL. *Cartório em Números*. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/comunicacao/revistas/cartorio-em-numeros/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2024.

⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. La figura giuridica del notaio. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano IV, p. 927-928, 1950.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função Social do Notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. La figura giuridica del notaro. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano IV, p. 927-928, 1950.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. *Notarchain – instalação técnica*. 31 ago. 2023. Disponível em: <https://suporte.notariado.org.br/support/solutions/articles/43000592251-notarchain-instalac%C3%A3o-t%C3%A9cnica>. Acesso em: 27 fev. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria. *Provimento nº 100, de 26 de maio de 2020*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em: 27 fev. 2024.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública Orientada por Dados: governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. *Revista de Direito e Gestão Pública*, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 1.24, jan./jun. 2020.

CYRINO, Rodrigo Reis. A Efetividade do Princípio da Eficiência pelos Agentes Delegados: a prática dos cartórios extrajudiciais no meio eletrônico pelo e-Notariado. In: NEVES, Rodrigo Santos; CYRINO, Rodrigo Reis; GALVÊAS, Thiago Albani de O. (coord.). *Direito Administrativo: novos paradigmas, tendências e realidade*. Rio de Janeiro, CEEJ, 2021. p. 107-140.

E-NOTARIADO. *Serviços Disponíveis*. Disponível em: <https://www.e-notariado.org.br/customer>. Acesso em: 28 fev. 2024.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo; CASSETARI, Christiano (coord.). *Tabelionato de Notas*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

FORMICCOLA, Tulio. O notariado no Brasil e no mundo. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 48, ano 23, p. 85-92, jan./jun. 2000.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inclusão digital e *blockchain* como instrumentos para o desenvolvimento econômico. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 97-115, jan./abr. 2020.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003.

GABARDO, Emerson; KOBUS, Renata Carvalho. Quarta Revolução Industrial: *Blockchain* e *Smart Contracts* como Instrumentos da Administração Pública Inteligente. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antônio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, Maria (org.). *Control Administrativo de la Administración*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019, p. 491-511.

GODOY, Gustavo Henrique Rovere de. A função da atividade registral e as provas admitidas no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 82, p. 53-69, jan./jun. 2017, p. 66.

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, v. 39, p. 131-167, 2018.

JARDIM, Mônica. A “privatização” do notariado em Portugal. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 58, p. 278-300, jan./jun. 2005.

LACERDA, Naurican Ludovico. *Delegação da Atividade Notarial e Registral: caracterização jurídica e conveniência do atual modelo constitucional*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: teoria e prática*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 79, ano 38, p. 179-202, jul./dez. 2015.

- MAFFINI, Rafael. Serviços notariais e de registro: a gestão privada de uma função pública. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 85, ano 41, p. 391-404, jul./dez. 2018.
- MELLO, Henrique Ferraz de. Usucapião extrajudicial: fundamentos constitucionais para desjudicialização e o direito comparado. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, n. 82, p. 107-153, jan./jun. 2017.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Teoria dos servidores públicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 40-53, jul./set. 1967.
- MERQUIDES, Rahiza Karaziaki. *A Aquisição da Propriedade Imóvel e a Tecnologia Blockchain*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- MIRANDA, Aline Aparecida. A Livre Escolha do Notário e a sua Limitação no Provimento nº 100/2020 do CNJ. *Revista de Direito Notarial*, Colégio Notarial do Brasil Seção São Paulo, v. 3, n. 1, p. 39-58, jan./jun. 2021.
- MOLINARO, Carlos Alberto; PANSIERI, Flávio; SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 236. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 2261-2266.
- MOREIRA, Pedro Henrique de Oliveira. A Regularização Fundiária e a Prática de Atos Registrais a Partir das Plataformas Digitais: a digitalização do mercado imobiliário como avalanche de desenvolvimento econômico e social no Brasil. In: CHEZZI, Bernardo (coord.). *Atos Eletrônicos: em notas e registros*. São Paulo: Ibradim, 2021, p. 31-37.
- MACHADO, Deborah Peixoto. *Blockchain: sua (in)consonância com a Lei Geral de Proteção de Dados e com os princípios da intimidade e privacidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- MENENGOLA, Everton. *Blockchain na Administração Pública Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- NOHARA, Irene. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.
- PHILIPPI, Juliana Horn Machado. *Blockchain e Atividades Notariais e de Registro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Noções Fundamentais de Direito Notarial e Registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio de Sousa. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. *Sequência*, Florianópolis, n. 85, p. 30-50, ago. 2020.
- RICHTER, Luiz Egon. Os Serviços Notariais e de Registros Públicos no Brasil: avanços tecnológicos e a interface com a luta contra a corrupção. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales e Políticas*, v. 10, n. 19, p. 379-415, 2016.
- RICHTER, Luiz Egon; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inovação e Segurança Jurídica: a necessidade de regulação de criptoativos imobiliários e do uso da *blockchain* nas transações imobiliárias. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 93, ano 45, p. 191-228, jul./dez. 2022.
- RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico*. Tradução de Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Noções Fundamentais de Direito Notarial e Registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança. *Revista de Direito Administrativo*, v. 252, p. 119-140, 2009.

VIANA, Ana Cristina Aguiar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 8, n. 1, p. 115-136, ene./jun. 2021.

ZOCKUN, Maurício. *Regime Constitucional da Atividade Notarial e de Registro*. São Paulo: Malheiros, 2018.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. A fé pública e a presunção de validade dos atos estatais. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 27-58, mar./abr. 2020.

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

MACHADO, Juliana Horn. E-notariado: inovação nas atividades notariais. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 225-236. ISBN 978-65-5518-820-2.

REGULAMENTAÇÃO DE ACORDOS FIRMADOS NO ÂMBITO DO MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO

THAÍS MARÇAL

CAIO MACÊDO

I Introdução

A possibilidade de celebração de acordos nas ações de improbidade administrativa foi tema de objeto de ampla divergência, face à interpretação literal do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992. A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro defendia, em momento anterior à edição da Lei nº 14.230/2021 – que alterou significativamente a Lei nº 8.429/1992, chamada Lei de Improbidade Administrativa –, que a justificativa para proibição dos acordos nas ações de improbidade decorria da importância do interesse público tutelado. Ou seja, naquele contexto, entendia-se que era o caso de incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público.¹

Em contrapartida, outra parte da doutrina argumentava no sentido de que a proibição de celebração de acordos que existia no art. 17, §1º, da LIA havia sido revogada, de maneira tácita, por outros dispositivos legais. Rodrigo Mudrovitsch e Guilherme Nóbrega mencionam o artigo 36, §4º, da Lei nº 13.140/2015,² que dispõe, dentre outras coisas, sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.³

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1865.

² “Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta. (...)”

§4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.”

³ MUDROVITSCH, Rodrigo; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Colaboração premiada e improbidade: o tema 1.043 de repercussão geral. *Consultor Jurídico*, 11 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/mudrovitsch-pupe-colaboracao-premiada-improbidade>. Acesso em: 28 fev. 2024.

Outrossim, argumentava-se, também, que fosse admitida a celebração de acordos nas ações civis públicas movidas por atos de improbidade em função de um conjunto de normas legais que compõem o microsistema de combate à corrupção no país, como as Leis nºs 4.717/1965 (Lei da Ação Popular); 7.374/1985 (Lei da Ação Civil Pública); e 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Até a promulgação da Lei nº 14.230/2021, o tema foi objeto de bastante discussão legislativa. O Parlamento, contudo, decidiu pela viabilidade da celebração de acordos que envolvem atos de improbidade. Nesse contexto, destaca-se que os meios consensuais para resolução de conflitos têm sido fortalecidos em todos os ramos do Direito e foram consagrados pelo Código de Processo Civil de 2015, que os destaca no artigo 3º, §§2º e 3º.

Registra-se que, inicialmente, com a edição da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a figura do acordo de leniência, firmado entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública envolvida com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos à legalidade e moralidade públicas (art. 16). Contudo, os artigos 18 e 30 da lei preveem que os referidos acordos, firmados na esfera administrativa, não excluem a possibilidade de responsabilização na esfera judicial, inclusive por atos de improbidade (art. 30, inciso I).

Desse fato pode-se extrair, então, que os acordos de leniência não gozavam de grande estímulo, uma vez que, mesmo colaborando com as investigações, os acusados poderiam ser responsabilizados com base na Lei de Improbidade Administrativa. Ou seja, o instituto desenhado para auxiliar no combate à corrupção encontrava entraves práticos que diminuía sua efetividade.

Com o objetivo de adequar esse cenário, foi editada, pela Presidência da República, a Medida Provisória nº 703/2015, que modificava diversos dispositivos da Lei nº 12.846/2013 relativos ao acordo de leniência, como o art. 18. Além disso, a MP revogou a proibição de celebração de acordo no âmbito das ações de improbidade administrativa que constava no §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992. Entretanto, a MP não foi votada pelo Congresso Nacional, que deixou de convertê-la em lei e, portanto, fez cessar sua vigência.

Posteriormente, no âmbito da aprovação da Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Lei Anticrime”, permitiu-se expressamente a celebração de acordo de não persecução cível, em fase anterior ao de ajuizamento da ação judicial, novamente alterando o art. 17, §1º, da Lei 8.429/1992. Contudo, o artigo que regulamentava a medida foi integralmente vetado pelo presidente da República, dificultando sua aplicação.

Todo esse processo de evolução doutrinária e legislativa culminou na edição da Lei nº 14.230/2021, que, apesar de não ter revogado a Lei nº 8.429/1992, modificou-a profundamente. Em outras palavras, houve uma reorganização do sistema de regulamentação do §4º do art. 37 da CRFB, que prevê punição para aqueles que cometem atos de improbidade.

A nova lei adicionou o art. 17-B à LIA e expressamente positivou a possibilidade de celebração de acordo de não persecução civil. Entretanto, mesmo antes da referida lei, alguns normativos emitidos por órgãos vinculados ao Ministério Público davam espaço para formas consensuais de solução de controvérsias, como a Resolução nº 179/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que regulamenta o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Assim, com a edição da Lei nº 14.230/2021, e finda a polêmica em torno da interpretação legal sobre o tema, os tribunais brasileiros passaram a aplicar essa possibilidade, como é o caso do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ACORDO. NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL. ÂMBITO RECURSAL. POSSIBILIDADE. 1. Conforme a jurisprudência da Primeira Turma do STJ, a homologação judicial dos acordos de não persecução cível em sede de ação de improbidade administrativa, previsto na Lei n. 13.964/2019, pode ser levado a efeito na instância recursal. 2. A Lei n. 14.230/2021, que alterou significativamente o regimento da improbidade administrativa, incluiu o art. 17-B à Lei nº 8.429/92, trazendo previsão normativa explícita quanto à possibilidade do acordo em exame até mesmo no momento da execução da sentença. (grifos não constantes no original). (AgInt no AREsp 1655249/RS, Min. Benedito Gonçalves, Decisão Monocrática, j. em 16/05/2022).

II Regulamentação dos acordos de não persecução civil (art. 17-B da LIA)

Considerando a regra do art. 17-B, que menciona o Ministério Público como legitimado responsável para a celebração dos acordos, bem como a multiplicidade de outros agentes envolvidos e de esferas federativas em que ocorrerão esses ajustes, o tema merece uma abordagem que uniformize suas principais premissas. O estabelecimento de padrões para uma atuação convergente entre os diferentes atores envolvidos nos acordos, como deseja o legislador, é condição para assegurar organicidade na atuação estatal e segurança jurídica para os particulares em negociação.

O §1º do art. 17-B lista os requisitos de validade do acordo, a saber: (i) oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; (ii) aprovação, em até 60 dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquérito civil, na hipótese do acordo ser firmado em momento anterior ao ajuizamento da ação; e a (iii) homologação judicial, independentemente do acordo ser celebrado antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

Acrescenta-se, ainda, por força do §3º do dispositivo, a atuação dos Tribunais de Contas, que deverão apurar, dentro de suas competências, o valor do dano a ser ressarcido, bem como deverão indicar na sua manifestação os parâmetros que foram empregados no cálculo. A lei determina o prazo de 90 dias para que haja a manifestação dos Tribunais, o que vem sendo alvo de críticas.⁴

Como bem aponta Fernando Drummond, a diversidade de orientações oriundas dos diferentes órgãos envolvidos na celebração dos acordos, ao mesmo tempo em que difundem sua utilização, reduzem a previsibilidade e a segurança jurídica do convencionado.⁵ O articulista exemplifica esse nó com a questão envolvendo a regulamentação promovida pela Advocacia-Geral da União através da Portaria Normativa nº 18 de 2021.

Na referida Portaria, a AGU lista como requisito do acordo a “admissão da participação nos atos ilícitos ou, quando for o caso, de que deles se beneficiou, direta

⁴ KANAYAMA, Ricardo Alberto. Uma nova competência do TCU? *O Jota*, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-nova-competencia-tcu-28072021>. Acesso em: 28 fev. 2024.

⁵ DRUMMOND, Fernando. Acordo de não persecução cível: solução para os processos de improbidade? *Consultor Jurídico*, 9 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-09/drummond-acordo-nao-persecucao-civil-improbidade>. Acesso em: 3 jul. 2022.

ou indiretamente, com a exposição dos fatos e suas circunstâncias” (art. 5º, inciso I).⁶ Contudo, esse requisito não é exigido pela Lei nº 8.429/1992, tratando-se de uma medida administrativa com potencial para obstar a celebração de acordos no âmbito da União.⁷

As dificuldades dialogais não podem servir como impasse para aplicação de um avanço almejado por diferentes setores da sociedade brasileira para otimizar o combate à corrupção e desafogar o Poder Judiciário. Por isso é fundamental um instrumento técnico com divisão de capacidades e competências.

Soma-se a isso, por exemplo, o dever de impor regras claras e seguras para o compartilhamento de dados, que deverá ser feito em conformidade com a Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados. O art. 3º da LGPD vincula a observância de suas regras a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de Direito Público ou Privado.

Uma vez considerados os múltiplos atores que terão acesso às informações apuradas no âmbito da celebração do acordo, é preciso demarcar procedimentos que garantam a proteção dos dados pessoais, que recentemente passou a constar como direito fundamental de todo cidadão (inciso LXXIX do art. 5º da CRFB). Por essa razão, entende-se que o adequado seria a elaboração de um Termo de Cooperação, ou instrumento jurídico semelhante, para que os legitimados compartilhem as informações com maior segurança.

III Exemplos de regulamentação pelo Ministério Público

Após a aprovação da Lei nº 14.230/2021 e a consolidação da possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro editou a Resolução GPGJ nº 2.469/2022, que disciplina a celebração de acordo de não persecução cível previsto no art. 17-B inserido na Lei nº 8.429/1992.

Destaca-se que o Ministério Público do Estado do Paraná também elaborou ato semelhante. Ambos serão trabalhados brevemente neste trabalho, somente a título exemplificativo, para demonstrar a relevância da regulamentação.

Na regulamentação do MP-RJ, o art. 1º elenca fatores que devem ser considerados na análise das peculiaridades que envolvem cada proposta e responsáveis pela vantajosidade ou não da celebração. Deste rol, destaca-se o exame acerca do tempo de duração do processo, efetividade das sanções aplicáveis, maior abrangência de responsabilização dos agentes públicos e terceiros envolvidos no ilícito, a natureza, circunstância, gravidade e a repercussão social etc.

⁶ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-agu-n-18-de-16-de-julho-de-2021-332609935>. Acesso em 28 fev. 2024.

⁷ Isso não destoa do defendido pela coautora deste texto, em que se argumentou a importância da regulamentação pelas instituições, a fim de preservar a segurança jurídica na celebração dos acordos, sob o prisma de ter regras claras procedimentais na temática. A crítica aqui apresentada reside na instituição de condicionantes para celebração de acordo não respaldada em lei em sentido estrito. A este respeito, confira-se: MARÇAL, Thaís. Projeto de nova Lei de Improbidade Administrativa e a regulamentação de acordos. *Estadão*, 28 de set. 2021. Disponível: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/projeto-de-nova-lei-de-improbidade-administrativa-e-a-regulamentacao-de-acordos/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

Já o art. 2º da resolução evidencia o escopo do acordo, que, além do ressarcimento ao erário e a perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, deverá contemplar, conforme o caso, a aplicação de uma das sanções previstas em lei, sendo possível seu afastamento, conforme dispõe o §2º, nos casos em que o beneficiado do acordo colaborar com as investigações do processo. O §1º determina que a vantagem indevida obtida deverá ser revertida à pessoa jurídica lesada.

Outro ponto que merece particular atenção na regulamentação promovida pelo MP-RJ é o estabelecimento de modalidades de acordo de não persecução, sendo: (i) de pura reprimenda; ou (ii) de colaboração. O acordo de pura reprimenda, segundo o art. 4º, abrevia o procedimento de responsabilização a partir da aplicação imediata das medidas sancionatórias convencionadas.

A modalidade de acordo de colaboração, por sua vez, tem por objetivo a obtenção de informações e meios de prova que comprovem o ilícito. Neste caso, só será concedido o benefício previsto no acordo ao colaborador se a colaboração alcançar os objetivos previstos no dispositivo, que são: (i) identificação dos demais coautores, partícipes e beneficiários do ato ilícito; e (ii) localização de bens, direitos e valores para fins de ressarcimento do dano ao erário ou reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida.

Ainda no plano procedimental, a resolução condiciona a celebração do acordo à homologação judicial e, em se tratando de ajuste extrajudicial, à prévia aprovação do Conselho Superior do Ministério Público. Há também autorização para celebração do acordo após a prolação da sentença, mantendo os requisitos anteriormente mencionados (art. 7º), tendo sido disciplinado o representante do Ministério Público competente para celebração em cada instância, bem como a forma de comunicação com o Relator em se tratando de acordo em processos com recursos interpostos perante Tribunais.

Já o acompanhamento do cumprimento do acordo ficará a cargo do órgão de execução de primeira instância (art. 9º). O conteúdo do acordo deve conter, dentre outros requisitos, a subsunção da conduta ilícita imputada à modalidade legal específica de ato de improbidade, assunção de responsabilidade pelo ato ilícito praticado, quantificação e extensão do dano causado, previsão de aplicação de uma ou mais sanções, forma de cumprimento do acordo etc. Também foram disciplinados outros temas relevantes para o tema, como o momento de celebração, com a garantia de que o celebrante esteja assistido por advogado ou defensor público, as hipóteses de extinção e rescisão do acordo e a criação de um cadastro acordos celebrados.

Nesse sentido, considerando outros temas regulamentados pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, em geral compatíveis com a regulamentação do Ministério Público do Estado do Paraná, demonstra a relevância da regulamentação de acordos celebrados com base no art. 17-B da Lei nº 8.429/1992.

IV Instrução Normativa nº 94, de 21 de fevereiro de 2024

Outra relevante regulamentação refere-se à promovida pelo Tribunal de Contas da União (TCU), sob a coordenação do Supremo Tribunal Federal (STF), que firmou acordo de Cooperação Técnica com a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), com o objetivo

de definir diretrizes e ações em matéria de combate à corrupção, com destaque para a celebração de acordos de leniência previstos na Lei nº 13.846/2013.

A resolução prevê que a CGU e a AGU devem encaminhar ao Tribunal informações acerca do escopo do acordo de leniência proposto por pessoa jurídica interessada.⁸ O relatório final apresentado pelo Grupo de Trabalho apresentou proposta para definir os procedimentos que devem ser adotados desde o encaminhamento inicial das informações à Corte de Contas até a elaboração de um posicionamento final do TCU, bem como garantir aos servidores da CGU e da AGU integral acesso aos processos de controle externo que tramitam na Corte, inclusive os sigilosos.

Destaca-se, como ficou consignado no Acórdão nº 239/2014,⁹ que os órgãos detentores de competência para negociar diretamente com as pessoas jurídicas interessadas em celebrar o acordo, no âmbito da União, são a CGU e a AGU. A participação do TCU consiste, então, em subsidiar a CGU/AGU com informações relativas à apuração do débito, nos casos que sejam apurados em processos de controle externo, e que, portanto, estão sujeitos à jurisdição do TCU, para que sejam considerados no processo de negociação.

Assim, o Tribunal de Contas da União editou a IN nº 94/2024, que compreende o produto final do Termo de Cooperação Técnica (ACT) firmado pelo TCU, CGU, AGU e MJSP, sob coordenação do STF. O procedimento inicia com o encaminhamento à Corte de Contas, ainda no início da negociação, de levantamento com todas as infrações admitidas pela pessoa jurídica proponente que estejam sujeitos à jurisdição do TCU e a relação de processos existentes no Tribunal (art. 2º, I e II).

A partir disso, a área técnica iniciará os trâmites internos disciplinados na IN, como a identificação de todos os processos de controle externo envolvendo a proponente do acordo de leniência, levantamento sobre a existência de débitos já calculados relacionados à proponente e encaminhamento dos autos ao Min. Relator e, se for o caso, acompanhado de proposta de adoção de eventual medida urgente (art. 3º). Destaca-se que em todas as etapas será mantido o caráter sigiloso das negociações em curso e das informações catalogadas. A IN se preocupou ainda em estabelecer prazos específicos para cada etapa, de forma a garantir a celeridade do processo (art. 3º, §2º).

Durante o procedimento, caso a CGU apure e encaminhe ao TCU novas informações ou documentos que impliquem a alteração do escopo da proposta do acordo de leniência, as etapas discriminadas no art. 3º deverão ser repetidas, conforme estabelece o art. 4º. Caso esteja encerrado o prazo de instrução, encontrando-se o processo com o Relator, o fato deverá ser informado ao Ministro, que poderá decidir pelo retorno dos autos para a unidade técnica para saneamento (art. 4º, §1º).

Nos casos em que não houver processo de controle externo já atuado no TCU, a análise, segundo o inciso V do art. 7º, deve se concentrar na apuração se os valores do dano eventualmente incluídos na minuta do acordo pela CGU/AGU atendem aos critérios de apuração de dano adotados pelo Tribunal. Além disso, deve-se verificar se é

⁸ Art. 12-A. A documentação e as informações relativas aos processos de celebração de acordos de leniência pela Administração Pública Federal, nos termos da Lei nº 12.846/2013, serão encaminhados ao TCU, por meio de sistema informatizado que garanta a cadeia de custódia. (...)

⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 239/2024, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 21 fev. 2024.

possível a dispensa de atuação de processo de controle externo sobre as irregularidades objeto do acordo a ser firmado pela Administração.

A participação do Ministério Público de Contas está prevista no art. 8º, o qual estipula o prazo de 10 dias para sua manifestação. Após a consolidação da proposta, que deverá contemplar o conjunto de danos relativos às irregularidades atreladas no acordo, esta será submetida à apreciação do Plenário, respeitado o sigilo dos dados sensíveis. A submissão ao Plenário ocorre tanto nas hipóteses de existir ou não processo de controle externo relacionado. Caso exista e esteja em andamento, o respectivo Relator será informado pelo Relator do processo do acordo de leniência sobre suas conclusões e seus impactos no andamento desse processo.

Se o Plenário da Corte de Contas julgar que o valor da proposta atende aos critérios estabelecidos para o ressarcimento do erário, por estarem de acordo com o apurado pelo próprio TCU, o Colegiado deve declarar a quitação dos valores apurados nos processos de controle externo correspondentes. A quitação, destaca-se, ocorre em relação à proponente do acordo (art. 9º).

O parágrafo único do artigo em exame excetua a quitação dada pelo *caput* do dispositivo nos casos em que as informações dadas pela proponente à CGU/AGU não se demonstrem verídicas ou completas. Nesses casos, em que se venham ser conhecidas irregularidades ou documentos novos capazes de modificar as condições ou a própria celebração do acordo, este pode ser revisto a qualquer tempo.

Já na hipótese de o Plenário rejeitar a proposta, por considerar que os valores não são suficientes para o ressarcimento dos danos, para que ocorra a quitação dos processos de controle externo no âmbito do TCU, o Colegiado dará ciência à CGU/AGU para que se proceda a negociação complementar com o objetivo de ajuste dos valores consignados na proposta. Entretanto, fica como responsabilidade do próprio TCU indicar no acórdão os valores dos débitos discriminados nos processos de controle externo que seriam suficientes para a sua quitação.

Caso o acordo venha a ser celebrado sem que os valores contemplem o apurado pelo TCU e informados à CGU/AGU, o art. 16 determina que não haverá quitação integral dos processos de controle externo, sendo possível, caso presentes os requisitos regimentais, a instauração de tomada de contas especial. O parágrafo único traz relevante regra de que, ainda nestes casos, o Tribunal não deverá aplicar multa de sua competência à colaboradora relacionada aos atos ilícitos constantes no acordo de leniência, desde que a colaboradora se mantenha adimplente com as obrigações assumidas.

Reforçando a preocupação exposta no item anterior deste trabalho, a instrução normativa do TCU garante grande destaque para a proteção e guarda de dados sensíveis, dando especial destaque para o caráter sigiloso do processo. Nesse sentido, o art. 11 assevera que, caso a CGU/AGU informe que o acordo de leniência não será mais celebrado, deverá ser providenciada a exclusão definitiva de todos os documentos que contenham informações fornecidas pela proponente das bases do TCU.

Ainda sobre a questão de dados, o art. 23 determina que, após a assinatura do acordo de leniência, o TCU poderá tornar públicos os acórdãos proferidos no âmbito do processo do acordo. Entretanto, é possível que isso deixe de acontecer caso a CGU/AGU se manifeste expressamente pela manutenção do sigilo do feito.

O art. 18 prevê prazo para que a unidade técnica responsável pela instrução do acordo analise a possibilidade de aproveitamento das informações e documentos em

outros processos de controle externo em andamento, se podem desencadear novas ações de controle em face de pessoas citadas e/ou envolvidas nos ilícitos discriminados nos acordos de leniência. Na hipótese negativa, a proposta de argumento deve ser encaminhada da unidade técnica para o Ministro Relator (art. 19). Na hipótese positiva, o art. 20 abre prazo para que sejam encaminhadas propostas de fiscalização e/ou autuação de processo de representação.

O sobrestamento da aplicação de sanção pelo TCU em razão de irregularidades contempladas no escopo do acordo de leniência depende da comunicação, pela pessoa jurídica signatária do acordo, sobre a ocorrência de sua celebração nos autos em tramitação que tenham por escopo as mesmas irregularidades (art. 22).

O Capítulo VI da Instrução Normativa nº 94/2024 elenca regras para a “compensação de valores para evitar *bis in idem*”. O art. 25 autoriza que o TCU poderá compensar ou abater multas pagas em função de condutas tipificadas em mais de uma legislação desde que envolvam exatamente as mesmas irregularidades tratadas no processo de controle externo.

Por fim, no caso de inadimplência da empresa colaboradora em relação aos valores acordados, o TCU poderá, após ouvir a AGU, a CGU e a própria empresa, declarar, mediante acórdão, a suspensão dos benefícios advindos do acordo. Posteriormente, deve ser avaliada a pertinência de instauração de novo processo de controle externo para possível aplicação de sanções à empresa inadimplente e a cobrança de débito remanescente (art. 27).

Assim, a recente edição da Instrução Normativa nº 94/2024 representa importante avanço para a segurança jurídica no âmbito da celebração dos acordos de leniência. Desde a edição da Lei nº 12.846/2013, a celebração de acordos tem esbarrado em desafios como a multiplicidade de atores, questionamentos em torno dos valores e insegurança jurídica. Esse importante passo dado pelo TCU, CGU, AGU, MJSP, sob a coordenação do STF, pode significar o fortalecimento desse importante instrumento jurídico, sempre em prol do interesse público e do desenvolvimento do país.

V Reflexões sobre a regulamentação dos acordos de não persecução civil

Inicialmente, é válido o destaque de que a natureza da Lei de Improbidade Administrativa, bem como de suas sanções, é de Direito Administrativo Sancionador. Nessa perspectiva, conforme defendido em outras oportunidades,¹⁰ é válido pensar que, em função dos efeitos deletérios advindos da aplicação das sanções da LIA, justifica-se a ideia de que as penalidades devem ser aplicadas em *ultima ratio*.

Esta premissa implica um espaço maior para o que se tem denominado Direito Administrativo Ordenador, pautado na lógica de prevenção, reparação integral e implementação de mecanismos de conformidade. Os acordos são ferramentas fundamentais para a concretização dessas ideias, afinal, como bem dizia o saudoso

¹⁰ MARÇAL, Thaís; CASTILHOS, Cristiano. O dever jurídico de negociar acordos administrativos. *Informativo Migalhas*, v. 1, p. 1-1, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342856/o-dever-juridico-de-negociar-acordos-administrativos>. Acesso em: 28 fev. 2024.

professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a sanção administrativa não é um fim em si mesma. A celebração de acordos pode aumentar a eficiência nesse campo do Direito Administrativo, como nos casos em que encontrar êxito na recuperação de valores extraviados do erário e na adoção de mecanismos que evitam a reincidência do ato.

Adicionalmente, no que se refere aos instrumentos que podem ser utilizados para garantir segurança jurídica à celebração de acordos, é importante a definição de *standards*. É importante, contudo, que essas balizas não fiquem restritas somente aos critérios puramente jurídicos. Esse exercício deve ser, necessariamente, multidisciplinar, pois assim o juízo de ponderação acerca das externalidades positivas e negativas de cada caso concreto se tornará mais confiável.

A definição de critérios minimamente objetivos agrega, também, no sentido de: (i) garantir a impessoalidade na celebração de acordos; (ii) fornecer maior segurança jurídica às partes; e (iii) possibilitar aos gestores a eventual deferência dos órgãos de controle à celebração do acordo. Sobre o último aspecto, suponha-se que seja possível que, sem a definição desses critérios que têm sido defendidos aqui, o mesmo controlador tenha receio de firmar acordos sob pena de, futuramente, outro agente questionar o mérito do pacto a partir da perspectiva da eficiência.

Fábio Medina Osório, refletindo sobre os acordos na chamada Lei Anticorrupção, faz apontamentos que coadunam e fortalecem a ideia de se trabalhar com critérios para a celebração de acordos, bem como podem ser transportadas para o cenário de celebração de acordos em ações de improbidade administrativa após a edição da Lei nº 14.230/2021. Veja-se:

Acordos mal celebrados colocam em risco as próprias empresas, na medida em que suas imunidades podem ser a posteriori questionadas, independentemente dos valores pagos a título de ressarcimento e composição de danos. E competências dependem de critérios técnicos e diálogos interinstitucionais. Há diferenças entre pessoas jurídicas e seus representantes legais. As leis anticorrupção e de improbidade não se confundem e coexistem, assim como não são absorvidas por qualquer legislação penal. Para evitar insegurança jurídica, é necessário contar com qualificado apoio técnico e lastro fundamentado nas decisões.¹¹

Supletivamente, destaca-se que a elaboração dessas regulamentações deve atentar para algumas premissas, tais como as que ocorrem na elaboração de análise de impacto regulatório nas agências reguladoras, bem como a realização de uma escuta ativa e democrática da sociedade, agregando contribuições de diferentes atores. Extrai-se esse raciocínio, também, dos ensinamentos da professora Ana Paula de Barcellos, que defende a avaliação das consequências dos atos normativos em seu processo de elaboração.¹²

Cita-se, ainda, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que positivou a necessidade de análise consequencialista no processo de tomada de decisões nas esferas administrativa, controladora ou judicial (art. 20). Denota-se, portanto, a

¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Acordos em ações de improbidade. *Jornal O Globo*, 21 set. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 fev. 2024.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

importância da utilização de instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico capazes de impulsionar a legitimidade e a segurança dos atos que possam vir a ser editados para regulamentar os acordos envolvendo atos de improbidade administrativa.

Ainda no âmbito da LINDB, no momento de celebração de acordos com base no art. 17-B da LIA, deve-se considerar o art. 22 da lei. Em outras palavras, as circunstâncias práticas em torno do agente que o praticou precisam ser objeto de consideração em cada caso. A celebração de acordos sem a consideração desses elementos tem o potencial de reforçar o gatilho do Direito Administrativo do medo, tão bem trabalhado por Rodrigo Valgas, Rodrigo Mascarenhas e Fernando Vernalha.

VI Conclusões

1. Durante longo período, houve divergência na doutrina em torno da possibilidade, ou não, de se firmar acordos por atos de improbidade administrativa. Enquanto parte dos doutrinadores entendia, à luz do princípio da indisponibilidade de bens, ser vedada essa hipótese, outra corrente entendia que a proibição já havia sido revogada tacitamente pelo conjunto de leis que compõem o arcabouço legal de combate à corrupção;

2. A Lei nº 14.230/2021, que reformou a Lei nº 8.429/1992, acrescentou o art. 14-B à lei, que autoriza a celebração de acordos no âmbito da lei, pondo fim, finalmente, à polêmica em torno do tema;

3. O tema merece a elaboração de regulamentações internas que uniformizem as principais premissas dos acordos. Essa necessidade é demonstrada quando se considera a multiplicidade de agentes, as diferentes esferas federativas envolvidas na celebração de acordos;

4. O risco de desencontro na atuação dos atores legitimados pela lei, em função da diversidade de orientações e regulamentações distintas em torno da negociação de acordos, pode reduzir sua previsibilidade e o nível de segurança jurídica, sob o risco de afastar o interesse dos particulares e inviabilizar o instituto. Por isso, a celebração de Termos de Cooperação para atuação concertada entre os legitimados mostra-se recomendável;

5. As regulamentações promovidas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, do Paraná e pelo Tribunal de Contas da União em conjunto com a Controladoria-Geral da União são importantes exemplos da relevância da regulamentação dos acordos;

6. O compartilhamento de dados deve obediência às disposições da Lei Geral de Proteção de Dados;

7. As sanções no âmbito do Direito Administrativo Sancionador devem ser aplicadas como *ultima ratio*. Esse pressuposto resulta em um espaço maior para que se aplique a lógica da prevenção, da reparação integral e da implementação de mecanismos de conformidade, sob o prisma da eficiência;

8. A definição de *standards* não deve ficar restrita à ciência do Direito. Ao contrário, para sua efetivação é imprescindível uma abordagem multidisciplinar, que, a partir de apoio técnico de qualidade, auxiliará o juízo de ponderação das vantagens de cada caso em concreto;

9. A regulamentação e os termos de cooperação devem, também, seguir a lógica de análise consequencialista e de escuta ativa da sociedade, capaz de agregar diferentes contribuições de atores diversos da sociedade;

10. Estabelecidas as condições, a atuação dos interessados, principalmente em torno da discricionariedade dos agentes com atribuição para firmar acordos, poderá contar com o dever de deferência institucional por parte dos agentes de controle;

11. A ausência das balizas normativas para análise da consensualidade administrativa tende a ser um fator de desestímulo ao uso dos métodos consensuais de solução de controvérsias. Por essa razão, é premente a necessidade de estabelecer regulamentos comuns e termos de cooperação entre os legitimados.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARÇAL, Thaís. Análise econômica dos acordos em ações de improbidade administrativa. *Estadão*, 13 de jun. 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/analise-economica-dos-acordos-em-acoes-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; MARÇAL, Thaís. Arbitragem para ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa. *Estadão*, 16 de mar. 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/arbitragem-para-ressarcimento-ao-erario-por-ato-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DRUMMOND, Fernando. Acordo de não persecução cível: solução para os processos de improbidade? *Consultor Jurídico*, 9 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-09/drummond-acordo-nao-persecucao-civel-improbidade>. Acesso em: 28 fev. 2024.

KANAYAMA, Ricardo Alberto. Uma nova competência do TCU? *O Jota*, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-nova-competencia-tcu-28072021>. Acesso em: 28 fev. 2024.

MARÇAL, Thaís; MENDES, Fernando. A escuta ativa do STF no julgamento da constitucionalidade da nova lei de improbidade. *Estadão*, 6 jul. 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/a-escuta-ativa-do-stf-no-julgamento-da-constitucionalidade-da-nova-lei-de-improbidade/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

MARÇAL, Thaís. Projeto de nova Lei de Improbidade Administrativa e a regulamentação de acordos. *Estadão*, 28 de set. 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/projeto-de-nova-lei-de-improbidade-administrativa-e-a-regulamentacao-de-acordos/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

MARÇAL, Thaís; CASTILHOS, Cristiano. O dever jurídico de negociar acordos administrativos. *Informativo Migalhas*, v. 1, p. 1-1, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342856/o-dever-juridico-de-negociar-acordos-administrativos>. Acesso em: 28 fev. 2024.

MUDROVITSCH, Rodrigo; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Colaboração premiada e improbidade: o tema 1.043 de repercussão geral. *Consultor Jurídico*, 11 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/mudrovitsch-pupe-colaboracao-premiada-improbidade>. Acesso em: 28 fev. 2024.

OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza Jurídica do Instituto da não Persecução Cível Previsto na Lei De Improbidade Administrativa e seus Reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. *Migalhas*, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 28 fev. 2024.

OSÓRIO, Fábio Medina. Acordos em ações de improbidade. *O Globo*, 21 set. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 fev. 2024.

SOUZA, Flávia Baracho L. C. de; FREITAS Sérgio H. Z. Os acordos nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, v. 6, n. 1, p. 55-76, 28 fev. 2024.

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

MARÇAL, Thais; MACÊDO, Caio. Regulamentação de acordos firmados no âmbito do microsistema de combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 237-248. ISBN 978-65-5518-820-2.

A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS DE COTAS PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CYNARA MONTEIRO MARIANO

1 Introdução

As políticas de cotas já comprovaram que são necessárias e eficazes para a inclusão e a democratização em vários setores da vida institucional do país, a exemplo do ingresso no ensino público superior e na representatividade feminina nas casas legislativas. Sua expansão para outras áreas/setores deve ser buscada também para a democratização da Administração Pública, ampliando-se, diversificadamente, o ingresso, a contratação de pessoal e o protagonismo de grupos nos processos de tomada das mais importantes decisões. Se os elaboradores das políticas públicas precisam refletir as diversas e plurais visões de mundo e interesses da sociedade, assim também se faz necessário com os executores/aplicadores da lei.

A sociedade brasileira é multicultural, multirracial e diversa. Todavia, e já é fato notório, na medida em que se observam as posições mais elevadas no processo de tomada de decisão, tanto no Legislativo como no Sistema de Justiça e no Poder Executivo, percebe-se que a predominância da ocupação dessas posições é masculina, branca, hetero e cisgênero. Isso quer dizer que desde quem decide os conflitos, elabora e executa as políticas públicas até quem toma as decisões de gestão na Administração Pública ainda o são, na sua grande maioria, homens brancos, hetero e cis.

Essas decisões, portanto, não podem refletir, como de fato nunca refletiram, a inclusão dos interesses de toda a diversidade brasileira nos interesses públicos erigidos como seu fundamento. Legislativo, Sistema de Justiça e Executivo operam, portanto, para poucos e segundo a visão de poucos. Assim o fazem porque excluem histórica e sistematicamente minorias, mesmo aquelas que, quantitativamente, são majorias. A desigualdade de gênero no mercado de trabalho e na ocupação dos espaços de poder reproduz e reafirma esse desequilíbrio existente em todas as esferas da sociedade. A partir dos papéis atribuídos a homens e mulheres, brancos e negros, hetero e cisgênero, desenham-se as desigualdades e as relações de poder, seja econômico, sexual ou político.

Segundo o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), 51,1% da população brasileira é composta de mulheres e 55,8% da população brasileira é negra.¹ Da população negra, aproximadamente a metade é composta de mulheres, que são mais de 41 milhões de pessoas, o que representa 23,4% do total da população brasileira. Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) mostram, por sua vez, que dentre as próprias mulheres há níveis de discriminação: mulheres brancas recebem e ocupam espaços de trabalho e poder 70% a mais que mulheres negras. As mulheres pretas ou pardas ostentam elevada concentração em atividades vulnerabilizadas: no emprego doméstico (22,4%) e trabalhadores sem remuneração (10,2%).²

Ainda no caso das mulheres, já é possível perceber que, atualmente, seu nível de escolarização é superior ao dos homens, o que não tem sido suficiente para lhes garantir melhores postos de trabalho e remunerações. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PnadC), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no terceiro trimestre de 2022,³ mostrou que, mesmo mais instruídas, as mulheres recebem 77,7% (ou pouco mais de $\frac{3}{4}$) do rendimento dos homens. Enquanto o rendimento médio mensal dos homens é de R\$2.555, o das mulheres é de R\$1.985.

A desigualdade é maior entre as pessoas nos grupos ocupacionais com maiores rendimentos. Nos grupos de diretores e gerentes (onde 62,6% dos cargos gerenciais são ocupados por homens e 37,4% pelas mulheres) e profissionais das ciências e intelectuais, as mulheres recebem, respectivamente, 61,9% e 63,6% do rendimento dos homens. A pesquisa também revela que a desigualdade se aprofunda nas faixas etárias mais elevadas: entre pessoas de 60 ou mais anos de idade, 78,5% dos cargos gerenciais são ocupados por homens e 32,6% pelas mulheres.

No âmbito da diversidade sexual e identitária, a desigualdade também se faz presente. Segundo um levantamento conduzido por psiquiatras e pesquisadores da Unesp e da USP publicado na revista científica *Nature Scientific Reports*,⁴ o percentual de brasileiros adultos que se declaram assexuais, lésbicas, gays, bissexuais e transgênero é de 12%, ou cerca de 19 milhões de pessoas, levando-se em conta os dados populacionais do IBGE. Há parcelas integrantes da população LGBTI+ que não possuem iguais condições, como os demais segmentos populacionais, à permanência escolar e universitária e ao mercado de trabalho, tendo em vista sua vulnerabilidade a toda sorte de violência.

No ano de 2022, uma pessoa LGBTI+ foi assassinada a cada 32 (trinta e duas) horas no Brasil, o que notabiliza o país como aquele que mais mata pessoas LGBTI+ no mundo. Travestis, mulheres trans e homens homossexuais, entre 20 e 39 anos, estão entre os principais afetados pela LGBTIfobia.⁵

¹ Disponível em: <https://www.dieese.org.br/infografico/2022/populacaoNegra2022/index.html?page=2>. Acesso em: 26 fev. 2024.

² Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/primeiraedicao.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2024.

³ Disponível em https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Novos_Indicadores_Sobre_a_Forca_de_Trabalho/pnadC_202203_trimestre_novos_indicadores.pdf. Acesso em: 26 fev. 2024.

⁴ SPIZZIRRI, G.; EUFRÁSIO, R.Á.; ABDO, C.H.N. *et al.* Proporção de brasileiros adultos ALGBT, características sociodemográficas e violência autorreferida. *Sci Rep* 12, 11176 (2022). Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41598-022-15103-y>.

⁵ Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtbrasil.org/dossie/mortes-lgbt-2022/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

Com o intuito de eliminar ou proibir as discriminações fundadas em gênero e raça, o Brasil já assinou vários compromissos internacionais, ratificou a CEDAW – Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o Protocolo Facultativo da CEDAW e quase todas as convenções da OIT. Também assinou uma das mais antigas convenções internacionais, a CERD – Convenção Internacional para a Eliminação da Desigualdade Racial.

Além disto, a Constituição de 1988 traz uma série de preceitos que buscam garantir a igualdade entre todos e a não discriminação por qualquer motivo. A República Federativa do Brasil possui como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem qualquer espécie de discriminação (art. 3º, inciso IV). No artigo 5º, *caput*, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. A Constituição deixa claro, também, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (...)” (art. 5º, inciso I). No art. 7º, inciso XXX, determina ainda: “a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

Em ensaio clássico sobre as ações afirmativas e o conteúdo do princípio da igualdade, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ministra do Supremo Tribunal Federal, destaca ainda o fundamento constitucional do inciso III do art. 3º, que traduz o objetivo da RFB em reduzir as desigualdades sociais e regionais, “de maneira tal que não é suficiente, nos termos postos expressamente na Constituição, que não se tolerem desigualdades; antes, cuida a Lei Fundamental de expressar a exigência de que se adotem procedimentos para reduzir aquelas que são havidas na sociedade brasileira”.⁶

Dada a omissão específica do texto constitucional acerca da liberdade sexual e identitária, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de equiparar a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, no plano da dicotomia homem/mulher, à proibição de discriminação das pessoas em razão da orientação sexual.

O espírito da ordem jurídica brasileira, que encontra seu maior fundamento na Constituição, é, portanto, a igualdade. Para que esse objetivo seja alcançado de forma efetiva, é preciso, no entanto, entender o Brasil e a realidade de suas múltiplas

⁶ A Ministra identifica precisamente aqui, no inciso III do art. 3º, juntamente com o inciso IV (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), o imperativo das ações afirmativas: “aqui se determina agora uma ação afirmativa: aquela pela qual se promova o bem de todos, sem preconceitos (de) quaisquer... formas de discriminação. Significa que universaliza-se a igualdade e promove-se a igualação: somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República. Se fosse apenas para manter o que se tem sem figurar o passado ou atentar à história, teria sido suficiente, mais ainda, teria sido necessário, tecnicamente, que apenas se estabelecesse ser objetivo manter a igualdade sem preconceitos, etc. Não foi o que pretendeu a Constituição de 1988. Por ela se buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justo e solidário. Com promoção de mudanças, com a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sociopolítico é que se movimenta no sentido de se recuperar o que de equivocado antes se fez (ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 131, p. 290, jul./set. 1996).

desigualdades. Desse modo, democratizar os espaços de trabalho e de poder exige inter-relacionar questões, informações, dados de gênero, etnia, diversidade, identidade, classe social e divisão sexual do trabalho.

Na Administração Pública brasileira, por exemplo, os lugares de nível mais alto nas carreiras, e ao mesmo tempo os lugares de decisão de segundo, terceiro e quarto escalões, são os cargos de Direção e Assessoramento Superior (DAS), cuja ocupação por homens e mulheres já foi objeto de muitas pesquisas, como o relatório de Pesquisa *Mulheres e homens em ocupação de DAS na Administração Pública federal* (Ipea, 2012)⁷, como também o Boletim estatístico de pessoal (BEP), publicação mensal da Secretaria de Recursos Humanos (SRH) do Ministério do Planejamento (MP).

Em relação a esses DAS, que vão de 1 a 6, sendo 6 o de maior poder de decisão, correspondendo aos cargos de secretários nacionais dos respectivos ministérios e presidentes de autarquias e fundações, a desigualdade de gênero torna-se significativa a partir do DAS 4, cenário que vem persistindo no Brasil há anos. No BEP número 249, referente a janeiro de 2017, a participação das mulheres nos DAS 4, 5 e 6 era de 13,5%, 3,1% e 0,5%, respectivamente.⁸

Se as desigualdades persistem, a desafiar o programa constitucional brasileiro, políticas públicas se fazem necessárias. Na Administração Pública já houve alguns importantes avanços, mas o tema ainda precisa ocupar, com destaque, o cenário político e jurídico do país para que mais igualdade seja efetivamente buscada, sendo o presente ensaio uma contribuição nesse sentido.

2 Políticas públicas de ingresso e contratação de pessoal na Administração Pública federal: progresso ainda insuficiente

A instituição de cotas para o ingresso e para as contratações públicas na Administração Pública constitui ações afirmativas,⁹ pois configuram ações proativas estatais

⁷ Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7745/1/RP_Mulheres_2012.pdf. Acesso em: 26 fev. 2024.

⁸ Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/arquivos/planejamento/arquivos-e-imagens/secretarias/Arquivos/servidor/publicacoes/boletim_estatistico_pessoal/2017/bep-dezembro-2017. Acesso em: 26 fev. 2024.

⁹ A ideia das ações afirmativas, como se sabe, teve sua gênese no Direito norte-americano, pelo que tomamos de empréstimo, para os breves fins deste artigo, a síntese de Cármen Lúcia Rocha: “Quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson, em 4 de junho de 1965, na Howard University, se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições. Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. A expressão ação afirmativa, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na princiologia dos direitos fundamentais. Naquela ordem se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma ‘ação afirmativa’ para aumentar a contratação dos grupos ditos das minorias, desiguais social e, por extensão, juridicamente. A mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da ação afirmativa, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter, necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim, nas entidades públicas e privadas” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação

que visam à mitigação da discriminação no acesso a cargos e funções públicas, sofrida por segmentos populacionais vulneráveis, fruto dos preconceitos, do racismo e do patriarcado, que são estruturais e constituintes da sociedade brasileira. Obviamente, tais sistemas e estruturas de exclusão também se encontram presentes nos aparelhos burocráticos do Estado.

Tradicionalmente, a doutrina brasileira adota três fundamentos teóricos ensejadores das ações afirmativas: as justiças compensatória e distributiva, que visam corrigir as distorções sociais produzidas em razão da existência de um processo histórico de exclusão e cujas consequências são sentidas até a contemporaneidade; a promoção do pluralismo, que contextualizaria o ambiente social com a presença de diversos segmentos com formas de expressão própria; e, por derradeiro, o argumento do fortalecimento da autoestima dos indivíduos constituintes das minorias, superando os estereótipos negativos mediante a existência de representantes de determinado grupo exercendo posição de destaque no âmbito social.¹⁰

Esses fundamentos das ações afirmativas são resultado das mudanças dos paradigmas constitucionais. Hoje, o Estado brasileiro e sua ordem jurídica não mais se coadunam com organizações e estruturas estatais descompromissadas com a qualidade das relações sociais, sendo a igualdade formal considerada instrumento insuficiente para a promoção de uma sociedade plenamente justa.¹¹ A igualdade material que lhe deu lugar passou a exigir políticas públicas que promovam, para além da redistribuição dos bens sociais, o efetivo reconhecimento social como indispensável à realização da justiça, em especial quando se trata do reconhecimento de grupos historicamente excluídos.

Como Nancy Fraser sustenta, a aplicação do princípio da igualdade material requer a adoção de políticas de reconhecimento social como corolário da noção de justiça social. Não basta apenas uma política que promova a distribuição igualitária de bens e encargos sociais, mas também o reconhecimento de determinados grupos como parceiros na interação social:

O não reconhecimento, conseqüentemente, não significa depreciação e deformação da identidade de grupo. Ao contrário, ele significa subordinação social no sentido de ser privado de participar como um igual na vida social. Reparar a injustiça certamente requer uma política de reconhecimento (...).¹²

afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 131, p. 285, jul./set. 1996).

¹⁰ SIMÃO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. O Estado na promoção da igualdade material: a constitucionalidade das cotas raciais como critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 186/DF. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 51, n. 202, p. 131-144, abr./jun. 2014.

¹¹ Para fins deste breve artigo, adotaremos a compreensão da igualdade formal como aquela limitada à vedação das desigualdades, como em Cármen Lúcia, no clássico ensaio já citado: “(...) por essa constatação histórica irrefutável é que, desde a década de 60, especialmente, começou a se fazer patente aos que tinham olhos com que ver claro que o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha sendo, até então, cuidado. Concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 131, p. 284, jul./set. 1996).

¹² FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007.

As políticas afirmativas existentes até o momento já revelaram considerável êxito no caminho da correção das desigualdades históricas, da redistribuição e do reconhecimento. Retome-se o exemplo das cotas para o ingresso no ensino superior. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que depois de mais de 15 anos desde as primeiras experiências de ações afirmativas no ensino superior, o percentual de pretos e pardos que concluíram a graduação cresceu de 2,2%, em 2000, para 9,3% em 2017. Apesar do crescimento, os negros ainda não alcançaram o índice de brancos diplomados. Entre a população branca, a proporção atual é de 22% de graduados, o que representa mais do que o dobro dos brancos diplomados no ano 2000, quando o índice era de 9,3%.¹³

O Censo do Ensino Superior, elaborado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), também vem evidenciando o aumento do número de matrículas de estudantes negros em cursos de graduação. Em 2011, do total de 8 milhões de matrículas, 11% foram feitas por alunos pretos ou pardos. Em 2016, o percentual de negros matriculados subiu para 30%. No último e mais recente Censo realizado e divulgado em 2023, verificou-se que o número de ingressos na educação superior federal por meio das ações afirmativas aumentou 167% em dez anos. Somente no último ano objeto do Censo, em 2022, mais de 108.616 estudantes negros e pardos usufruíram das cotas.¹⁴

Apesar desse avanço, ainda insuficiente, não se pode concluir que a igualdade de oportunidades está garantida com a maior democratização do acesso ao ensino superior para pessoas negras e pardas, pois estas, embora tenham partilhado de parte do capital cultural com a conclusão do ensino superior, possuem mais obstáculos do que pessoas brancas para acessar postos de trabalho e de emprego no mercado, bem como empregos, cargos e funções no serviço público. As condições históricas de sua vulnerabilidade econômica e social e o racismo estrutural¹⁵ constituem as barreiras para a igualação plena das oportunidades.

Capital cultural é uma expressão cunhada e utilizada por Pierre Bourdieu para analisar situações de classe na sociedade. Além do capital cultural existiriam as outras formas básicas de capital: o capital econômico, o capital social (os contatos) e o capital simbólico (o prestígio), que juntos formam as classes sociais ou o espaço multidimensional das formas de poder. O termo capital, associado ao termo cultura, constitui uma analogia ao poder e ao aspecto utilitário relacionado à posse de determinadas informações, aos gostos e atividades culturais. A formulação do capital cultural de Bourdieu tem por

¹³ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html>. Acesso em: 26 fev. 2024.

¹⁴ Disponível em: https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/notas_estatisticas_censo_escolar_2022.pdf. Acesso em: 26 fev. 2024.

¹⁵ Segundo Silvio de Almeida, Ministro de Estado dos Direitos Humanos e Cidadania e autor de obra singular sobre o assunto, o racismo estrutural é um elemento que integra a organização econômica e política da sociedade, como uma manifestação normal de uma sociedade, e não um fenômeno patológico ou que expressa algum tipo de anormalidade. O racismo fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para a reprodução das formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea. No dizer do autor, o racismo estrutural “é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios, a depender do grupo racial ao qual pertencem” (ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro, Pólen, 2019, p. 22).

resultado mostrar que a cultura também desempenha um importante papel na formação e na luta de classes.¹⁶

Seguindo, no entanto, o pessimismo da razão de Bourdieu quanto aos limites da acumulação do capital cultural, os segmentos mais vulneráveis podem partilhar do capital cultural, mas são tradicionalmente excluídos da acumulação (*habitus*) dos demais capitais: o econômico e o social. Uns podem se converter nos outros, no entanto, o capital econômico é um dos mais significativos, pois pode mais facilmente ser convertido em outros capitais, tendo em vista que, em diversas circunstâncias, ele se torna a moeda de troca para o acesso aos demais.¹⁷ Eis por que as teses de Bourdieu quanto aos campos, ao *habitus* e à tridimensionalidade do capital são, em essência, teses que explicam as desigualdades.

Eis também aqui o motivo pelo qual as políticas públicas precisam avançar para outras etapas das conquistas sociais e econômicas dos grupos vulneráveis, como no ingresso no serviço público, dado que as políticas afirmativas anteriores, de maior partilha do capital cultural, serão sempre insuficientes.

A primeira grande política de democratização do acesso aos cargos, empregos e funções públicas foi instituída em 2014, por meio da Lei Federal nº 12.990. O referido diploma legal, com vigência programada para 10 anos, reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Com a proximidade do termo final de sua vigência, e com a prova do seu êxito na majoração do percentual de ingresso de pessoas negras na Administração Pública federal, o senador Paulo Paim (PT-RS) apresentou o PL nº 1.958/202,¹⁸ que reproduz na íntegra a Lei Federal nº 12.990, mas propõe nova vigência temporária de 10 anos, para o período de 2024 a 2034, ao final do qual a política deverá ser reavaliada.

Instado a se pronunciar sobre a sua constitucionalidade, no bojo da ADC nº 41/DF,¹⁹ o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, salientou que a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa da Lei Federal nº 12.990/2014 está em consonância com o princípio da isonomia e se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.

O Supremo Tribunal Federal também decidiu que a reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público e que a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de

¹⁶ BOURDIEU, Pierre. *Capital Cultural, Escuela y Espacio Social*. México: Siglo Veinteuno, 1997.

¹⁷ BOURDIEU, Pierre. The forms of capital. In: RICHARDSON, J. *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*. New York: Greenwood Press, 1986, p. 241-258.

¹⁸ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148596>. Acesso em: 26 fev. 2024.

¹⁹ STF – ADC: 41 DF 0000833-70.2016.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08.06.2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 17.08.2017.

garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.

Outra importante ação afirmativa, desta vez voltada à inclusão e ao ingresso de pessoas com deficiência no serviço público, foi a edição do Decreto Federal nº 9.508/2018, que lhes reservou o percentual mínimo de 5% das vagas oferecidas para o provimento de cargos efetivos e para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, no âmbito da Administração Pública federal direta e indireta. Antes da edição do referido decreto, a Lei Federal nº 8.112/90, no art. 5º, §2º, já estabelecia a reserva de até 20% das vagas dos concursos para as pessoas com deficiência, sem fixar, no entanto, percentual mínimo. Ao passo que a Constituição Federal de 1988, nesse tocante, estabelece que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (art. 37, inciso VIII).

Mais recentemente, o Decreto Federal nº 11.430, de 8 de março de 2023, que foi expedido para regulamentar a Lei Federal nº 14.133/2021, estabeleceu uma cota de 8% para mulheres vítimas de violência nos contratos firmados entre empresas e a Administração Pública federal. Essa nova exigência, que se aplica à Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelece, assim, um percentual mínimo de mão de obra em contratações públicas composta por mulheres vítimas de violência doméstica, incluindo mulheres trans e travestis. Prevê ainda critério de desempate em licitações que envolvam ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, dando prioridade a empresas que se comprometam em promover a inclusão e a proteção das mulheres vítimas de violência.

Ainda mais recentemente, a Câmara dos Deputados aprovou no dia 9 de agosto de 2023 o Projeto de Lei nº 1.246/21, da deputada federal Tabata Amaral (PSB-SP), que reserva para as mulheres 30% das vagas de titulares de conselhos de administração, valendo a regra para empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e outras companhias em que a União, Estado ou Município detenha a maioria do capital social com direito a voto, direta ou indiretamente.

Na primeira eleição ocorrida para esses cargos após a publicação da futura lei, deverá haver um mínimo de 10% de mulheres. Na segunda eleição, a reserva será de 20%; e na terceira eleição, serão 30% de mulheres. Também a partir dessa terceira eleição, do total de vagas para as mulheres, 30% deverão ser preenchidas por mulheres negras ou com deficiência. O reconhecimento da pessoa como mulher negra será feito por autodeclaração. Se o conselho de administração da empresa não cumprir a norma, será impedido de deliberar sobre qualquer matéria.

Esse último exemplo de ação afirmativa foi além dos anteriores, pois não se limitou ao ingresso em si dos grupos sociais minoritários aos cargos, empregos e funções públicas, em que pese ser este um passo importante visando a inclusão e maior democratização do acesso ao serviço público, mas ainda insuficiente para a equiparação plena e para o reconhecimento dos grupos sociais por ela contemplados.

Democratizar exige mais do que universalizar o acesso, pois o acesso em si pode resultar apenas no atendimento de um dos aspectos da igualdade, a saber, o formal. A verdadeira inserção (igualdade material) e a genuína representatividade (igualdade de reconhecimento) advêm da igualdade de oportunidades na ocupação dos espaços de

poder e nos processos de tomada das decisões, onde se consolidam as definições e as escolhas públicas, ou seja, a democratização precisa ser urgentemente ampliada para o acesso aos cargos e funções de grande escalão na estrutura burocrática da Administração Pública.

3 Conclusões

O Direito e as suas instituições podem seguir sendo uma forma tradicional de legitimação dos processos opressivos na sociedade ou podem representar rupturas nesses processos estruturais. Se outrora já legitimaram exclusões e desvantagens de ordem material para mulheres, pessoas negras, com deficiência, indígenas e LGBTI+ etc., hoje, para atender aos imperativos do novo paradigma constitucional e dos poderes constituintes supranacionais, podem implementar alguns mecanismos de promoção da inclusão, de partilha dos bens sociais, de reconhecimento e de nivelamento de oportunidade para todos.

Entre essas desvantagens já legitimadas pelo Direito, citem-se, por exemplo, os julgamentos conforme padrões desiguais (principalmente quanto à sexualidade, o gênero e as identidades) ou as leis que beneficiaram os homens em casamentos e divórcios (recorde-se que o pátrio poder foi alterado para poder familiar apenas a partir da promulgação do Código Civil de 2002) ou controlaram e ainda controlam os corpos e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

O Direito é, ainda, gendrado, ou seja, estabelece uma diferenciação específica de gênero, incorporando uma divisão sexual, funcionando como um processo de produção de identidades de gêneros fixos e não como mera aplicação da lei a sujeitos previamente gendrados.

Se o programa constitucional, contudo, fixa diretrizes de inclusão, de superação da pobreza e de todas as desigualdades, com o objetivo de construir e consolidar um Estado Democrático de Direito, é preciso subverter essa genética do Direito que imprime seu DNA discriminatório em todas as esferas da vida social, da privada à pública, no mundo do trabalho e na economia. Afinal se é consenso que a Constituição da República Federativa do Brasil representou no cenário jurídico nacional a ruptura de modelos hegemônico-excludentes vigentes e estabeleceu uma estrutura pautada na promoção da igualdade, o Estado precisa não somente rejeitar todas as formas de preconceito e de discriminação, mas também tem o dever de atuar positivamente no combate e na redução das desigualdades de fato.

A igualdade constitui um direito fundamental e integra o conteúdo essencial da ideia de democracia, que pressupõe a eliminação da hierarquização dos indivíduos e as desigualdades infundadas, naturalizadas e estruturais da sociedade. A igualdade, ao revés, impõe a correção das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. Para além da superação do seu aspecto formal e puramente liberal, que opera como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios, em seu aspecto material e atualmente adequado ao Estado Social, a igualdade deve buscar corresponder às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social. Como reconhecimento de grupos excluídos, a igualdade exige o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas,

sexuais ou quaisquer outras. Assim, a igualdade efetiva requer igualdade perante a lei, redistribuição e reconhecimento.²⁰

As ações afirmativas em geral, e a reserva de vagas para ingresso no serviço público, em particular, são políticas públicas voltadas para a efetivação do direito à igualdade. Ao buscarem a igualdade, em todas as suas dimensões, configuram importante e indispensável mecanismo de democratização da Administração Pública, que não pode permanecer alheia, enquanto função e burocracia do Estado, na tarefa constitucional de redução das desigualdades e injustiças. O Estado, em todas as suas funções, tem o dever público de atuar para realizar os interesses públicos erigidos como tais na Constituição.

No caso da sua função de administração pública, vale lembrar ainda que o novo marco regulatório de governança das estatais, instituído a partir da promulgação da Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016, incluindo os dispositivos estabelecidos no Decreto Federal nº 8.945/2016 e nas Resoluções da Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR), afirma a função social de realização do interesse coletivo das sociedades de economia mista e das empresas públicas.

Já o marco regulatório da política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, consubstanciado no Decreto Federal nº 9.203/2017, torna essencial na política de governança a busca do valor público, assim tido como a procura pela geração de “produtos e resultados, preservados ou entregues pelas atividades de uma organização que representem respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas de interesse público e modifiquem aspectos do conjunto da sociedade ou de alguns grupos específicos reconhecidos como destinatários legítimos de bens e serviços públicos”.

Governança pública também implica igualdade, redistribuição de bens e resultados e reconhecimento de grupos, de modo que a reserva diversificada de vagas para o acesso a cargos, empregos e funções públicas, inclusive as de alto escalão, também deve se inserir como ação afirmativa ou boa prática da política de governança da Administração Pública.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro, Pólen, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41-DF*. Julgamento realizado em 8 jun. 2017. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. *Decreto Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41-DF*. Julgamento realizado em 8 jun. 2017. Acesso em: 26 fev. 2024, p. 39.

BRASIL. *Decreto Federal nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016*. Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8945.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Decreto Federal nº 9.203, de 22 de novembro de 2017*. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Decreto Federal nº 9.508, de 24 de setembro de 2018*. Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9508.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Decreto Federal nº 11.430, de 8 de março de 2023*. Regulamenta a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11430.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Lei Federal 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Lei Federal 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: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Lei Federal nº 12.990, de 9 de junho de 2014*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.246/2021*. Dispõe sobre a criação de reserva obrigatória de participação de mulheres em conselhos de administração das sociedades empresárias que especifica e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2277019>. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.958/2021*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148596>. Acesso em: 26 fev. 2024.

BOURDIEU, Pierre. *Questions de sociologie*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1984.

BOURDIEU, Pierre. The forms of capital. In: RICHARDSON, J. *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*. New York: Greenwood Press, 1986, p. 241-258.

BOURDIEU, Pierre. *Capital Cultural, Escuela y Espacio Social*. México: Siglo Veinteuno, 1997.

DIEESE. A inserção da população negra no mercado de trabalho. São Paulo: DIEESE, 2024. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/infografico/2022/populacaoNegra2022/index.html?page=2>. Acesso em: 26 fev. 2024.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens. A governança corporativa em empresas estatais brasileiras frente a Lei de Responsabilidade das Estatais (Lei nº 13.303/2016). *Revista do Serviço Público*, Brasília 69, edição especial Repensando o Estado brasileiro, p. 181-209, dez. 2018.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma Concepção Integral da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Novos_Indicadores_Sobre_a_Forca_de_Trabalho/pnadc_202203_trimestre_novos_indicadores.pdf. Acesso em: 26 fev. 2024.

IPEA. Retrato das desigualdades, gênero, raça. Brasília, IPEA, 2024. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/primeiraedicao.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2024.

Observatório de Mortes e Violências LGBTI no Brasil. Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTI. Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/dossie/mortes-lgbt-2022/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 131, p. 283- 295, jul./set. 1996.

SIMÃO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. O Estado na promoção da igualdade material: a constitucionalidade das cotas raciais como critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 186/DF. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 51, n. 202, p. 131-144, abr./jun. 2014.

SPIZZIRRI, G.; EUFRÁSIO, R.A.; ABDO, C.H.N. *et al.* Proporção de brasileiros adultos ALGBT, características sociodemográficas e violência autorreferida. *Sci Rep* 12, 11176 (2022). <https://doi.org/10.1038/s41598-022-15103-y>.

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

MARIANO, Cynara Monteiro. A importância das políticas de cotas para a democratização da Administração Pública. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 249-260. ISBN 978-65-5518-820-2.

CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS E IMPLICATURAS COMUNICACIONAIS

RICARDO MARCONDES MARTINS

1 Introdução

Em muitas ocasiões, quando se lê no texto normativo “empresa estatal”, “permissão” ou “concessão administrativa”, deve-se ler, respectivamente, “autarquia”, “concessão” e “contrato administrativo”. Isso ocorre quando se configura uma contrafação administrativa. Considera-se a teoria das implicaturas comunicacionais, desenvolvida por Paul Grice, extremamente útil para a compreensão das contrafações. A demonstração dessa assertiva exige explicar, ainda que rapidamente, a compreensão do Direito como uma situação comunicativa, a teoria do legislador racional e a própria teoria das implicaturas.

2 Direito e situação comunicativa

Em uma situação comunicativa um *emissor* envia uma *mensagem* a um *receptor*.¹ Um dos axiomas de uma situação comunicativa é a não unilateralidade.² Se uma mensagem é codificada ao ser enviada do emissor para o receptor, precisa, para haver comunicação, ser decodificada pelo receptor.³ Tercio Sampaio Ferraz Junior compreendeu a edição da norma jurídica como uma situação comunicativa e elaborou uma teoria pragmática da norma jurídica.⁴ Seguindo esse entendimento, a norma jurídica é uma mensagem enviada do editor normativo ao destinatário. Ela é codificada linguisticamente pelo editor e, necessariamente, decodificada pelo destinatário.

¹ Para um panorama didático: PEREIRA, José Haroldo. *Curso básico de teoria da comunicação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Quartet; UniverCidade, 2005, p. 12-15.

² WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*. Tradução de Álvaro Cabral. 21. ed. São Paulo: Cultrix, 2010, p. 44-46 e 114-115.

³ Sobre o tema vide: EPSTEIN, Isaac. *Gramática do poder*. São Paulo: Ática, 1993, p. 19-22.

⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

A norma jurídica é uma relação jurídica imputada a uma hipótese – no caso de norma abstrata – ou a um acontecimento – no caso de norma concreta.⁵ É extraída de um texto normativo, seja o texto de uma lei, de uma sentença, de um ato administrativo, de um contrato.⁶ O Direito é um conjunto de normas, vigentes em determinado momento histórico e em determinado território. Para parte da doutrina, a norma é estabelecida pelo intérprete ao ler o texto normativo.⁷ Discorda-se: cabe ao intérprete “descobrir” a norma no texto, e não a elaborar. Essa descoberta não é tarefa simples, pois a norma não se extrai sempre da literalidade; muitas vezes, ela se extrai do que está implícito.⁸

Um ótimo exemplo é dado por Luis Recasens Siches: suponha-se uma placa em uma estação ferroviária em que conste “é proibido entrar com cães”.⁹ Desse texto normativo, extrai-se uma norma jurídica, segundo a qual é proibido aos usuários da estação ferroviária ali ingressarem com cachorros. Siches indaga se seria possível ingressar na estação ferroviária com ursos e responde negativamente. Acrescenta-se ao seu raciocínio: um cego poderia entrar com um cão guia? A resposta é afirmativa. Dito isso, é mister perceber: quem estabelece a proibição de entrar com ursos e a permissão de entrar com cães-guias não é o intérprete. Este as descobre, a partir da leitura do texto normativo em que consta “é proibido entrar com cães” e de outros textos normativos que estabelecem, por exemplo, a proteção de deficientes físicos. O intérprete não é fonte normativa: não tem competência para estabelecer novas permissões, proibições e obrigações. Ele deve interpretar os textos normativos e, apurando quais as normas que se extraem deles, descobrir quais condutas são obrigatórias, quais são proibidas e quais são permitidas.

Ao contrário do que supôs a teoria tradicional, a analogia não é um mecanismo de integração do Direito, no sentido de estabelecimento de novas normas jurídicas pelo intérprete. Pode o Legislador estabelecer as proibições que bem quiser? Hoje, por mais que um jurista não tenha compreendido a evolução conceitual da teoria jurídica, responderá negativamente. Vigora em qualquer sistema constitucional a previsão do direito fundamental à liberdade e restringi-la arbitrariamente é inconstitucional.¹⁰ Logo, se a proibição de ingressar com cães for arbitrária, será inválida. A norma editada pelo Legislador, para ser válida, deve ser fruto de uma ponderação proporcional dos valores estabelecidos, expressa ou implicitamente, no Texto Constitucional. Daí a necessidade de se indagar: por que se proíbe, vale dizer, por que se restringe a liberdade de quem possui cães (“P1”)? No caso, para manter a boa ordem na estação ferroviária e tutelar a integridade física e o sossego dos usuários (“P2”). A proibição será válida se os

⁵ Sobre o conceito de norma aqui adotado vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2. p. 135-164, maio/ago. 2018, p. 145-152.

⁶ A norma jurídica não se confunde com o texto normativo do qual ela é extraída. Por todos: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 34 et seq.

⁷ É a posição, dentre tantos de: GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 7. ed. México: Porrúa, 2006, p. 3; GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 39-41; CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 130-131.

⁸ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria geral da interpretação jurídica: considerações críticas à obra de Black. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAL*, São Paulo, ano 1, v. 3, p. 299-331, out./dez. 2017, p. 306.

⁹ SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 15. ed. México: Porrúa, 2006, p. 217.

¹⁰ Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2023, p. 77 et seq.

valores concretizados pela proibição pesarem mais, ou ao menos de modo igual, que os valores contrariados por ela (“P2 > P1” ou “P1 P2”). Dito isso, como consta do sistema normativo a proibição da entrada de cães, e como se considera que ela é válida porque proporcionalmente restringe a liberdade para proteger a integridade física e a boa ordem na estação, extrai-se implicitamente do sistema que também é proibido entrar com cursos. Perceba-se: a analogia é um mecanismo para a descoberta de normas implícitas no sistema normativo. Se a proibição vigora para um animal menos perigoso, com mais razão vigora para um animal mais perigoso (*a minori ad maius*).¹¹ Contudo, essa “razão de ser” da proibição não está presente quando se trata de um cão-guia porque, por definição, ele é um cão treinado, ou seja, um cão que não causa risco à integridade física dos usuários e à boa ordem da estação. Esse fator, associado à proteção dos deficientes físicos e à dignidade humana, leva o intérprete a concluir que implicitamente extrai-se do sistema normativo uma norma permissiva do ingresso na estação com cão-guia.

3 Teoria do legislador racional

Nos termos aqui assentados, o Direito é um conjunto de normas vigentes em certo território e em certo momento. Não é o conjunto dos textos normativos, mas das normas que deles se extraem. As normas não são elaboradas pelos intérpretes, mas descobertas pelos intérpretes nos textos normativos. O intérprete não tem o condão de considerar a conduta proibida, obrigatória ou permitida, mas tem a missão de descobrir como a conduta está disciplinada no Direito vigente. Pode-se, dizer, portanto, que o Direito é o *significado* dos textos normativos. Dito isso, acrescenta-se: não é, porém, nem o significado que o editor normativo pretendeu, quando elaborou os textos, nem, necessariamente, o significado literal desses textos.

A primeira assertiva refere-se à clássica distinção entre a *voluntas legislatoris* e a *voluntas legis*. O significado do texto normativo é estabelecido tendo em vista o que quis quem o elaborou ou tendo em vista o próprio texto. Buscar o autor do texto normativo, em muitos casos, é algo bastante problemático: trata-se do jurista que elaborou o anteprojeto; do parlamentar que apresentou o projeto, de todos os parlamentares que o votaram e o aprovaram. Dogmaticamente, eventual erro do parlamentar ao votar a lei é irrelevante, pois inexistente desvio de poder subjetivo na função legislativa: a lei será válida se o processo de sua elaboração e seu conteúdo não contrariarem a Constituição, ainda que o parlamentar tenha atuado com móvel viciado.¹²

Sem embargo, a questão do descabimento da *voluntas legislatoris* foi didática e magistralmente resolvida por Geraldo Ataliba. Suponha-se – propõe o saudoso publicista – que um grande pintor conclame a coletividade para ver sua nova pintura; segundo o pintor, trata-se de uma representação da tristeza; ao revelar o quadro, todavia, todos consideram que ali está representada a alegria. Indaga Ataliba: o quadro representa o que quis o pintor ou o que, de fato, consta na tela? Ora, o quadro representa a felicidade,

¹¹ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Altas, 2007, p. 356.

¹² Por todos: SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997, p. 97-99.

por mais que o pintor tenha querido representar a tristeza.¹³ É o que basta para assentar: não importa o que o agente normativo quis dizer, importa o que ele disse.

O que ele disse, porém, não se restringe ao que consta da literalidade do texto. Na literalidade, retomando o exemplo, consta que é proibido entrar com cães, mas implicitamente é proibido entrar com ursos e é permitido entrar com cães-guias. Na realidade brasileira, de altos índices de corrupção e de uma cultura autoritária, é comum que o Legislador tenha querido dizer “empresa estatal”, “permissão” ou “concessão administrativa”. Essas expressões constam da literalidade de leis vigentes no Brasil. O significado, porém, não decorre, necessariamente, do que quer o Legislador, nem do que consta da literalidade.

Tercio Sampaio Ferraz Junior compara a interpretação jurídica com a tradução.¹⁴ Tradução consiste em passar a frase “X”, no idioma “X”, para a frase “Y”, no idioma “Y”. Segundo Vilém Flusser, a tradução não corresponde à busca, no idioma “Y”, do objeto a que se refere a frase “X” no idioma “X”;¹⁵ nem à busca do pensamento, no idioma “Y”, de quem lê a frase “X” no idioma “X”.¹⁶ A revelação do objeto e do pensamento só se dá depois da tradução, e não antes. Flusser afirma que a tradução exige a comparação entre repertórios e estruturas das duas línguas.¹⁷ Quando as regras básicas das duas línguas diferem, Flusser defende que a tradução se torna possível graças a uma terceira língua que seja metalíngua das outras duas.¹⁸ Tercio Sampaio sustenta que a interpretação jurídica pressupõe uma terceira língua – língua hermenêutica (LH) – metalíngua da língua da realidade (LR) e da língua do texto normativo (LN).¹⁹ Concorde-se com ele: as normas jurídicas são estabelecidas pela língua hermenêutica, própria da interpretação jurídica.

Para entender essa língua há que se adotar algumas premissas. A principal delas: há uma vinculação conceitual entre o Direito e a pretensão de Justiça.²⁰ A teoria do legislador racional, proposta por Carlos Santiago Nino, é consentânea com essa vinculação e vai além: o intérprete deve partir de certos pressupostos, que não condizem com a realidade. Deve pressupor que o Legislador é: 1) único; 2) imperecível; 3) consciente; 4) onisciente; 5) operativo; 6) justo; 7) coerente; 8) onicompreensivo; 9) preciso;²¹ 10) singular; 11) finalista; 12) onipotente; e 13) econômico.²² Trata-se de pressupostos

¹³ ATALIBA, Geraldo. Autarquia sob forma de sociedade anônima. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano I, v. 3, p. 137-149, jan./mar. 1968, p. 144.

¹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, op. cit., p. 270. No mesmo sentido: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, op. cit., p. 26.

¹⁵ FLUSSER, Vilém. Para uma teoria da tradução. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 19, n. 73, p. 16-22, jan./mar. 1969, p. 17.

¹⁶ *Idem*, p. 18.

¹⁷ *Idem*, p. 18-20.

¹⁸ *Idem*, p. 21.

¹⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, op. cit., p. 280.

²⁰ Cf. ALEXY, Robert. A crítica de Bulygin ao argumento da correção. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Direito, moralidade e positivismo*. Coordenação e revisão técnica de Cesar Antonio Serbena e Ilton Norberto Robl Filho. Curitiba: Juruá, 2017, p. 79-96; ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane. Granada: Comares, 2005, p. 31 et seq.; MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria jurídica da justiça. *Revista de direito administrativo e infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 8, n. 28, p. 27-78, jan./mar. 2024.

²¹ SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 386-387.

²² SANTIAGO NINO, Carlos. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica con referencia particular a la dogmática penal*. México: Coyoacán, 2011, p. 100-101.

dogmáticos, afirma Santiago Nino, assentados em uma ficção do intérprete.²³ A teoria é muito próxima da teoria da interpretação criativa, proposta por Ronald Dworkin, segundo a qual o Direito é integrado por dois princípios de integridade política, um aplicável ao editor normativo – metonimicamente chamado por ele de Legislador – e outro ao aplicador das normas – metonimicamente chamado por ele de Juiz –, segundo os quais editor e aplicador devem partir do pressuposto de que o Direito é um sistema linguístico e axiológico coerente.²⁴

Essas pressuposições, propostas por Santiago Nino e por Dworkin, permitem enfrentar o que Tercio Sampaio Ferraz Junior chamou de “desafio kelseniano”.²⁵ A interpretação do Direito é uma atividade científica – e não política, ao contrário do que pensava Kelsen²⁶ – porque sempre há uma interpretação que cumpre melhor do que outra essas pressuposições.²⁷ Dito isso, esclarece-se: o Direito é um conjunto de normas vigentes em determinado território e em determinado momento histórico, extraídas dos textos normativos, compreendidas – considerando-se a vinculação conceitual entre o Direito e a pretensão de realização da Justiça – tendo-se em vista os pressupostos da teoria do legislador racional (Santiago Nino) e da teoria da interpretação criativa (Ronald Dworkin).

4 Teoria das implicaturas comunicacionais

Segundo Paulo Grice, quando se diz algo, veicula-se, no proferimento linguístico, o que é dito e o que é implicado.²⁸ O sentido literal, o significado da sentença, é sua *informação semântica*. Além dela, há uma *informação pragmática*, decorrente do significado do falante, da implicatura. Essa informação decorre de intenções atribuídas ao interlocutor no contexto da fala. Grice propôs que a conversação é presidida por um *princípio da cooperação*: regra geral, os falantes cooperam entre si. Nas palavras dele: “faça sua contribuição conversacional tal como é requerida, no momento em que ocorre, pelo propósito ou direção do intercâmbio conversacional em que você está engajado”.²⁹ Desse princípio, Grice propôs quatro máximas. Pela máxima da *quantidade*: 1.1) faça com que sua contribuição seja tão informativa quanto requerido para o propósito corrente da

²³ Sobre a teoria do legislador racional v. DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. Tradução Marcia Heloisa Lima da Rocha. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 342-381.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213 et seq.

²⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, op. cit., p. 265.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984, cap. VIII, §46, p. 469.

²⁷ Tercio Sampaio Ferraz Jr. nega que a hermenêutica jurídica seja uma atividade científica porque considera que esses pressupostos precisam ser aceitos, e nada impede, segundo ele, que não o sejam. Cf. DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Diálogos sobre teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 68-80. De fato, trata-se de pressuposições dogmáticas. Cf. SANTIAGO NINO, Carlos. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica con referencia particular a la dogmática penal*, p. 99 et seq. Para que haja Ciência do Direito, sem sair da dogmática jurídica, esses pressupostos não podem ser questionados.

²⁸ GRICE, H. Paul. *Lógica e Conversação*. Tradução de João Wanderley Geraldi. In: DASCAL, Marcelo (org.). *Fundamentos metodológicos da linguística – v. IV: pragmática*. Campinas: Instituto de estudos da linguagem – UNICAMP, 1982, p. 81-103, em especial p. 84-85; OLIVEIRA, Roberta Pires de; BASSO, Renato Miguel. *Arquitetura da conversação: teorias das implicaturas*. São Paulo: Parábola, 2014, p.18-21.

²⁹ GRICE, H. Paul. *Lógica e Conversação*, op. cit., p. 86.

conversaço; 1.2) não faça sua contribuiçã mais informativa do que é solicitado.³⁰ Pela máxíma da *qualidade*: 2.1) não diga o que acredita ser falso; 2.2) não diga senã aquilo de que possa fornecer evidêncíade adequada.³¹ Pela máxíma da *relaçã*: 3) seja relevante para a conversa.³² Pela máxíma do *modo*: 4) seja claro. Essa máxíma se desdobra em quatro submáxímas: 4.1) evite obscuridade de expressã; 4.2) evite ambiguidade; 4.3) seja breve; 4.4) seja ordenado.³³ Segundo Grice, as pessoas interpretam o que lhes é dito como estando em conformidade com essas máxímas.

Se alguém, por exemplo, diz que acaba de ficar sem gasolina e outro lhe diz que há um posto ali na esquina, o primeiro falante infere a implicatura de que o segundo falante considera que o posto está aberto.³⁴ Pelo princípio cooperativo, o segundo falante não diria isso se sabe que o posto está fechado. Quando alguém pergunta quantos filhos uma pessoa tem e a outra lhe responde, por exemplo, quatro filhos, a primeira pressupõe que a segunda acredite que ela possui, de fato, quatro filhos e apenas quatro. Pelo princípio cooperativo, não diria quatro se sabe que tem cinco.³⁵

A teoria também é útil nas situações em que aparentemente as máxímas são violadas. Segundo Grice, quando uma máxíma é ostensivamente não seguida, isso gera um segundo tipo de implicatura. O falante sempre interpreta que o outro falante está sendo cooperativo mesmo quando este radicalmente se desvia das máxímas griceanas. Suponha-se que um professor pergunte a outro sobre um terceiro, que se candidata ao cargo de filósofo. O professor consultado responde que a caligrafia desse terceiro é excelente. Pelo princípio da cooperação, mais precisamente, pela máxíma da quantidade, o falante deve informar apenas o que lhe foi solicitado. O professor quer saber se o outro é um bom filósofo e não se sua caligrafia é boa. O interlocutor, ao dar essa resposta, viola ostensivamente a máxíma da quantidade. Como quem perguntou presume que, ainda assim, o princípio da cooperação foi observado, infere esta implicatura: de modo polido, o colega responderá que o candidato não é um bom filósofo.³⁶ As máxímas griceanas permitem não apenas compreender o funcionamento normal da conversaço, mas também figuras de linguagem como a ironia.³⁷

5 Implicaturas comunicacionais e contrafaçoes administrativas

Apresentada, brevemente, a teoria da implicatura comunicacional, é possível aplicá-la à compreensão das contrafaçoes administrativas. Quando se lê um texto normativo referente à Administração Pública, deve-se pressupor que quem o editou é

³⁰ *Idem*, p. 86-87; OLIVEIRA, Roberta Pires de; BASSO, Renato Miguel. *Arquitetura da conversaço*, *op. cit.*, p. 35-36.

³¹ GRICE, H. Paul. *Lógica e Conversaço*, *op. cit.*, p. 87; OLIVEIRA, Roberta Pires de; BASSO, Renato Miguel. *Arquitetura da conversaço*, *op. cit.*, p. 37.

³² GRICE, H. Paul. *Lógica e Conversaço*, *op. cit.*, p. 87; OLIVEIRA, Roberta Pires de; BASSO, Renato Miguel. *Arquitetura da conversaço*, *op. cit.*, p. 37-38.

³³ GRICE, H. Paul. *Lógica e Conversaço*, *op. cit.*, p. 87-88; OLIVEIRA, Roberta Pires de; BASSO, Renato Miguel. *Arquitetura da conversaço*, *op. cit.*, p. 38.

³⁴ Cf. LEVINSON, Stephen. *Pragmática*. Tradução Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 129.

³⁵ *Idem*, p. 131-132.

³⁶ Cf. OLIVEIRA, Roberta Pires de; BASSO, Renato Miguel. *Arquitetura da conversaço*, *op. cit.*, p. 35-36.

³⁷ *Idem*, p. 58 *et seq.*

um bandido, alguém que pretende violar o direito vigente e prejudicar os administrados? É óbvio que não! Ao revés, parte-se do pressuposto que as normas editadas o foram com a pretensão de realizar a justiça, de cumprir corretamente o Direito. Dessarte, vigora, também na comunicação jurídica, o princípio da cooperação, afirmado por Grice. Essa comunicação, porém, não se dá entre a pessoa física do Legislador (*voluntas legislatoris*) – seja ela quem for – e a pessoa do administrado, mas entre o Legislador Racional (*voluntas legis*) e o administrado. Dessarte, por pressuposição dogmática, quem edita o texto normativo não é a pessoa física do Legislador ou do Administrador Público, mas a construção do Legislador Racional; é este que, ao editar o texto normativo, pretende ser cooperativo com o destinatário.

Quando a literalidade indica um afastamento radical da máxima da cooperação, o que o intérprete deve fazer? Pressupor que houve ironia por parte do agente normativo? Percebe-se: na conversação entre duas pessoas físicas é perfeitamente viável que haja ironia. Ela, porém, não faz sentido na comunicação normativa, caso se aceite o dogma do Legislador Racional. Então, a implicatura de um ostensivo descumprimento da máxima da cooperação só pode ser a de que houve uma equívoca utilização da palavra, e não que houve ironia.

O regime jurídico administrativo tem a magna missão de proteger a coisa pública contra o mau exercício funcional. Trata-se de uma blindagem. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “o Direito Administrativo desvenda não ser um instrumento de atuação estatal marcado tão só pelas prerrogativas de autoridade, conquanto defensivas do interesse público, mas exhibe a sua marca mais expressiva: a do comprometimento com os interesses da sociedade (como o queria Duguit), em nome dos quais erige *barreiras defensivas* contra quem quer que esteja no desempenho de atividade estatal”.³⁸ Quando a Administração Pública é submetida a regras que se extraem de textos de direito privado, essas “barreiras defensivas” são parcialmente afastadas. Indaga-se: o afastamento pode ser arbitrário? Óbvio que não! Assim como é inválido restringir arbitrariamente a liberdade dos administrados – de modo que só é válida a proibição de ingresso com cães se a proibição for justificada racionalmente –, também é inválido o afastamento arbitrário do regime protetivo – de modo que o afastamento, ainda que parcial, do regime de Direito público só é válido se for justificado racionalmente.³⁹

Quando o Estado concorre com os particulares no mercado, explorando atividade econômica, há fundamento racional para submissão da Administração Pública às regras que se extraem dos textos de Direito privado: evitar a concorrência desleal.⁴⁰ Muitas vezes, porém, a forma da empresa estatal – sociedade de economia mista ou empresa pública – é estabelecida na literalidade do texto normativo para casos em que inexiste

³⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, cap. I-55-A, p. 74, grifos nossos. No mesmo sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 83-124, jul./ago. 2013.

³⁹ Se não houver justificativa racional, caracterizar-se-á a chamada *fuga para o Direito privado* “*Flucht ins Privatrecht*”. FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Sabino A. Gendin. Santiago: Olejnik, 2021, p. 243.

⁴⁰ Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 367-376, abr./jun. 2023, p. 370. No mesmo sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais – 2ª parte. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 55-85, out./dez. 2020, p. 59-60.

qualquer fundamento racional. O texto literal parece indicar que o agente normativo pretendeu, arbitrariamente, afastar-se das barreiras defensivas.

Caso vigorasse a *voluntas legislatoris* poder-se-ia concluir que quem editou o texto quis exatamente a *fuga para o direito privado*. Não o quis por mero capricho, não foi arbitrário: o afastamento, ainda que parcial, do regime jurídico administrativo “facilita” a atuação administrativa. É de obviedade ululante que não precisar licitar nos mesmos termos que vigoram para administração direta, adotar o regime celetista, não se submeter ao Direito Financeiro para realização despesas públicas, facilita a atuação. Políticos, mesmo honestos, querem ser eleitos, e, pois, é natural seu intento em apressar a satisfação dos anseios populares mediante a agilização da atuação administrativa. Por pressuposição dogmática, porém, quem edita a norma não é a pessoa do político, mas o “Legislador racional”, e este deve saber que o apressamento em si não é uma justificativa suficiente para o afastamento do regime de Direito público.

A fuga para o Direito privado para satisfação dos anseios eleitoreiros do político, ou, pior, dos anseios imorais do corrupto é, a todas as luzes, contrária ao Direito. Na clássica lição de Carlos Maximiliano “*deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis*”.⁴¹ Perceba-se: o intérprete deve pressupor que o “Legislador Racional” não quis o absurdo, mas a solução inteligente. Qual a solução, então, quando o texto normativo é expresso ao prever a forma privada para uma situação incompatível com ela? Não se pode, diante da ostensiva violação ao princípio da cooperação, presumir a ironia do Legislador Racional. Resta apenas ao intérprete pressupor o equívoco no uso da palavra. Ao invés de “empresa estatal”, “autarquia”.

Foi o que apregou Geraldo Ataliba, sem se valer dessa terminologia, quando examinou o Decreto-lei nº 60/1966, que, na literalidade, atribuiu ao Banco Nacional de Crédito Cooperativo a forma de sociedade anônima. Disse Geraldo Ataliba em parecer de mão e sobremão:

Em suma, o que importa à hermenêutica jurídica é a vontade da lei e não do legislador. E a vontade da lei está no seu texto, interpretado sistematicamente, em harmonia com o todo unitário formado pelo sistema jurídico.

[...]

A justificação política para este procedimento está na circunstância de o governo desejar criar instrumentos que não se burocratizem, que tenham a liberdade de ação da pessoa privada e as prerrogativas operacionais do poder político.⁴²

A vontade do político não importa ao exegeta. Este deve procurar a vontade do Legislado Racional. É o que explica, com outras palavras, Geraldo Ataliba, invocando o exemplo já referido neste estudo:

O exegeta, diante do direito, ao interpretá-lo, deve haver-se como quem contempla uma pintura.

⁴¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, §179, p. 166, grifos do autor.

⁴² ATALIBA, Geraldo. *Autarquia sob forma de sociedade anônima, op. cit.*, p. 143.

É irrelevante saber qual foi a intenção do artista. Não tem a menor importância o que quis (momento subjetivo e psicológico) o autor, senão na medida em que traduziu o seu querer, idoneamente, na sua obra.

Um quadro vale pelo que é. O espírito do pintor entra em cogitação, só na medida em que ele efetivamente se expressou com felicidade, no produto de seu trabalho.

A tela vale pelo que resultou; expressa o que nela literalmente se contém. Diante dela, só é lícito considerar a volição artística, na proporção em que esta volição (ou o sentimento do autor) estejam realmente expressadas na sua obra, como afinal resultou.

Uma pintura que expressa alegria pode revelar intenção de manifestá-la, por parte de seu autor. De nada vale pretender argumentar que tal não foi o intento do artista. Outra que revele tristeza, traduz necessariamente este sentimento. Será frustrado o empenho de se pretender provar ter o pintor sido movido por inspiração diversa. Em suma: a intenção do artista é relevante só na medida em que se traduz *efetivamente* na sua obra. E se contrastarem a intenção e a obra, não tem o menor cabimento pretender prevaleça aquela sobre esta. Todas estas considerações são apropriadas à exegese jurídica e à discussão do problema da vontade da lei e da vontade do legislador.

Do exame detido e sistemático do decreto-lei n. 60 como um todo – o que, aliás convém à boa exegese jurídica – *só pode brotar sólida a conclusão de que a invocação da lei de sociedades anônimas, resultou de engano do legislador, engano este que não pode prevalecer sobre as conclusões do exame sistemático do texto legal.*⁴³

Conceitos em Direito, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, prestam-se a sintetizar um regime jurídico.⁴⁴ Quando um texto normativo utiliza um signo “A”, que se refere ao regime jurídico “X”, mas esse texto normativo só é compatível com o regime jurídico “Y”, próprio do signo “B”, o intérprete deve pressupor que no texto há uma *contrafação administrativa*.⁴⁵ Como o Legislador Racional pretende cumprir o Direito, e não ostensivamente violá-lo, a incompatibilidade gera a implicatura de que houve equívoco no uso da palavra: ao invés de empresa estatal, autarquia. Em suma, as implicaturas comunicacionais, na comunicação jurídico-normativa, explicam as contrafações.

Referências

ALEXY, Robert. A crítica de Bulygin ao argumento da correção. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Direito, moralidade e positivismo*. Coordenação e revisão técnica de Cesar Antonio Serbena e Ilton Norberto Robl Filho. Curitiba: Juruá, 2017, p. 79-96.

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane. Granada: Comares, 2005.

ATALIBA, Geraldo. Autarquia sob forma de sociedade anônima. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano I, v. 3, p. 137-149, jan./mar. 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁴³ *Idem*, grifos nossos.

⁴⁴ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 3. Sobre o tema, vide também: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016, p. 117-118.

⁴⁵ Sobre as contrafações administrativas: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria das contrafações administrativas*, op. cit.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público*. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 367-376, abr./jun. 2023.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.
- DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. Tradução Marcia Heloisa Lima da Rocha. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Diálogos sobre teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- EPSTEIN, Isaac. *Gramática do poder*. São Paulo: Ática, 1993.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Altas, 2007.
- FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Sabino A. Gendin. Santiago: Olejnik, 2021.
- FLUSSER, Vilém. Para uma teoria da tradução. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 19, n. 73, p. 16-22, jan./mar. 1969.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GRICE, H. Paul. *Lógica e Conversação*. Tradução de João Wanderley Geraldi. In: DASCAL, Marcelo (org.). *Fundamentos metodológicos da linguística – v. IV: pragmática*. Campinas: Instituto de estudos da linguagem – UNICAMP, 1982, p. 81-103.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 7. ed. México: Porrúa, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- LEVINSON, Stephen. *Pragmática*. Tradução Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018, p. 145-152.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria geral da interpretação jurídica: considerações críticas à obra de Black. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 1, v. 3, p. 299-331, out./dez. 2017.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2023.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria jurídica da justiça. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*. São Paulo, ano 8, n. 28, p. 27-78, jan./mar. 2024.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 83-124, jul./ago. 2013.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais – 2ª parte. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 4, n.15, p. 55-85, out./dez. 2020.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, Roberta Pires de; BASSO, Renato Miguel. *Arquitetura da conversação: teorias das implicaturas*. São Paulo: Parábola, 2014.

PEREIRA, José Haroldo. *Curso básico de teoria da comunicação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Quartet; UniverCidade, 2005.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica con referencia particular a la dogmática penal*. México: Coyoacán, 2011.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.

SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 15. ed. México: Porrúa, 2006.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*. Tradução de Álvaro Cabral. 21. ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

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

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratações administrativas e implicaturas comunicacionais. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 261-271. ISBN 978-65-5518-820-2.

A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NOS PROCESSOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

FABRÍCIO MOTTA

NATHÁLIA SUZANA COSTA SILVA TOZETTO

1 Introdução

A advocacia pública, segundo a Constituição Federal, é função essencial à justiça, responsável pela consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (artigos 131 e 132). Trata-se de função permanente, essencial à busca da justiça por intermédio do Judiciário e ao funcionamento do Estado como um todo, notadamente em razão da essencialidade de que o Executivo atue nos quadros da juridicidade.

Partindo desse pressuposto, o presente artigo tem como objetivo indicar as possibilidades de atuação do órgão, dentro do seu âmbito de competências, enquanto elemento técnico indutor da execução racional dos atos administrativos, com a atuação em assessoramento para além do mero controle preventivo interno de legalidade buscando a juridicidade e o efetivo implemento de políticas públicas já institucionalizadas.

Pretende-se ainda, analisando cada um dos processos jurídicos envolvidos no implemento de uma política pública institucionalizada, apontar como se pode realizar a atuação do órgão e os possíveis ganhos incrementais de tal forma de tratamento.

2 A função constitucional da advocacia pública

Um dos grandes teóricos brasileiros dedicados à advocacia pública é – suas lições continuam atuais – Diogo de Figueiredo Moreira Neto. O autor enquadra a advocacia pública em uma categoria que abrange “órgãos constitucionais de natureza neutral e permanente, dedicados à manutenção da juridicidade”,¹ lhe competindo atuar

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia Pública de Estado: consciência jurídica da governança pós-moderna*. *Revista Brasileira de Advocacia Pública*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 9-18, jul./dez. 2015. ISSN 24472492.

“especificamente no apoio e no controle externo de juridicidade da governança pública do Estado”. Ao reconhecer a possibilidade de expedientes de atuação preventivos, concomitantes e posteriores em razão de um dever de eficiência, anota:

[...] notadamente por essa relevante razão – a da eficiência da função de Governança Pública – é que o específico controle de juridicidade exercido pela Advocacia Pública de Estado deverá atuar imbricada e articuladamente com o sistema de Governança Pública, para o adequado desempenho das definidas funções constitucionais de apoio jurídico e de controle de juridicidade, que lhe competem.²

O reconhecimento de uma missão de defesa e controle de juridicidade no ambiente de governança pública ilumina o caminho inicial para a abordagem que será feita.

Em abordagem dogmática-operacional, a advocacia pública pode ser enxergada como o componente técnico da máquina estatal responsável pela análise jurídica dos problemas públicos, mediante o desenvolvimento das atividades de consultoria e assessoramento jurídico aos agentes do Poder Executivo, quer por força de disposição legal ou solicitação, em todos os âmbitos federativos. A missão institucional que se vislumbra é, ao mesmo tempo, advogar pelo avanço dos interesses políticos daqueles que foram escolhidos democraticamente para chefiar a Administração e pelo respeito à racionalidade jurídica, sem olvidar que nem sempre haverá o respeito do primeiro ao segundo.³

O advogado de Estado não pode ser considerado agente de governo, pois a instituição que integra é reconhecida pela Constituição Federal como função essencial à justiça,⁴ tendo como dever buscar a conformação das ações políticas, jurídicas e administrativas dos agentes políticos aos limites e possibilidades do ordenamento jurídico, com foco na realização dos direitos fundamentais e nos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.⁵

A referência à *juridicidade administrativa* impõe o dever de superação do paradigma segundo o qual a função da advocacia pública seria a defesa da *legalidade* em toda e qualquer hipótese (entendida a legalidade, no momento, como obediência à lei em

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; *loc. cit.*

³ MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. A Advocacia Pública na Defesa das Políticas Públicas, da Gestão Responsável e da Segurança Jurídica. *Publicações da Escola da AGU*: Brasília, vol. 10, n. 4, out./dez. 2018. ISSN-2236-4374. p. 182-183.

⁴ Os artigos 131 e 132 do texto constitucional se remetem expressamente aos órgãos de âmbito estadual e federal. No tocante aos municípios, a previsão constitucional está sendo pleiteada na proposta de emenda à constituição nº 17/2012, tendo no julgamento do RE nº 663.696 (tema 510) o STF fixado a tese de repercussão geral segundo a qual a expressão ‘Procuradores’, contida no inciso XI do art. 37 da Constituição, compreende os procuradores municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça.

⁵ Segundo Leonardo de Mello Caffaro: “A Advocacia Pública faz ponte entre o Constitucionalismo e as Liberdades e a Democracia e a Participação Social. Ao zelar pelos Direitos Humanos Fundamentais e as Legítimas Políticas Públicas e o Mérito Administrativo ou de Gestão, a Advocacia Pública defende o Interesse Público sem se vincular as concepções Autoritárias, Totalitárias e Corruptas, articulando, assim, Direito, Justiça e Democracia, gerando novos padrões de efetividade jurídica, conectando a força normativa da Constituição com a ordem internacional e suas demandas e a argumentação a busca de consensos e correção como virtude ético-jurídica de todas as instituições sociais, inclusive do Estado, do Governo e da Administração Pública, em uma perspectiva de Instrumentalidade e Efetividade, Transformação e Adequação” (Constitucionalismo em Tempos de Crise: A Advocacia Pública nos 30 anos da Carta de 1988. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, vol. 10, n. 4, p. 80-81, out./dez. 2018. ISSN-2236-4374).

sentido formal). Com efeito, a condução aos quadrantes da juridicidade implica o reconhecimento da Constituição como cerne da vinculação e fundamento do agir administrativo; seus princípios e seu sistema de direitos devem ser o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo.⁶

Necessário reconhecer que a atividade administrativa continua devendo ser realizada, em regra, segundo a lei. Entretanto, é possível encontrar fundamento do agir administrativo diretamente na Constituição⁷ (independente ou para além da lei), não ouvindo também a possibilidade de se ponderar o princípio da legalidade com outros princípios igualmente constitucionais.

A *governança pública* se desenvolve nos quadros da *juridicidade*. Desta forma, todos os “mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”,⁸ devem observar a sistemática constitucional de divisão de atribuições, as prioridades já determinadas, as vedações estabelecidas e o dever de concretizar os direitos fundamentais, além de buscar os objetivos da República, com o que contribui de forma essencial à atuação da advocacia pública.

3 A atuação da advocacia pública nos processos jurídicos da política pública

Política pública, na abordagem da ciência política, tem conhecidos conceitos elaborados por Thomas Dye e Jenkins. Segundo Dye, política pública é “tudo que os governos decidem fazer ou não fazer”; já Jenkins propõe um aperfeiçoamento, ao identificar como um conjunto de decisões políticas inter-relacionadas, tomadas com respeito à seleção de objetivos e dos meios necessários para alcançá-los, dentro de uma situação específica em que o alvo dessas decisões estaria, em princípio, ao alcance desses atores.⁹

Por ser esse conjunto de ações destinado a enfrentar um problema político, uma conceituação estática não lhe é suficiente, razão pela qual Harold Lasswell desenvolveu um esquema conceitual chamado ‘ciclo de política pública’, um modelo de resolução de problemas do processo político-administrativo, pensando a política pública como um processo para fins analíticos, um conjunto de estágios inter-relacionados por meio dos quais os temas políticos e as deliberações flutuam de forma sequencial desde os insumos (problemas) até os produtos (políticas), em um permanente processo de aprendizagem política incremental para a conformação de uma política pública, mediante o monitoramento de seus resultados e a promoção de ajustes em rodadas

⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 36-37.

⁷ MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁸ Tribunal de Contas da União. *Governança pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria*. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

⁹ HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Trad. Francisco G. Heidermann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 6.

sequenciais visando à perseguição dos objetivos originais ou alterados. O ciclo político-administrativo vai além dos meros estágios de insumo e produto, estendendo-se às atividades de monitoramento e avaliação tão logo os produtos apareçam.¹⁰ Klaus Frey¹¹ dissecou as grandes etapas de formulação, implementação e controle nas seguintes fases: percepção e definição de problemas, agenda-setting, elaboração de programas e decisão, implementação de políticas e, finalmente, a avaliação de políticas e a eventual correção da ação. No ciclo proposto, a fase de elaboração de programas e decisão implica identificar e escolher alternativas, avaliando opções e estratégias, após a introdução do problema na pauta da Administração Pública.

Convém reconhecer que o ciclo de políticas públicas é um recurso didático interessante para demonstrar a busca de solução para os diversos problemas públicos; entretanto, trata-se de um modelo que não corresponde necessariamente à realidade, notadamente quando se agrega à análise o *componente jurídico*.¹² As fases do ciclo são orientativas, não necessariamente sequenciais e vinculantes; por outro lado, os atores que conduzem o ciclo são em regra agentes políticos, ligados à vontade política da gestão, sem ter como função precípua a observância da juridicidade. Assim, a conceituação de política pública mediante o uso de conceitos funcionais das ciências políticas facilita o estudo em uma análise operacional e focalizada, mas não garante a precisão instrumental necessária ao enquadramento jurídico da questão.

Políticas públicas não se confundem com as leis que as regulam, mas podem ser desdobradas em um emaranhado de normas jurídicas, processos e arranjos jurídico-institucionais. A despeito do interesse relativamente recente da ciência do Direito pelo assunto (com um grande atraso temporal quando se compara à atenção sempre destinada pelo “campo de públicas”), a todo tempo os operadores do Direito são chamados a opinar e mesmo decidir sobre problemas que surgem em diferentes etapas do ciclo, exercendo grande influência sobre como são moldadas, ajustadas e implementadas – numa relação simultânea de proximidade prática e distância acadêmica.¹³

Nesse contexto, a advocacia pública – pela própria natureza da competência de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo – é rotineiramente instada a participar, a todo momento, dos diversos processos jurídicos entremeados no desenvolvimento das políticas públicas e ações governamentais em execução pela gestão atuante.

¹⁰ HOWLETT; RAMESH; PERL, *op. cit.*, p. 12-13.

¹¹ FREY, Klaus. *Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Planejamento e Políticas Públicas. Brasília, n. 21, p. 211-259, 2000.

¹² “Fato é que os problemas decisórios públicos envolvem muita incerteza seja no presente, seja nas consequências futuras das escolhas; há muitas lacunas de conhecimento; há dilemas éticos acerca de prioridades políticas; as viabilidades política e operacional podem ser muito distintas para as soluções técnicas elegíveis. O modelo do ciclo também sugere uma consensualidade de opiniões pouco factível em contextos democráticos. A administração pública, seus gestores, os atores políticos, movimento social e outros agentes não atuam de forma tão sistemática e cooperativa, como se estivessem todos envolvidos na resolução de um problema consensualmente percebido, empregando métodos racionais e objetivos na busca de soluções ótimas, de acordo com uma sequência cartesiana de etapas bem delineadas. Na realidade, as políticas públicas configuram-se como um processo que envolve a interação de muitos agentes, com diferentes interesses, com apoios entusiastas de alguns e resistências igualmente intensas de outros” (JANNUZZI, Paulo de Martino. *Do ciclo de formulação e avaliação de políticas à espiral de implementação*. Disponível em: <https://pp.nexojournal.com.br/ponto-de-vista/2023/09/27/do-ciclo-de-formulacao-e-avaliacao-de-politicas-a-espiral-de-implementacao>. Acesso em: 22 fev. 2024).

¹³ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIS, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Ed. Unesp/Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013. p. 182-183.

Sobressai então a necessidade de aprofundarmos sobre a questão. E podemos nos servir dos ensinamentos da professora Maria Paula Dallari Bucci segundo a qual política pública não é toda e qualquer ação governamental, mas:

[...] a *ação governamental coordenada* e em escala ampla, atuando sobre *problemas complexos*, a serviço de uma *estratégia determinada*, tudo isso conformado por *regras e processos jurídicos*. Seu objetivo é examinar os pontos de contato entre os aspectos políticos e aspectos jurídicos que cercam a ação governamental e *como se promovem transformações jurídico-institucionais*, ora por meio de uma aproximação realista e analítica, ora idealista e prescritiva.¹⁴ (grifos nossos)

Em recorte mais restrito, políticas públicas podem ser encaradas como o conjunto de processos juridicamente regulados voltados ao desempenho de atividades normativamente atribuídas à Administração Pública.¹⁵ É ainda Maria Paula Dallari Bucci quem propõe a aplicação da noção de *relação processual*¹⁶ como esquema analítico facilitador dos diversos processos jurídicos conduzidos pelo Poder Público que levam à formação das políticas públicas e analisáveis pelo assessoramento jurídico. Nesse sentido, é possível reconhecer as seguintes categorias: *processo administrativo* (matriz de organização do processo decisório no âmbito da Administração Pública em todas as temáticas de competência do ente público), *processo legislativo* (exercício das competências sobre a elaboração de leis), *processo judicial* (conflitos relacionados à implementação dos direitos objeto das políticas públicas) e *processo orçamentário* (processos de alocação de meios para as políticas públicas e suas correlações com o processo de planejamento).¹⁷ Segundo a autora, todos esses processos resultam em uma decisão estatal, embora cada qual tenha suas próprias normas, com linhas de atuação definidas e autônomas de acordo com sua conformação jurídica.¹⁸

A partir dessas ideias, à advocacia pública compete tratar dos aspectos jurídicos da ação governamental, sem olvidar do contexto demandante de coordenação da ação política e da complexidade das necessidades públicas. Nesse mister, cabe aos advogados públicos apontar ao gestor não somente os aspectos relativos à legalidade formal como também lembrar que a Constituição deve ser posta como cerne da vinculação administrativa e fundamento do agir administrativo.

¹⁴ BUCCI, Maria Dallari, Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3. 2019. p. 816.

¹⁵ MOTTA, Fabrício. Ensaio sobre contratos administrativos e políticas públicas. In: GOMES, Carla Amado et al. *Responsabilidade nos Contratos Públicos – uma perspectiva comparada luso-brasileira*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Centro de Investigação de Direito Público, 2020, p. 164-180.

¹⁶ A autora utiliza a categoria processo em sentido amplo, assim como atribui ao contraditório a mesma amplitude: “a processualidade representa a ordenação jurídica das relações do Estado com a sociedade, orientada para a aplicação do contraditório, de modo que as decisões relevantes sejam sempre medidas pelo diálogo social, com algum grau de formalização” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 154). Em sentido diferente, Romeu Bacellar Filho entende que o procedimento configura requisito essencial da atividade estatal, pois é a forma de explicitação de competência. Desta maneira, o procedimento, presente em todas as atividades estatais, constitui-se em gênero que abrange a espécie processo (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003).

¹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 161.

¹⁸ *Ibid.*

A atuação da advocacia pública é singular e pode ser demonstrada a partir de três possibilidades e perspectivas: a) *atuação prévia*: é a única carreira jurídica que atua previamente à configuração das políticas públicas; b) *atuação sistêmica*: tem a visão sistêmica dos limites e das possibilidades relacionadas às políticas públicas, o que permite opinar sobre a correção de rumos, com o objetivo de evitar efeitos indesejados; e c) *atuação proativa*: pode atuar proativamente prevenindo litígios.¹⁹

Em atenção à autonomia administrativa dos entes federativos, como regra a obrigatoriedade da análise de cada um dos processos jurídicos é regulada no conjunto normativo conformador de cada órgão ou entidade, em cada ente.²⁰ Ainda assim, não se pode olvidar que a análise permanente de tais processos jurídicos viabiliza um ganho incremental na institucionalização e no implemento de políticas públicas institucionalizadas.

A concepção da análise destes processos jurídicos é relevante especialmente porque nos processos governamentais não estão, no geral, suficientemente caracterizados em uma dinâmica jurídico-processual, de forma que assim o fazendo, permitir-se-á o aperfeiçoamento procedimental no sentido da abertura das decisões ao acompanhamento público e, conseqüentemente, à participação da sociedade.²¹

Feitos os aportes iniciais, passamos a tecer considerações sobre cada um dos processos jurídicos envolvidos na implementação de políticas públicas e sobre a atuação da advocacia pública em cada um deles.

3.1 Processo administrativo

O processo administrativo, na concepção adotada por este artigo, é a matriz de organização do processo decisório no âmbito da Administração Pública em todos os âmbitos federativos e temáticas de competência. Em outras palavras, o instrumento utilizado pelos entes públicos para viabilizar a construção da decisão do gestor em relação aos problemas públicos para dar resposta às demandas dos cidadãos.

A importância da questão fez surgir leis gerais do processo administrativo, dedicadas a enunciar as normas básicas sobre o modo de agir da Administração Pública, afastando da atividade o casuísmo e excesso de subjetividade. A processualização, nesse sentido, assegura à Administração meios para que sejam tomadas decisões fundamentadas e objetivas nos quadros da juridicidade, fornecendo informação e a participação adequada aos interessados.²²

Dada a miríade de problemas públicos e a quantidade de solicitações recebidas em cada um dos entes públicos, seria inócuo pretender listar por tipo os processos administrativos em que são ou não objeto de análise pela advocacia pública. Em regra, o assessoramento jurídico nos processos se dará quando for expressamente determinado

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p. 37-38, out. 2010.

²⁰ Nota dos autores: essa afirmação não obsta o reconhecimento de atuação obrigatória constante de lei nacional, como a Lei nº 14.133/21, a depender da competência legislativa do tema tratado.

²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.* (Fundamentos...), p. 96-97.

²² MODESTO, Paulo. A nova lei de processo administrativo. *Revista Pública e Gerencial*, Salvador, ano I, v. 2, p. 50, jun./jul. 1990.

pela lei (a exemplo das contratações públicas, onde o parecer jurídico é obrigatório, nos termos do art. 53 da Lei nº 14.133/21) ou quando houver dúvida de direito que legitime consulta antes da decisão do gestor (a exemplo de requisição de direito feita por servidor). Doutro lado, não será necessária a manifestação jurídica nos casos em que não houver nenhuma margem de dúvida jurídica sobre o assunto no âmbito da Administração (casos em que há pareceres normativos expedidos pela advocacia pública enunciando o que é necessário para a legalidade do ato ou para a comprovação do direito).

Além de buscar o cumprimento das competências legais de forma concatenada com a juridicidade, a advocacia pública deve zelar pela coerência administrativa, considerando que a vinculação da Administração Pública se relaciona não apenas com os atos externos, provenientes de outros Poderes (leis e decisões judiciais), mas, também, com os seus próprios atos administrativos (individuais e normativos) e práticas administrativas. Ou seja, é necessário que a emissão de pareceres e outras formas de manifestação jurídica, inclusive na esfera judicial, garantam o respeito aos precedentes judiciais e administrativos.²³

Convém anotar que a escolha das alternativas de ação mais adequadas, na fase de elaboração de programas e de decisão, não deve ser realizada com base em valores jurídicos abstratos ignorando os efeitos práticos, trata-se de etapa juridicamente regulada. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 20, a fim de garantir segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público, fixou que nesses casos existem elementos que necessariamente devem integrar o processo de decisão e escolha: a) densificação, à luz do caso concreto, dos valores jurídicos abstratos incidentes; b) consideração das consequências práticas da decisão; c) motivação consistente que demonstre a adequação e necessidade das medidas, inclusive diante de eventuais alternativas.

3.2 Processo legislativo

A advocacia atua de forma rotineira no processo legislativo, notadamente na elaboração de minutas de leis e atos normativos de iniciativa do Poder Executivo, quando emite pareceres consultivos de juridicidade (podendo, quando solicitado, elaborar minutas de leis a serem enviadas para deliberação do Poder Legislativo). Adiante, emite parecer consultivo sobre a juridicidade da legislação aprovada, munindo o Chefe do Executivo das informações necessárias à prática do ato de sanção ou veto.

Doutro lado, partindo do pressuposto de que a advocacia pública tem a missão de compatibilizar as políticas públicas desenhadas pelos agentes políticos à juridicidade, no exercício de função preventiva deve existir empenho na viabilização jurídica das políticas públicas definidas pelos gestores, orientando inclusive possíveis iniciativas de modificação do direito positivo. Esse esforço auxiliará no atingimento do interesse público constitucionalmente pautado e no desenho e realização das políticas demandadas pelo contexto social a ser considerado.²⁴

²³ OLIVEIRA; Rafael Carvalho Rezende. O papel da Advocacia Pública no Dever de Coerência na Administração Pública. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 382-400, maio/ago. 2019. p. 387.

²⁴ MENDES; *op. cit.*, p. 183-184.

A instrumentalização legislativa de políticas públicas, realizada com a participação da advocacia e em colaboração e coordenação com os órgãos técnicos exercentes de atividades finalísticas específicas da Administração, permite que os aportes dos setores técnicos estejam afinados com as normais constitucionais, densificando o controle interno de juridicidade. Essa filtragem jurídica dos aportes técnicos incrementa o grau de efetividade das ordenações e facilita a adesão voluntária pelo ente público, reduzindo o tempo de tramitação dos feitos, os custos relacionados e o nível de litigiosidade administrativa.²⁵

3.3 Processo judicial

Para a análise proposta, processo judicial é considerado como o processo jurídico que viabiliza o controle jurisdicional, realizado pelo Poder Judiciário sempre que se identifique na ação ou omissão da autoridade administrativa ilegalidade ou abuso de poder que traga ou ameace trazer prejuízos ao administrado ou ao próprio ente público.

O controle jurisdicional é reconhecido como princípio estruturante do Estado de Direito, permitindo a fiscalização e correção da atuação da Administração Pública quando violadora da lei, e em certas circunstâncias a análise do mérito praticado pelos agentes do Executivo.²⁶ Nesse contexto, o Judiciário também é instado a manifestar-se sobre a juridicidade dos atos ou omissões administrativas nos conflitos relacionados à implementação dos direitos objeto das políticas públicas, seja na perspectiva da judicialização de demandas individuais pleiteadora de direitos fundamentais (cidadão pretendendo acesso a medicação ou vaga em creche, por exemplo) ou demandas referentes a política pública centrada na realização de direitos difusos ou coletivos (como recuperação ambiental de áreas degradadas). Também são levados ao Judiciário questionamentos envolvendo a efetividade de políticas públicas institucionalizadas e mesmo a necessidade de alterações em políticas em execução.

Vanice Valle ensina que também constitui necessariamente objeto da intervenção controladora não só a tutela do direito demandado, mas também a recondução das estruturas de poder ao caminho originário de cumprimento dos seus deveres constitucionais. Desse modo, é necessário que as decisões judiciais tratem a ação pública planejada como debate primário, o que pode resultar na indução de comportamento da Administração Pública com perspectiva estruturada, solucionando cada problema com a complexidade que lhe é peculiar, sem soluções tópicas e momentâneas às necessidades públicas de longo prazo.²⁷

Essa recondução do comportamento adequado da Administração Pública passa não apenas por comandos coercitivos dirigidos aos agentes políticos (temporários na função que ocupam), mas, especialmente, pelo tratamento da advocacia pública

²⁵ MENDES; *loc. cit.*

²⁶ OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: Limites e Possibilidades. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 247, p. 57-97, 2008. DOI: 10.12660/rda.v247.2008.41547. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/41547>. Acesso em: 27 fev. 2024. p. 82.

²⁷ VALLE, Vanice Lírio do. Administração e Políticas Públicas: deferência como efeito jurídico. In: LEITE; NERY JR.; STRECK (coord.). *Crise dos poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 2.

como função auxiliar da justiça, induzindo em suas ordens a atuação coordenada e comprometida com a adequação da vontade política dos agentes políticos aos limites da juridicidade. Essa atuação do Judiciário conecta também os órgãos técnico-burocráticos com a assessoria jurídica (exigindo, por exemplo, informações detalhadas de tais órgãos quanto às políticas que lhes são postas à análise, incrementando a possibilidade de verificação da legitimidade).

Os órgãos técnicos da Administração Pública, desta forma, devem ser aliados do controle de juridicidade, garantindo não só informações precisas sobre os vários aspectos da realidade a ser considerada, mas também os vários aspectos da própria política pública executada e do que pode ou não ser realizado dadas as circunstâncias do contexto do ente federativo. Essa atuação contribui para a eficácia no cumprimento das decisões judiciais e, conseqüentemente, na efetividade dos direitos objeto das políticas.

3.4 Processo orçamentário

O planejamento governamental define de forma estratégica como a Administração Pública pretende atuar perante a realidade e implementar as políticas públicas demandadas pela necessidade social, tendo como instrumento o processo orçamentário para alocar os meios financeiros demandados.²⁸

As leis orçamentárias²⁹ correspondem a padrões mínimos de transparência e controle de informações do planejamento, já que a Constituição Federal estabelece o dever jurídico de obediência aos termos das citadas leis. Aprovada a lei orçamentária anual e estipuladas as estimativas de receitas e despesas com base em prognoses do legislador, facultada é certa flexibilização pelo gestor em sua execução de acordo com os limites estabelecidos e com as necessidades conjunturais de ordem social, política e econômica. A liberdade é limitada porquanto o plano traçado no processo orçamentário (envolvendo PPA, LDO e LOA) configura um planejamento do Estado ao qual está vinculado o administrador público, conforme dispõe o art. 174 da Constituição Federal.³⁰

Segundo Gilberto Bercovici, o texto constitucional estipula as bases para um planejamento democrático de políticas públicas, transparente e submetido a controle de dispêndios, com coerência do gasto anual em médio e longo prazo, sendo a grande dificuldade de implemento a falta de vontade política, de concertação administrativa³¹ e

²⁸ CARDOSO JR., José Celso. *Planejamento Governamental e Gestão Pública no Brasil*: Elementos para ressignificar o debate e capacitar o Estado. Texto para discussão 1.584 – / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IPEA: Brasília, março de 2011. ISSN 1.415-4.765. p. 9-12.

²⁹ O processo orçamentário compreende não só a previsão das receitas e gastos anuais (LOA – Lei Orçamentária Anual), mas também a elaboração do Plano Plurianual (PPA), documento no qual devem definir seus objetivos estratégicos em um plano, a ser atualizado de quatro em quatro anos, com a especificação de diretrizes, objetivos e metas para as despesas de capital e os programas de duração continuada (investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro). Complementarmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), legislação elo entre PPA e LOA, deve conter os objetivos táticos e definir as diretrizes orçamentárias e de política fiscal a serem adotadas para médio prazo, bem como as metas e prioridades orientativas da elaboração do orçamento anual.

³⁰ BARROS, Maurício. Orçamento e discricionariedade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³¹ O autor refere-se à concertação administrativa interorgânica, que segundo a doutrina corresponde à necessidade de que os diversos setores ou órgãos públicos de um ente atuem de forma concertada, a partir de consensos no exercício das suas funções, visando garantir o respeito ao interesse público e a efetividade da atuação estatal

de prestação de contas pelos agentes responsáveis (*accountability*). Tais déficits denotam a necessidade de reorganização da administração pública e de sua estrutura administrativa em torno do foco na implementação.³²

O assessoramento jurídico adequado no planejamento viabiliza que a ação governamental seja coordenada e observe a processualidade, viabilizando um agir coerente da Administração Pública efetivo no implemento das políticas públicas, evitando os problemas que têm cercado a realidade jurídico-orçamentária, como a interpretação desarrazoada da discricionariedade, o uso indevido das formas de flexibilização orçamentária,³³ a falta de aderência entre os instrumentos orçamentários e de padronização na elaboração.

Nesse contexto, a advocacia pública deve ter sua atuação voltada à garantia do implemento do planejamento institucionalizado, indicando à gestão a necessidade de cumprimento do programa planejado, de aderência dentre as peças orçamentárias quando da elaboração, do estabelecimento de indicadores que viabilizem o monitoramento e avaliação dos programas, bem como da necessidade de consideração pelo gestor em seu processo decisório do substrato fático e técnico que permeia o problema a ser resolvido, de forma a induzir uma decisão política coordenada com tais substratos e com a necessidade diagnosticada.

Doutro lado, o assessoramento jurídico também deve apontar a necessidade de demonstração da legitimidade e legalidade de alterações realizadas no processo de planejamento orçamentário, especialmente quanto à demonstração do porquê tornou-se necessária a alteração ou substituição do programa de ação planejado na legislação orçamentária, quando isto ocorrer, de forma a garantir uma retroalimentação que traga ganhos de racionalidade a execução orçamentária e, conseqüentemente, ao implemento de políticas públicas.

Levando-se em conta a existência de uma atuação sequencial e progressiva das leis orçamentárias, os planos e políticas anteriores permitem a constatação da realidade/necessidade, evitando o efeito perverso da mera repetição de orçamentos anteriores ou de falta de transparência no processo decisório utilizado pela gestão para a efetivação desta ou daquela escolha dos órgãos públicos responsáveis, mas da população interessada. Partindo do pressuposto da adequação do planejamento governamental e da elaboração do processo orçamentário pelo Executivo e Legislativo, a Emenda Constitucional nº 100/19 consignou expressamente o dever da Administração de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessárias, com o

(BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. Lisboa: Almedina 2017, p. 207).

³² 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. 153-155.

³³ A relegação a segundo plano do planejamento orçamentário resulta na má qualidade do gasto público, na elaboração de orçamentos genéricos, padronizados e desconectados da realidade, com a produção de conhecimento raso dos problemas públicos e das soluções. Prejudicado fica o reconhecimento do que é prioridade legítima da ação governamental; tampouco haverá clareza sobre a ordenação das escolhas alocativas do Estado, criando um terreno fértil para a corrupção e a ineficiência na gestão dos escassos recursos públicos (PINTO, Élica Graziane. Um problema estrutural que potencializa a má qualidade do gasto público: planejamento estatal genérico e padronizado. *Revista Digital da ESA OABRJ*, vol. 3, ano 3, p. 437-438, 2021).

propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade e promover a avaliação e o monitoramento de políticas públicas, levando em conta os resultados na elaboração dos instrumentos orçamentários (artigo 165, §10). A EC nº 109/21, por seu turno, tornou claro o dever de que as leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA) devem observar os resultados do monitoramento e da avaliação de políticas públicas. Trata-se de questões *jurídicas* determinadas pela Constituição Federal como requisitos de validade de leis orçamentárias e que, como tal, devem ser o objeto de atenção com o auxílio da advocacia pública.

4 Conclusão

O reconhecimento das políticas públicas como instrumentos de atuação do Estado por meio de processos juridicamente regulados com intensidade variável abre caminhos para o reconhecimento da importância da atuação da advocacia pública nesse cenário. Com base nesse pressuposto, o presente artigo buscou analisar essa atuação em diferentes e relevantes processos jurídicos que permeiam a criação/execução de ações governamentais e políticas públicas, sem pretensão de exaurimento.

Com base nas considerações apresentadas neste artigo sobre a advocacia pública e sua função na orientação jurídica do Poder Executivo, é possível afirmar que a atuação desse órgão desempenha um papel relevante no adequado funcionamento do Estado e na implementação de políticas públicas. Ao se debruçar sobre os processos jurídicos envolvidos na formulação e execução de políticas públicas, a advocacia pública emerge como um elemento técnico indispensável, exercendo funções que vão além do mero controle de legalidade.

A atuação do órgão alinhada à governança pública e à busca pela juridicidade destaca-se como uma estratégia indicada para garantir que a atuação administrativa respeite não apenas a legalidade formal, mas também os princípios constitucionais, contribuindo assim para a realização dos direitos fundamentais e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. A atuação preventiva, sistêmica e proativa da advocacia pública, nas fases de elaboração de programas, processo legislativo, processo judicial e processo orçamentário, revela-se essencial para a construção e implementação efetiva de políticas públicas.

A análise detalhada dos processos jurídicos, desde o administrativo até o orçamentário, evidencia a importância do órgão na promoção da transparência, da legalidade e da eficiência na gestão pública. A interação entre a advocacia pública, os órgãos técnicos e o Poder Judiciário é destacada como um fator crucial para garantir a coerência administrativa e eficácia das decisões judiciais que tenham como objeto políticas públicas. De modo que a advocacia pública se apresenta como um pilar fundamental na concretização das políticas públicas, contribuindo para que o Poder Executivo possa planejar e desenvolver suas ações dentro de um quadro de racionalidade jurídica moldado pela Constituição, com o que aumentadas estarão as possibilidades de se garantir eficácia às promessas feitas pelo Constituinte de 1988.

Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BARROS, Maurício. Orçamento e discricionariedade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- 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.
- BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, out. 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. Lisboa: Almedina 2017.
- BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Governança pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria*. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 96/97 – e-book.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, 2019.
- CAFFARO, Leonardo de Mello; Constitucionalismo em Tempos de Crise: *A Advocacia Pública nos 30 Anos da Carta de 1988*. Publicações da Escola da AGU: Brasília, vol. 10, n. 4, out./dez. 2018. ISSN-2236-4374.
- CARDOSO JR., José Celso. *Planejamento Governamental e Gestão Pública no Brasil: Elementos para ressignificar o debate e capacitar o Estado*. Texto para discussão 1.584 – / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IPEA: Brasília, março de 2011. ISSN 1.415-4.765.
- COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIS, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Ed. Unesp/Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.
- FREY, Klaus. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 21, p. 211-259, 2000.
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Trad. Francisco G. Heidermann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- JANNUZZI, Paulo de Martino. *Do ciclo de formulação e avaliação de políticas à espiral de implementação*. Disponível em: <https://pp.nexojournal.com.br/ponto-de-vista/2023/09/27/do-ciclo-de-formulacao-e-avaliacao-de-politicas-a-espiral-de-implementacao>. Acesso em 22 fev. 2024.
- MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. A Advocacia Pública na Defesa das Políticas Públicas, da Gestão Responsável e da Segurança Jurídica. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, vol. 10, n. 4, out./dez. 2018. ISSN-2236-4374.
- MODESTO, Paulo. A nova lei de processo administrativo. *Revista Pública e Gerencial*, Salvador, ano I, v. 2, p. 50, jun./jul. 1990.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública de Estado: consciência jurídica da governança pós-moderna. *Revista Brasileira de Advocacia Pública*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 9-18, jul./dez. 2015. ISSN 24472492.

MOTTA, Fabrício. Ensaio sobre contratos administrativos e políticas públicas. In: GOMES, Carla Amado et al. *Responsabilidade nos Contratos Públicos – uma perspectiva comparada luso-brasileira*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Centro de Investigação de Direito Público, 2020, p. 164-180.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: Limites e Possibilidades. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 247, p. 57-97, 2008. DOI: 10.12660/rda.v247.2008.41547. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/41547>. Acesso em: 27 fev. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da Advocacia Pública no Dever de Coerência na Administração Pública. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 382-400, maio/ago. 2019.

PINTO, Élide Graziane. Um problema estrutural que potencializa a má qualidade do gasto público: planejamento estatal genérico e padronizado. *Revista Digital da ESA OABRJ*, vol. 3, ano 3, 2021.

VALLE, Vanice Lírio do. Administração e Políticas Públicas: deferência como efeito jurídico. In: LEITE; NERY JR.; STRECK (coord.). *Crise dos poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

MOTTA, Fabrício; TOZETTO, Nathália Suzana Costa Silva. A atuação da advocacia pública nos processos jurídicos envolvidos na execução de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 273-285. ISBN 978-65-5518-820-2.

A GESTÃO DE RISCOS COMO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

LICURGO MOURÃO

MARIANA BUENO RESENDE

1 Introdução

A percepção de que a corrupção é uma das principais causas das diversas mazelas que assolam a população brasileira, causando impactos disseminados na sociedade, é comum em estudos advindos de áreas de pesquisa diversas como História, Economia, Direito, Ciências Políticas e Sociologia. A complexidade ínsita ao fenômeno da corrupção, que encontra origens diversas, faz com que a adoção de medidas eficazes para seu combate não seja tarefa fácil, “sobretudo pelas formas complexas que assume no mundo contemporâneo, caracterizado pelos avanços tecnológicos, a globalização da economia e a velocidade das operações transnacionais”.¹

Para além da complexidade técnica na elaboração e implementação de mecanismos capazes de afastar a ocorrência de práticas de corrupção ou ao menos minimizá-las, setores dominantes que delas se beneficiam atuam como entraves políticos para que a realidade seja alterada, motivo pelo qual o problema, embora evidente há décadas, persista no cotidiano da Administração Pública brasileira.

Interessante estudo intitulado “História e Cultura da Corrupção dos Agentes Públicos no Brasil: uma leitura transversal das obras de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Darcy Ribeiro” identificou que “as práticas de gestão da coisa pública são historicamente ligadas às relações antidemocráticas entre políticos e empresários, sem maior preocupação com a sociedade ou com um projeto de desenvolvimento da nação”.²

¹ MOURÃO, Licurgo; SHERMAM, Ariane; SERRA, Rita Chió. *Tribunal de Contas Democrático*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 54.

² FRÓES, Felipe Couto; PÁDUA, Alexandre Carrieri de; LEAL, Camila Araújo; WANDERLEY, Maria Teresa Leão. *História e Cultura da Corrupção dos Agentes Públicos no Brasil: Uma Leitura Transversal das obras de Sérgio*

O estudo concluiu que os modos de gestão da coisa pública no país, historicamente, são pautados em três principais eixos. O primeiro deles é a herança dos modos portugueses de governo, que “diz respeito a um personalismo exacerbado entre agentes públicos e privados; interesse restrito ao ganho pessoal, e não ao ganho coletivo de um projeto de nação ou de sociedade”, além de uma “mistura constante entre as dimensões do público e do privado nos assuntos governamentais e a ausência de um sentimento nacionalista ou patriótico”.³

O segundo eixo é o domínio das elites sobre o povo com a perpetuação de privilégios, sobrevivendo “uma ideia autoritária de poder e de fazer política, de modo que o país não consegue se desvincular das tradicionais elites, que se alinham pelos próprios interesses, sem respeitar a vontade do povo”. Essa influência do setor privado em relação ao Estado pode ser percebida, por exemplo, no *lobby* partidário, nas licitações e nas doações de campanha, que se “constituem como oportunidades de alianças utilitárias que levam à corrupção”.⁴

Por fim, o terceiro eixo que compõe o problema estrutural da corrupção no Brasil é a alienação do povo em relação aos assuntos públicos, “a falta de consciência de classe e de consciência política dificulta o surgimento de novos movimentos sociais e de uma cultura de ativismo político que permita ampla participação popular nos debates públicos”. Motivo pelo qual “a superação da corrupção estrutural perpassa, nesse sentido, pela conscientização da sociedade das estruturas sociais por meio de uma educação política, ou politização da sociedade”.⁵

No relatório divulgado pela Transparência Internacional acerca do Índice de Percepção da Corrupção 2023 – IPC,⁶ que avalia países e territórios atribuindo notas em uma escala de 0 e 100 (quanto maior a nota, maior é a percepção de integridade do país), o Brasil obteve a pontuação de 36 em 100, ficando da 104^a colocação entre 180 países avaliados. Portanto, não há dúvidas de que a corrupção no país é um problema grave e estrutural de nossa sociedade e de nosso sistema político, apresentando-se “como um fenômeno que enfraquece a democracia, a confiança no Estado, a legitimidade dos governos e a moral pública”.⁷

Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Darcy Ribeiro. *Administração Pública e Gestão Social*, vol. 15, n. 1, 2023 Universidade Federal de Viçosa, Brasil. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=351574088002>. Acesso em: 21 fev. 2024.

³ FRÓES, Felipe Couto; PÁDUA, Alexandre Carrieri de; LEAL, Camila Araújo; WANDERLEY, Maria Teresa Leão. História e Cultura da Corrupção dos Agentes Públicos no Brasil: Uma Leitura Transversal das obras de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Darcy Ribeiro. *Administração Pública e Gestão Social*, Universidade Federal de Viçosa, vol. 15, n. 1, 2023. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=351574088002>. Acesso em: 21 fev. 2024.

⁴ FRÓES, Felipe Couto; PÁDUA, Alexandre Carrieri de; LEAL, Camila Araújo; WANDERLEY, Maria Teresa Leão. História e Cultura da Corrupção dos Agentes Públicos no Brasil: Uma Leitura Transversal das obras de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Darcy Ribeiro. *Administração Pública e Gestão Social*, vol. 15, n. 1, 2023. Universidade Federal de Viçosa, Brasil. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=351574088002>. Acesso em: 21 fev. 2024.

⁵ *Idem*.

⁶ Transparência Internacional. Índice de Percepção da Corrupção 2023. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2023>. Acesso em: 24 fev. 2024.

⁷ MATIAS-PEREIRA, José. Reforma do Estado e controle da corrupção no Brasil. *Caderno de Pesquisas em Administração*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 1-17, 2005.

Partindo da premissa de que a corrupção é um dos principais problemas a serem estudados e combatidos no Brasil, o presente artigo objetiva analisar a Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021 sob essa perspectiva, ressaltando a relevância dos controles preventivos positivados na nova legislação, sobretudo por meio da previsão da governança e gestão de riscos como elementos inerentes a todo o processo de contratação pública.

2 O combate à corrupção nas contratações públicas

A atividade contratual da Administração Pública é um dos setores mais vulneráveis à corrupção.⁸ O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime⁹ estima que 10 a 25% do valor global de um contrato público é usualmente destinado à corrupção: desviado em favor de governantes corruptos, servidores e funcionários públicos e outros participantes.

Segundo estudo realizado pelo Fórum Econômico Mundial,¹⁰ os contratos públicos são ambiente propício para a corrupção, tendo em vista que: a) envolvem vastas somas de dinheiro (todos os anos, os governos gastam entre 10% e 30% de PIB nacional em compras); b) envolvem negociações estreitas e interação reiterada entre agentes estatais e o setor privado; c) os processos são frequentemente complexos e burocráticos, o que aumenta as oportunidades e motivação para suborno; e d) é comum a baixa transparência na avaliação das necessidades, especificações do contrato e processos de seleção do fornecedor, o que deixa a distribuição de grandes somas de dinheiro a critério dos agentes públicos responsáveis pelas compras, além de dificultar a fiscalização dos processos.

O Fórum Econômico Mundial ressalta que, mesmo quando a corrupção é detectada nos contratos, seus efeitos se propagam, a exemplo do maior conglomerado de construção da América Latina, a Odebrecht. A empresa declarou falência após uma investigação em 2014 liderada por autoridades brasileiras, norte-americanas e suíças que descobriram que a empresa pagou cerca de 800 milhões de dólares em subornos a vários governos. Essa investigação e a anulação ou potencial anulação dos contratos paralisaram indústrias envolvidas, interrompendo cadeias de pagamento, causando a falência de fornecedores e resultando na demissão de milhares de trabalhadores.

Nesse cenário, embora legislações que prevejam consequências financeiras e criminais sejam relevantes para dissuadir a corrupção, limitar previamente as oportunidades de corrupção pode minimizar de forma mais eficiente os vários danos financeiros, sociais e políticos que emanam desse fenômeno generalizado.¹¹ É por isso

⁸ OECD. *Preventing Corruption in Public Procurement*. 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2024.

⁹ UNODC. *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances*. Viena, 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf. Acesso em: 21 fev. 2024.

¹⁰ WORLD ECONOMIC FORUM. *Exploring Blockchain Technology for Government Transparency: Blockchain-Based Public Procurement to Reduce Corruption*. 2020. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Blockchain_Government_Transparency_Report.pdf. Acesso em: 21 fev. 2024.

¹¹ WORLD ECONOMIC FORUM. *Exploring Blockchain Technology for Government Transparency: Blockchain-Based Public Procurement to Reduce Corruption*. 2020. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Blockchain_Government_Transparency_Report.pdf. Acesso em: 21 fev. 2024.

que se defende a existência de um sistema que, além de objetivar detectar e punir atos ilícitos, também seja capaz de desencorajá-los e reduzi-los, o que “demanda cuidados que se entrelaçam numa incessante tentativa de evitar desvios comportamentais e incentivar a adoção de práticas que possam minimizar os riscos de sua ocorrência”.¹²

Assim, “o processo de combate à corrupção inicia-se na identificação das vulnerabilidades na estrutura das instituições e na legislação administrativa, visando a combater a corrupção pública nas vertentes normativa e estrutural da Administração Pública”.¹³

No Brasil, a Lei nº 8.666/93 deu pouca atenção à fase preparatória das licitações, “não se ignora a existência de regras a detalhar o conteúdo do projeto básico ou os alicerces básicos das compras públicas”, mas “escaparam da atenção do legislador aspectos relativos ao conteúdo, formação e autoria do documento que encarna a demanda pública”¹⁴ e fixa as condições de participação e a estimação do custo.¹⁵ Ademais, embora tendo sido editada em um contexto de combate à corrupção, não foram incorporados, naquele momento, instrumentos de governança e integridade como fundamentais à adequada atuação estatal.

Sobre o tema, observa-se que a Lei das Estatais – Lei nº 13.303/2016, posteriormente, previu normas que objetivam a implantação de governança nas empresas públicas e sociedades de economia mista, estabelecendo regras para evitar conflitos de interesses, possibilitar transparência, atuação conforme princípios éticos, fiscalização, controle interno e gestão de riscos que impactam a atividade contratual dessas entidades.

Em âmbito federal, o Decreto nº 9.203/2017, que dispôs sobre a política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, positivou a obrigatoriedade de as organizações da Administração Pública federal estabelecerem, manterem, monitorarem e aprimorarem sistema de gestão de riscos e controles internos com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos que possam impactar a implementação da estratégia e a consecução dos objetivos da organização no cumprimento da sua missão institucional.

De modo geral, a experiência estatal no âmbito das licitações públicas demonstrou a necessidade de se enfatizar a fase anterior à publicação do edital e de se considerar a contratação pública como um processo complexo, que envolve diversas variáveis, atores, possibilita diferentes decisões e possui riscos de muitas naturezas, motivo pelo

¹² 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, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

¹³ MOURÃO, Licurgo; SHERMAM, Ariane; SERRA, Rita Chió. *Tribunal de Contas Democrático*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 42.

¹⁴ 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, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

¹⁵ Sobre as irregularidades usualmente constatadas na fase preparatória das contratações, Lucas Furtado Rocha assevera que “são frequentes, por exemplo, situações em que o administrador insere no edital cláusulas que restringem a competitividade do certame (o que enseja anulação pelo Judiciário, causando a lentidão do processo e por vezes a responsabilização do administrador) ou o fracionamento dos contratos de modo a permitir-se a compra direta ou dirigida por meio de modalidades de licitação menos transparentes – de que é exemplo o convite –, ou ainda a dispensa da licitação sob o argumento de urgência” (FURTADO, Lucas Rocha. *As Raízes da Corrupção No Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 425).

qual deve haver uma análise macro de todo o procedimento, de forma a possibilitar a realização do interesse público.

A título exemplificativo, menciona-se que a realização de adequada pesquisa de preços para evitar fraudes nas contratações públicas é tão relevante que, entre as principais recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE a fim de combater cartéis em licitações públicas no Brasil consta: “tornar a pesquisa de mercado uma etapa obrigatória do estudo técnico preliminar para todos os processos de compras (possivelmente com exceção das licitações repetitivas de baixo valor, para as quais a pesquisa de mercado tenha sido realizada recentemente) e adotar diretrizes de como conduzi-la”.¹⁶

Atento a essa realidade, o legislador da Lei nº 14.133/2021 positivou regramento pormenorizado de práticas – algumas já implementadas sob a égide da Lei nº 8.666/93 e demais legislações de contratações públicas – a serem adotadas, especialmente na fase preparatória, objetivando mitigar os impactos deletérios de contratações que não observam os procedimentos, técnicas e metodologia adequadas ao alcance do interesse público subjacente à contratação, facilitando a ocorrência de irregularidades diversas. Entre tais inovações, podemos citar: o plano de contratações anual, que objetiva racionalizar as contratações dos órgãos e entidades (art. 12, VII); a previsão de que o estudo técnico preliminar evidencie o problema a ser resolvido e a solução mais adequada, com o valor estimado, acompanhado de montantes unitários, memórias de cálculo e documentos de suporte (art. 6º, XX, e art. 18, §1º) e o detalhamento de procedimentos e critérios para a pesquisa de preços (art. 23).

Acerca do combate à corrupção nas contratações públicas na nova legislação, o enfoque usualmente é atribuído à previsão dos programas de integridade a serem implementados pelas empresas contratadas, que configuram um dos pilares da boa gestão para se estabelecer “um ambiente hígido, ético, íntegro e confiável”.¹⁷

Os programas de integridade foram tratados na Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, que, embora não tenha previsto sua obrigatoriedade, estabeleceu a atenuação das sanções a serem aplicadas nos casos em que a empresa possua procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta. Também a Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/1992, tratou dos programas de integridade ao possibilitar a sua exigência na celebração do acordo de não persecução cível.

Marcelo Andrade Féres e Henrique Cunha Souza Lima explicam que os programas de integridade ou *compliance* podem ser definidos “como um sistema de políticas e controles adotados a fim de impedir violações à lei e assegurar às autoridades externas que todas as condutas no sentido de impedir tais violações estão sendo tomadas”.¹⁸

¹⁶ OCDE. *Combate a cartéis em licitações no Brasil: uma revisão das compras públicas federais*. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Combate-a-Carteis-em-Licitacoes-no-Brasil-uma-Revisao-das-Compras-Publicas-Federais-2021.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2023.

¹⁷ FORTINI, Cristiana; Cavalcanti, Caio Mário. *Programas de Integridade na Nova Lei de Licitações e Contratos*. 2023. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2023/04/06/programas-de-integridade-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 25 fev. 2024.

¹⁸ FÉRES, Marcelo Andrade; LIMA, Henrique Cunha Souza. *Compliance anticorrupção: formas e funções na legislação internacional, na estratégia e na Lei nº 12.846/2013*. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 147.

Diante da relevância da implantação desses instrumentos, algumas legislações municipais e estaduais¹⁹ passaram a prever a obrigatoriedade de adoção de programas de integridade pelos contratados. No entanto, as disparidades existentes entre as normas acabavam por gerar obrigações distintas e inseguranças no mercado.²⁰

Nesse cenário, a Lei nº 14.133/2021 inovou no âmbito das legislações sobre contratações públicas brasileiras ao conferir importância aos programas de *compliance* anticorrupção, prevendo sua obrigatoriedade nas contratações de grande vulto. Assim, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos que superam R\$ 239.624.058,14 (duzentos e trinta e nove milhões seiscientos e vinte e quatro mil cinquenta e oito reais e quatorze centavos),²¹ a nova lei exige do vencedor da licitação a sua implementação, em até 6 (seis) meses, contados da celebração do contrato.

Além disso, tais programas passam a ser valorizados para fins de desempate entre propostas comerciais (art. 60, inc. IV), além de serem considerados quando da aplicação de sanções administrativas, nos termos do art. 156, §1º, V, da Lei nº 41.133/2021. Destaca-se, ainda, a indispensabilidade dos programas de integridade, nos casos de reabilitação de empresas punidas, visto que o intuito é privilegiar e exigir a adoção de boas práticas daqueles que pretendem contratar com a Administração Pública (art. 163).

O principal desafio no tocante ao tema é garantir que os programas de integridade implementados pelas empresas contratadas não sejam apenas formais, mas de fato tenham efetividade. Nesse sentido, destaca-se o Decreto Federal nº 11.129/2022, que regulamenta a Lei Anticorrupção, prevendo, em seu art. 57, parâmetros de avaliação dos programas de integridade, quanto a sua existência e aplicação, quais sejam:

Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do *caput* do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade; V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

¹⁹ Leciona Renata Rainho que “o Estado do Rio de Janeiro foi vanguardista na publicação de norma exigindo o *compliance* como uma condição para a contratação pública. E o fez em outubro de 2017, a partir da Lei nº 7.75. [...] Efetivamente, dos 25 (vinte e cinco) Estados da Federação mais Distrito Federal, ao menos outros 8 (oito) contam com norma vigente semelhante: Amazonas (Lei nº 4.730/2018), Distrito Federal (Lei nº 6.112/2018), Goiás (Lei nº 20.489/2019), Maranhão (Lei nº 11.463/2021), Mato Grosso (Lei nº 11.123/2020), Pernambuco (Lei nº 16.722/2019), Rio Grande do Sul (Decreto nº 55.631/2020, atualizado pelo Decreto 55.928/2021) e Sergipe (Lei nº 8.866/2021)”. (RAINHO, Renata Vaz Marques Costa. *Compliance* como instrumento de integridade e combate à corrupção nas contratações públicas: uma análise do tema à luz da Lei nº 14.133/2021. *Revista CGU*, vol. 15, n. 27, jan./jun. 2023. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/575/377. Acesso em: 26 fev. 2024).

²⁰ RAINHO, Renata Vaz Marques Costa. *Compliance* como instrumento de integridade e combate à corrupção nas contratações públicas: uma análise do tema à luz da Lei nº 14.133/2021. *Revista CGU*, vol. 15, n. 27, jan./jun. 2023. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/575/377. Acesso em 26 fev. 2024.

²¹ Valor atualizado pelo Decreto nº 11.871, de 29 de dezembro de 2023.

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciadores de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para: a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados; b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e c) realização e supervisão de patrocínios e doações; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013. §1º Na avaliação dos parâmetros de que trata o caput, serão considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, por meio de aspectos como: I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II - o faturamento, levando ainda em consideração o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte; III - a estrutura de governança corporativa e a complexidade de unidades internas, tais como departamentos, diretorias ou setores, ou da estruturação de grupo econômico; IV - a utilização de agentes intermediários, como consultores ou representantes comerciais; V - o setor do mercado em que atua; VI - os países em que atua, direta ou indiretamente; VII - o grau de interação com o setor público e a importância de contratações, investimentos e subsídios públicos, autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; e VIII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico. §2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o caput.

Ressalta-se que fator relevante para a efetividade dos programas de *compliance* é a existência de “canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciadores de boa-fé” (art. 57, X, do Decreto Federal nº 11.129/2022). Isso porque, conforme relatório elaborado pela *Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE) baseado em 2.110 casos de fraude ocupacional, qual seja, aquela praticada por empregados contra a própria empresa, em 133 países em 2021, a forma mais comum por meio da qual as fraudes são descobertas são as denúncias, correspondendo a 42% dos casos. Assim, a manutenção de uma linha direta ou de um mecanismo de denúncia aumenta as chances de detecção precoce de fraudes e reduz perdas.²²

²² ACFE. *Occupational Fraud 2022: a Report to the nations*. Disponível em: <https://acfe-public.s3.us-west-2.amazonaws.com/2022+Report+to+the+Nations.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

Ademais, referido mecanismo fortalece a atuação da sociedade civil no exercício do controle social que propicia o acompanhamento da execução e a avaliação da atuação estatal. Sobre o tema já discorreremos que:

Em um país de dimensões continentais como o Brasil, torna-se imperioso o envolvimento da sociedade civil organizada no combate à corrupção, uma vez que o controle da administração pública pelos próprios órgãos e entidades que a compõem não tem se mostrado plenamente eficaz. Nesse sentido, é a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, segundo o qual: “[...] o único sistema de controle verdadeiramente eficaz é o que considera a sociedade como agente e força motriz [...]”. O controle social, portanto, interfere positivamente na aplicação esmerada dos recursos e na qualidade do gasto público efetuado, uma vez que o acompanhamento da gestão se dá por estruturas democráticas de controle, legitimadas pela própria sociedade, prevenindo a ocorrência de desvios de modo muito mais eficaz e tempestivo.²³

De fato, a obrigatoriedade e incentivo à implantação de programas de *compliance* efetivos por parte das empresas contratadas se mostra medida relevante para o combate à corrupção nas contratações públicas. Contudo, o presente estudo objetiva realçar outros pontos igualmente significativos sobre o tema abarcados pela nova legislação, tendo em vista que a Nova Lei de Licitações e Contratos, ao prever regras mais detalhadas sobre a fase de planejamento da contratação, positivou a governança e a gestão de riscos como mecanismos necessários, sobretudo na fase preparatória, gerando impactos em todo o processo de contratação, como se verá a seguir.

3 Governança e gestão de riscos nas contratações públicas como medidas essenciais à prevenção de irregularidades

O sociólogo Ulrich Beck, na década de 80, lançou sua teoria mundialmente conhecida acerca da mudança da sociedade industrial para a “sociedade do risco”,²⁴ diante dos intensos avanços tecnológicos que fizeram surgir riscos desconhecidos que fogem ao controle das instituições (riscos ambientais, políticos, sociais, econômicos, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais, etc.). Apesar das críticas sofridas, a “sociedade do risco” foi uma “das teorias sociológicas do século XX com mais impacto tanto nos campos das ciências sociais, das ciências jurídicas e das ciências da engenharia”.²⁵

O tema e o próprio conceito de “risco” são controversos, mas fato é que o autor alemão alertou para a necessidade de uma atuação política e social baseada na identificação de possíveis situações de perigo e da adoção de medidas para evitá-las. Assim, a percepção de que os fenômenos da modernização e o dinamismo dos avanços tecnológicos têm tornado a sociedade cada vez mais complexa, gerando incertezas sobre o impacto dessas evoluções, reforçou a relevância do gerenciamento de riscos.

²³ MOURÃO, Licurgo; MEGALI NETO, Almir; SHERMAM, Ariane; RESENDE, Mariana Bueno; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. *Controle Democrático da Administração Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.p. 257-258.

²⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

²⁵ MENDES, José Manuel. *Ulrich Beck: a imanência do social e a sociedade do risco*. Disponível em: https://scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000325732015000100012&lng=pt&nrm=iso?script=sci_arttext&pid=S0003-25732015000100012&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 20 fev. 2024.

A teoria da “sociedade do risco” é associada a temas que tangenciam o futuro da existência humana, envolvendo questões climáticas e avanços de atividades de impacto global, a exemplo da energia nuclear. Mas a avaliação de risco também deve ser incorporada à atuação de organizações e entidades públicas nas suas atividades cotidianas e na tomada de decisões.

No âmbito da Administração Pública brasileira, algumas legislações disciplinaram o gerenciamento dos riscos na formalização de contratos administrativos específicos, a exemplo da Lei nº 8.987/1995, que previu delegação do serviço público à “conta e risco” do concessionário (art. 2º, II, III e IV); da Lei nº 11.079/2004, que estabeleceu como cláusula obrigatória dos contratos de parceria público-privadas a repartição de riscos entre as partes (art. 5º, III); da Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), que permitiu expressamente a adoção de matriz de alocação de riscos e da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), que tratou da matriz de riscos como cláusula obrigatória dos contratos por ela disciplinados.

Por sua vez, a Lei nº 14.133/2021 trouxe para a seara das contratações públicas a relevância da governança da atuação estatal e ampliou sobremaneira o campo de incidência da avaliação de riscos. Isso porque a nova legislação, além de dispor sobre a avaliação de riscos nas contratações em geral, a previu como instrumento essencial ao planejamento da contratação, não restringindo sua utilização para a alocação de riscos na execução do contrato.²⁶ Percebeu-se que todas as escolhas e ações da Administração Pública na celebração de contratos envolvem, em maior ou menor medida, a ocorrência de eventos que possam gerar impactos negativos ou positivos ao interesse público.

A governança pública, baseada no conceito inicialmente surgido na atuação das corporações privadas, “compreende os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.²⁷ Assim, uma das suas mais importantes facetas é a “ênfase na prevenção e não na repressão de condutas desviantes. Daí o destaque dado a procedimentos e mecanismos de integridade, como gestão de riscos, *accountability*, transparência, instâncias de auditoria, entre outros”.²⁸

Sobre o tema, Vanice Regina Lírio do Valle e Marcelo Pereira dos Santos ensinam que:

²⁶ “Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Parágrafo único. *A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações*” (grifamos).

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU*. Edição 3 – Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado – SecexAdministração, 2020.

²⁸ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

Credita-se o surgimento do conceito de governança ao domínio empresarial privado, o qual atravessou um processo de transição, a partir da década de 1970. Na época, Milton Friedman destacou a responsabilidade social dos executivos no cenário corporativo; Jensen e Meckling, reformataram a relação entre executivos e acionistas descrendo os limites da ação dos representantes (*agents*) diante dos interesses dos representados (*principals*). Esses referenciais teóricos serviram de base para o movimento que propôs a governança corporativa na década de 1980, focada no equacionamento das assimetrias entre os múltiplos interesses circunscritos no ambiente empresarial e propunham o controle e monitoramento dos processos decisórios. A definição de governança no mundo corporativo ganhou vulto com o Relatório de Cadbury, em 1991, motivado pela onda de colapso envolvendo más práticas de diversas companhias; o objetivo à época era recuperar a confiança dos investidores. Nesse documento foram elencados três princípios de governança, de grande influência no universo empresarial: transparência, integridade e prestação de contas.²⁹

Uma vez que a governança pública possibilita o alinhamento dos objetivos organizacionais ao interesse da população, otimizando a produção de resultados, a melhoria na eficiência dos recursos públicos e o aprimoramento da prestação de serviços à sociedade,³⁰ seu conceito foi incorporado pela Nova Lei de Licitações e Contratos de forma intrínseca.³¹ Daí por que seus mecanismos de liderança, estratégia e controle permeiam a referida legislação, objetivando “avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das contratações públicas, objetivando que as aquisições agreguem valor ao negócio fim de cada órgão e entidade pública, com riscos aceitáveis”.³²

Entre os princípios fundamentais da boa governança, está a tomada de decisão baseada na avaliação de riscos, uma abordagem planejada e sistemática para identificar os principais riscos estratégicos, operacionais e financeiros, avaliar os possíveis efeitos que os riscos identificados poderiam ter na entidade e acordar e implementar respostas apropriadas aos riscos identificados. Ademais, a tomada de decisões deve ser transparente e a integridade necessita ser incorporada à cultura organizacional, sobretudo com o apoio e comprometimento dos cargos de gestão.³³

Ao tratar do *compliance* anticorrupção na Administração Pública,³⁴ explicamos os motivos pelos quais a avaliação de riscos é necessária, quais sejam: a) identificar riscos reais ou emergentes em um determinado momento; b) ajudar a reduzir possíveis impactos resultantes dos riscos identificados; c) proporcionar respaldo legal, estimulando senso cultural a fim de obter inteligência de risco e d) fornecer o método para facilitar a

²⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do; SANTOS, Marcelo Pereira dos. Governança e *compliance* na administração direta: ampliando as fronteiras do controle democrático. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 161-177, jan./mar. 2019.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.273/2015*. Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Sessão de 27.05.2015.

³¹ CAMARÃO, Tatiana. Art. 11. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Volume 2*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 226.

³² CAMARÃO, Tatiana. Art. 11. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Volume 2*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 226.

³³ Chartered Institute of Public Finance and Accountancy (CIPFA). *The Good Governance Standard for Public Services*. Disponível em: <https://www.cipfa.org/policy-and-guidance/reports/good-governance-standard-for-public-services>. Acesso em: 20 out. 2023.

³⁴ MOURÃO, Licurgo. *Compliance estatal: avaliação de riscos no setor público*. In: *Desafios de Compliance no Setor Público*. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. 31.10.2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=IsC8uPl_FM&t=4364s. Acesso em 21 fev. 2024.

visualização dos riscos da organização (como será feito, qual metodologia será utilizada, como os riscos são ponderados e priorizados – que critérios são estabelecidos pela organização e nível de risco aceito ou tolerado).

Segundo o Manual de Gestão de Riscos do Tribunal de Contas da União – TCU, risco é a “possibilidade de que um evento afete negativamente o alcance dos objetivos”, motivo pelo qual o intuito principal da gestão de riscos é “auxiliar a tomada de decisão, com vistas a prover razoável segurança no cumprimento da missão e no alcance dos objetivos institucionais”, constituindo “ferramenta projetada para apoiar o gestor na busca por ganhos de eficiência, de modo a melhorar a qualidade, a tempestividade e a eficácia dos serviços prestados”.³⁵

Em evento acerca dos desafios do *compliance* no setor público,³⁶ alertamos sobre a necessidade de que o gerenciamento de riscos esteja incorporado à cultura organizacional, sobretudo com o apoio e comprometimento dos cargos de gestão, tendo em vista que a realização de avaliação de riscos, em uma cultura em que as informações não são utilizadas, pode resultar no aumento do risco para a própria entidade. Naquela oportunidade, explicitamos a metodologia que pode ser utilizada pelo órgão ou entidade com o intuito de gerir riscos, conforme imagem a seguir:

Imagem 1 – Etapas de avaliação de riscos



Fonte: MOURÃO, Licurgo. *Compliance estatal: avaliação de riscos no setor público*.³⁷

³⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Gestão de Riscos do TCU*. 2. ed. Brasília, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/planejamento-governanca-e-gestao/gestao-de-riscos/manual-de-gestao-de-riscos/>. Acesso em 21 fev. 2024.

³⁶ MOURÃO, Licurgo. *Compliance estatal: avaliação de riscos no setor público*. In: *Desafios de Compliance no Setor Público*. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. 31.10.2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=IsC8uPl_FM&t=4364s. Acesso em 21 fev. 2024.

³⁷ MOURÃO, Licurgo. *Compliance estatal: avaliação de riscos no setor público*. In: *Desafios de Compliance no Setor Público*. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. 31.10.2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=IsC8uPl_FM&t=4364s. Acesso em 21 fev. 2024.

Ressalta-se que a avaliação de riscos nas entidades públicas deve levar em consideração o contexto das características específicas dessas organizações. Nesse sentido, a Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), no documento denominado “Diretrizes para as Normas de Controle Interno do Setor Público”, observa que devem ser considerados:

[...] seu enfoque para alcançar os objetivos sociais ou políticos; a utilização dos recursos públicos; a importância do ciclo orçamentário; a complexidade de seu desempenho (a demanda pelo equilíbrio entre os valores tradicionais de legalidade, moralidade e transparência, e os modernos valores gerenciais como eficiência e eficácia) e o amplo escopo decorrente da sua *accountability* pública.³⁸

Nesse sentido, a Nova Lei de Licitações e Contratos impõe aos gestores e responsáveis pelas contratações a realização da gestão de riscos de todo o processo. Significa dizer que desde a etapa de planejamento da contratação deverão ser identificados e analisados os riscos de cada decisão, com adoção de medidas para gerenciá-los e, sobretudo, com a exposição dos motivos.

Dessa forma, o art. 11 da Lei nº 14.133/2021 impõe a necessidade de que a alta administração implemente mecanismos de gestão de riscos e controles internos com o intuito de alcançar os objetivos das licitações, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. Para tanto, o normativo dispõe que:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

- I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;
- II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;
- III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

Sobre o modelo das três linhas de defesa adotado pela Lei nº 14.133/2021 para aperfeiçoar as práticas de gestão de riscos e de controle, já discorremos que:

A formulação do controle baseia-se no modelo das três linhas propagado pelo *Institute of Internal Auditors* para a garantia de governança e gestão de riscos eficaz nas corporações e previu o controle exercido pelo Tribunal de Contas na terceira linha de defesa, embora esse controle, como se viu, seja externo à administração pública.

Buscam-se, por meio do referido modelo, a especificação de funções e a atuação em colaboração dos agentes responsáveis, concepção denominada por Marçal Justen Filho como

³⁸ INTOSAI. *Diretrizes para as Normas de Controle Interno do Setor Público*. Disponível em: https://www.tce.ba.gov.br/images/intosai_diretrizes_p_controle_interno.pdf. Acesso em: 19 fev. 2023.

dinâmica e articulada, em contraposição à ideia anterior de que a gestão e o controle deveriam ser atribuídos a órgãos distintos.³⁹

Entendemos que a positivação da governança como elemento intrínseco à atividade estatal no planejamento e execução das contratações públicas, com a atuação baseada em avaliação de riscos, tem o potencial, caso devidamente implementada, de inibir e evitar condutas irregulares tanto por parte dos agentes públicos envolvidos no processo como pelas empresas privadas licitantes e contratadas.

Isso porque, “se a administração não se autoavalia, não gere riscos internos e externos, não é transparente, enfim, se não mitiga pontos frágeis e promove aspectos positivos, certamente grassarão em seu âmbito múltiplos desvios e a integridade fenececerá”. Portanto, “o papel da governança, nesse contexto, é justamente o de disseminar uma cultura de planejamento e probidade”.⁴⁰

Nesse sentido, o *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO), ao tratar da relevância do gerenciamento de riscos para a prevenção de condutas ilegais ou danosas nas corporações, apontou a eficácia dos controles de natureza preventiva, tendo em vista que ocorrem antes da consumação dos fatos potencialmente irregulares.

Contudo, em que pese o potencial das inovações legislativas para aprimorar a atividade estatal, sabe-se que a sua efetiva implantação depende, sobretudo, da atuação dos agentes públicos que precisam ser treinados e capacitados⁴¹ para atuarem identificando riscos e vulnerabilidades e monitorando continuamente os procedimentos, de forma a melhorá-los, aliada à criação de uma cultura organizacional que priorize a integridade e a transparência.

Ademais, “o combate efetivo à corrupção, além de uma governança responsável, exige enérgica mobilização na política e na sociedade civil, para que se controlem os detentores do poder”.⁴² No caso brasileiro, em que a corrupção se tornou sistêmica, as medidas convencionais para combatê-la não são suficientes. Portanto, é necessário buscar maior conscientização da sociedade civil, incentivando a participação ativa por meio do controle social e, ainda, o fortalecimento e independência política das instituições responsáveis pelo controle.

4 Considerações finais

A temática do combate à corrupção envolve diversas nuances e encontra obstáculos de toda sorte, motivo pelo qual não há um caminho simples e único para

³⁹ MOURÃO, Licurgo; MEGALI NETO, Almir; SHERMAM, Ariane; RESENDE, Mariana Bueno; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. *Controle Democrático da Administração Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 176.

⁴⁰ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

⁴¹ Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 reforça o papel pedagógico das cortes de contas, que, por meio de suas escolas de contas, deverão promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos que desempenham funções essenciais à execução da lei (art. 173).

⁴² MATIAS-PEREIRA, José. Reforma do Estado e controle da corrupção no Brasil. *Caderno de Pesquisas em Administração*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 1-17, 2005.

evitar a ocorrência de irregularidades e alcançar o aprimoramento da atuação estatal na prestação de serviços à sociedade.

A Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021, ao dar relevo à governança e à gestão de riscos nas contratações públicas, busca direcionar o gestor público a considerar o processo de contratação de forma integrada, robustecendo as análises e estudos na fase inicial de concepção da futura contratação, que deverá considerar possíveis intercorrências nas diferentes etapas do processo, além da avaliação permanente das vulnerabilidades envolvidas e da busca incessante para mitigá-las.

Embora os processos de fiscalização que detectam a ocorrência de corrupção e danos ao erário após a realização da licitação e celebração do contrato sejam relevantes no combate à corrupção no Brasil, entendemos que a atuação que previna as oportunidades de corrupção atende de forma mais eficiente ao interesse público, tendo em vista que “o melhor controle sempre será o de prevenir a ocorrência do ilícito, ou seja, impedir que o foco de corrupção ocorra”.⁴³

Assim, ao se identificar exigências que restrinjam a competitividade, direcionem a contratação, que acarretam superestimava de quantitativos ou, ainda, quando são verificadas falhas na fiscalização da execução do contrato, com a adoção das medidas cabíveis, há redução do espaço para ocorrência de corrupção nas contratações públicas.

Em que pese o potencial benéfico das medidas positivadas na nova lei, sabe-se que a alteração legislativa, por si só, não é capaz de transformar a realidade. Portanto, a efetividade do combate à corrupção por meio da implantação da governança e gestão de riscos nas contratações públicas depende de inúmeros fatores, a exemplo da capacitação dos servidores públicos, da criação de uma cultura organizacional de ética e integridade, do incentivo ao controle social e do fortalecimento dos controles institucionais.

Referências

ACFE. *Occupational Fraud 2022: a Report to the nations*. Disponível em: <https://acfepublic.s3.us-west-2.amazonaws.com/2022+Report+to+the+Nations.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.273/2015*. Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Sessão de 27.5.2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Gestão de Riscos do TCU*. 2. ed. Brasília, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/planejamento-governanca-e-gestao/gestao-de-riscos/manual-de-gestao-de-riscos/>. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU*. Edição 3 – Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado – SecexAdministração, 2020.

CAMARÃO, Tatiana. Art. 11. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* – Vol. 2. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

⁴³ FURTADO, Lucas Rocha. *As Raízes da Corrupção No Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 417.

CHARTERED INSTITUTE OF PUBLIC FINANCE AND ACCOUNTANCY (CIPFA). *The Good Governance Standard for Public Services*. Disponível em: <https://www.cipfa.org/policy-and-guidance/reports/good-governance-standard-for-public-services>. Acesso em: 20 fev. 2024.

FÉRES, Marcelo Andrade; LIMA, Henrique Cunha Souza. *Compliance anticorrupção: formas e funções na legislação internacional, na estratégia e na Lei nº 12.846/2013*. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário. *Programas de Integridade na Nova Lei de Licitações e Contratos*. 2023. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2023/04/06/programas-de-integridade-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 25 fev. 2024.

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, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. *Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira*. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

FRÓES, Felipe Couto; PÁDUA, Alexandre Carrieri de; LEAL, Camila Araújo; WANDERLEY, Maria Teresa Leão. *História e cultura da corrupção dos agentes públicos no Brasil: uma leitura transversal das obras de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Darcy Ribeiro*. *Administração Pública e Gestão Social*, Universidade Federal de Viçosa, vol. 15, n. 1, 2023. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=351574088002>. Acesso em: 21 fev. 2024.

FURTADO, Lucas Rocha. *As Raízes da Corrupção No Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

INTOSAI. *Diretrizes para as Normas de Controle Interno do Setor Público*. Disponível em: https://www.tce.ba.gov.br/images/intosai_diretrizes_p_controle_interno.pdf. Acesso em: 19 fev. 2023.

MATIAS-PEREIRA, José. *Reforma do Estado e controle da corrupção no Brasil*. *Caderno de Pesquisas em Administração*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 1-17, 2005.

MENDES, José Manuel. *Ulrich Beck: a imanência do social e a sociedade do risco*. Disponível em: https://scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000325732015000100012&lng=pt&nrm=iso?script=sci_arttext&pid=S0003-25732015000100012&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 20 fev. 2024.

MOURÃO, Licurgo. *Compliance estatal: avaliação de riscos no setor público*. In: *Desafios de Compliance no Setor Público*. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. 31.10.2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=IsC8uPI__FM&t=4364s. Acesso em: 21 fev. 2024.

MOURÃO, Licurgo; MEGALINETO, Almir; SHERMAM, Ariane; RESENDE, Mariana Bueno; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. *Controle Democrático da Administração Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MOURÃO, Licurgo; SHERMAM, Ariane; SERRA, Rita Chió. *Tribunal de Contas Democrático*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OCDE. *Combate a cartéis em licitações no Brasil: uma revisão das compras públicas federais*. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Combate-a-Carteis-em-Licitacoes-no-Brasil-uma-Revisao-das-Compras-Publicas-Federais-2021.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2023.

OECD. *Preventing Corruption in Public Procurement*. 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2024.

RAINHO, Renata Vaz Marques Costa. *Compliance como instrumento de integridade e combate à corrupção nas contratações públicas: uma análise do tema à luz da Lei nº 14.133/2021*. *Revista CGU*, vol. 15, n. 27, jan./jun. 2023. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/575/377. Acesso em: 26 fev. 2024.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; SANTOS, Marcelo Pereira dos. *Governança e compliance na administração direta: ampliando as fronteiras do controle democrático*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 161-177, jan./mar. 2019.

UNODC. *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances*. Viena, 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf. Acesso em: 21 fev. 2024.

Transparência Internacional. Índice de Percepção da Corrupção 2023. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2023>. Acesso em: 24 fev. 2024.

WORLD ECONOMIC FORUM. *Exploring Blockchain Technology for Government Transparency: Blockchain-Based Public Procurement to Reduce Corruption*. 2020. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Blockchain_Government_Transparency_Report.pdf. Acesso em: 21 fev. 2024.

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

MOURÃO, Licurgo; RESENDE, Mariana Bueno. A gestão de riscos como mecanismo de combate à corrupção nas contratações públicas. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 287-302. ISBN 978-65-5518-820-2.

GOVERNANÇA REGULATÓRIA E SUSTENTABILIDADE: DESAFIOS DA INFRAESTRUTURA ENERGÉTICA BRASILEIRA

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO

1 Introdução

Honrado pela oportunidade de participar do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), entre os dias 26 e 28 de setembro de 2023, escrevo este ensaio crítico sobre governança regulatória e sustentabilidade como desafios da infraestrutura energética brasileira. O ensaio é congruente com o Evento, que teve como tema central os “Desafios da Administração Pública no mundo digital: profissionalização, contratação e probidade”.

2 Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico – OCDE

A OCDE – Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico é um foro de 38 membros (entre os quais Estados Unidos, Alemanha, França, Reino Unido, Austrália, Japão, Turquia, Chile, Canadá e México) reconhecido por negociar e divulgar boas práticas regulatórias em políticas públicas. O quadro regulatório da OCDE é composto por um conjunto de documentos essenciais que são aprovados pelos seus membros, devendo ser incorporados e seguidos por todos os futuros membros da Organização.

Em 2017, o Brasil formulou pedido formal para aceder à OCDE; e, desde então, vem realizando esforços para compatibilizar sua legislação doméstica com o chamado “*acquis regulatoire*” da OCDE. O Brasil cumpre a tarefa de analisar os documentos essenciais da OCDE, para então decidir a quais regras pode aderir ou a quais deve solicitar prazos maiores para se adaptar.

Em janeiro de 2022, o conselho de ministros da OCDE, com sede em Paris, aprovou uma carta-convite que abriu caminho para o início das negociações sobre a adesão do Brasil à entidade. Na época, o Brasil já tinha cumprido com 103 dos 251 requisitos para entrar na Organização e pediu o reconhecimento do cumprimento de outros 50.

Em maio de 2022, O Brasil recebeu um convite da OCDE para aderir a dois Códigos de Liberalização – um referente a padrões para o fluxo financeiro internacional; e, outro, à prestação de serviços transfronteiriços. Um dos documentos, o Código de Liberalização de Movimentos de Capital da OCDE, se refere a padrões para atos normativos sobre fluxo financeiro internacional, incluindo pagamentos, transferências, empréstimos, investimentos e compra e venda de moeda estrangeira.

No dia 10 de junho de 2022, a OCDE concedeu aval para que o Brasil e outros países ingressassem no grupo. Durante a reunião, realizada em Paris, a entidade aprovou os “roteiros de acesso” do Brasil e de mais quatro países: Peru, Bulgária, Croácia e Romênia. Com a aprovação deste ‘roteiro de acesso’, caberá ao Brasil a redação de ‘memorando inicial’ com informações sobre a convergência do país aos instrumentos normativos da organização.

No dia 29 de junho de 2022, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Decreto Legislativo nº 253/21, que valida os termos de acordo para a instalação de um escritório da OCDE no Brasil. O acordo foi assinado em Paris, em 8 de junho de 2017; e, para começar a valer, precisa ser aprovado pelo Congresso Nacional, razão pela qual, até o fechamento desta pesquisa, ainda precisaria seguir para aprovação do Senado Federal. Em outras palavras, o governo precisa discutir, ainda, a adesão aos instrumentos legais com o Congresso Nacional, com instituições empresariais, como a Confederação Nacional da Indústria (CNI) e com a sociedade.

Isso tudo porque o texto do referido acordo estabelece, entre outros pontos, que a OCDE terá personalidade jurídica própria e que seu escritório gozará de privilégios e imunidades idênticos àqueles garantidos às agências especializadas das Nações Unidas, os quais serão aplicáveis à propriedade da Instituição, seus bens, agentes e especialistas em missão no Brasil.

Além disso, deverão ser concedidos privilégios fiscais ao escritório da OCDE no Brasil, como isenção de imposto sobre a compra de veículos importados para o escritório da organização; de taxas de licença de rádio e televisão; e de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre o consumo local de bens e serviços por parte do escritório da OCDE, cobrado sobre energia elétrica, telecomunicações e gás.

Nas palavras do chanceler Carlos França, o Brasil leva vantagem porque, dos 257 instrumentos normativos da OCDE, o país aderiu a 112. Para entrar no grupo, que reúne as economias mais industrializadas do planeta, e tem se expandido nos últimos anos, é exigida a adesão a pelo menos 229 instrumentos legais.¹

¹ OLIVEIRA, Pedro Ivo de. *Entrada na OCDE ajudará a destravar acordo Mercosul-EU*, 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-06/entrada-na-ocde-ajudara-destravar-acordo-mercosul-ue-diz-chanceler>. Acesso em: 2 jul. 2022.

3 Governança regulatória e sustentabilidade para a política brasileira na OCDE

Dentre os temas que foram identificados por sua importância e pelo impacto regulatório que acarretam para o regulador e para o setor produtivo, tem-se o do desenvolvimento sustentável: meio ambiente, economia circular e investimento verde, percebido como desafiador para as práticas de governança regulatória do Brasil.

O *desenvolvimento*, nominado *sustentável*, apesar de querer indicar acomodação de significados – agregando as vertentes do *desenvolvimento econômico*, do social e da questão ambiental –, apenas ressaltava o antagonismo e uma lógica conflituosa que impossibilitava o seu manejo, por sempre exigir que se privilegiasse uma das três vertentes em detrimento das demais. Afasta-se, assim, tanto a lógica harmônica, de pronto fornecida, quanto a conflitual, impeditiva do processo de tomada de decisões, para se reconhecer que *desenvolvimento econômico*, *desenvolvimento social* e *desenvolvimento sustentável* estão em tensão.²

A marginalização da questão ambiental – desconhecendo-a como essência da organização humana, política e econômica dos processos globais de produção e ausentando-a da pauta das matérias internacionais mais urgentes – não será imperceptível à natureza e às sociedades. A questão ambiental é social e é econômica. Não se construirá uma sociedade desenvolvida sem que os recursos naturais sejam devidamente conservados.³

A realização do desenvolvimento sustentável assenta-se sobre dois pilares, um relativo à composição de valores materiais e outro voltado à coordenação de valores de ordem moral e ética: uma justa distribuição de riquezas nos países e entre países e uma interação dos valores sociais, onde se relacionam interesses particulares de lucro e interesses de bem-estar coletivo.⁴

O desenvolvimento sustentável implica, então, o ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que deve ser ajustado numa correlação de valores em que o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico, resultando em mudanças no estado da técnica e na organização social.⁵ Para tanto, tem-se que o desenvolvimento, qualificado como sustentável, tem preocupação não apenas com a proteção do meio ambiente, mas, também, com a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais adequados à realidade que transpassa as necessidades atuais. Em outras palavras, procura assegurar que direitos do presente sejam obtidos no futuro, o que significa a manutenção e até o melhoramento de condições atuais, por meio da disponibilidade de recursos naturais renováveis.

² COSTA, Igor Sporch da; VALADÃO, Julia Barros. Matriz energética elétrica brasileira: considerações sobre as fontes que a compõem em uma noção ampla de sustentabilidade. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 633, 2015.

³ DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Internacional e globalização. In: RAMINA, Larissa Liz Odreski; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (org.). *Direito Internacional multifacetado: direitos humanos, meio ambiente e segurança*. v. II. Curitiba: Juruá, 2014. p. 13-33.

⁴ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111.

⁵ RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 298.

A *sustentabilidade* é apresentada como um objetivo que deve ser alcançado em três áreas – social, ambiental e econômica – e que são apresentadas como dimensões. Na análise dessas dimensões, normalmente, não é considerado o fator tecnológico, que, no entanto, é fundamental, tanto para alcançar o sucesso em cada uma das áreas como para garantir a própria viabilidade da *sustentabilidade*. Não se pode descrever a sociedade atual sem levar em conta a influência que a tecnologia exerce sobre a sua estrutura e sobre as relações que nela se estabelecem. De fato, ao longo da história, foi a tecnologia que determinou os modelos sociais imperantes em cada momento. A tecnologia não frustrará o objetivo de se construir uma sociedade que não entre em colapso.⁶

A *sustentabilidade* normalmente vem alinhada à noção de conservação de capital natural para futuras gerações,⁷ o que a identifica à ideia de um futuro conciliável nas relações entre sociedade e natureza. Essa vaga noção permite leituras diversas de significados: o que significa um futuro viável para as próximas gerações e quais são as ações necessárias para alcançar essa meta?⁸

Do ponto de vista de governança regulatória, procura-se demonstrar a saga pela elaboração de um marco jurídico para governar as relações não apenas de investimento estrangeiro envolvendo o Brasil, mas também de proteção ao meio ambiente e de economia circular – conceito que associa desenvolvimento econômico a um melhor uso de recursos naturais, por meio de novos modelos de negócios e da otimização nos processos de fabricação com menor dependência de matéria-prima virgem, priorizando insumos mais duráveis, recicláveis e renováveis.

A variável que representa o investimento agregado deve ser interpretada como um indicativo da disposição de agentes privados em investir no setor de energia. Isso porque, neste ambiente, tem-se o *investimento verde*, categoria de investimento que refere-se tanto a projetos de renovação da infraestrutura existente (*brownfield investments*) quanto a investimentos na ampliação da infraestrutura (*greenfield investments*). O investimento pode ser entendido como o comprometimento de uma determinada quantidade de capital por determinado período, a fim de que se obtenha algum retorno. Já o conceito de *investimentos verdes* é mais amplo e, assim, além da obtenção de retorno financeiro, considera fatores de degradação ambiental. A preocupação adicional com o meio ambiente trazida pelos *investimentos verdes* em infraestrutura é muitas vezes considerada como um custo adicional e, de certo modo, desnecessário, sendo avaliado como melhor opção ampliar a infraestrutura convencional do que a construir de maneira mais adequada às necessidades ambientais.^{9 10}

A integração de projetos de infraestrutura ao longo de sua vida útil, que inclua também seus custos externos, visando à máxima eficiência em termos de localização e de redução dos comprometimentos futuros (efeitos *lock-in*), pode resultar em medidas

⁶ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. *Sequência*, Florianópolis, n. 71, p. 264, dez. 2015.

⁷ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2012. p. 12.

⁸ POLI, Luciana; HAZAN, Bruno Ferraz. Sustentabilidade: em busca de significados. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 386, jul./dez. 2013.

⁹ MOTTA, Ronaldo Serôa da; OUVENEY, Isaque Regis. Infraestrutura e sustentabilidade ambiental no Brasil. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 768, 2015.

¹⁰ TIRYAKI, Gisele Ferreira. A independência das agências reguladoras e o investimento privado no setor de energia de países em desenvolvimento. *Economia Aplicada*, Ribeirão Preto, v. 16, n. 4, p. 687, dez. 2012.

que influenciem não só a oferta de infraestrutura (desenho, tecnologia e localização), como também deslocadores de demanda pelos serviços de infraestrutura (tarifação com preços relativos mais próximos ao custo social e padrões de uso eficiente).¹¹

Apenas a título exemplificativo, o Brasil tem um grande potencial de promoção da sustentabilidade. Geograficamente, próximo à metade do território e fronteira com quase todos os países da região (exceto Chile e Equador), o Brasil pode promover a interligação de redes de transmissão e de gasodutos entre países, integrando inclusive as redes do Norte e do Sul. Ao integrar energeticamente a região, os países poderão aproveitar as complementaridades entre os diferentes regimes sazonais e as diferentes matrizes energéticas, resolvendo seus problemas de abastecimento.¹²

Para garantir a eficiência alocativa dos projetos de infraestrutura, há que se ir além do processo de licenciamento ambiental e considerar os impactos desses investimentos além do escopo do projeto em si. Entretanto, essa mudança exigirá também uma contrapartida nas estratégias corporativas dos empreendedores e dos mecanismos de financiamento.¹³ Isso tudo porque a economia ambiental postula várias possibilidades, a saber: exigência de licenciamentos ambientais para as atividades potencialmente causadoras de danos e de alternativas, aplicação de multas aos que não obedecem às leis ambientais, fixação de limites de tolerabilidade e instituição de preços aos recursos naturais explorados para regular seus sistemas de produção, evitando gastos e encarecendo o seu produto.¹⁴

Em países em desenvolvimento como o Brasil, o emprego eficiente dos recursos existentes deve ser uma prioridade nacional tanto no setor de energia quanto de minérios. Para enfrentar seus problemas, a sociedade brasileira necessita de instrumentos jurídicos eficientes que estimulem as atividades produtivas, bem como a resolução de conflitos de forma pacífica.¹⁵ Uma aplicação simples com consequências de longo alcance: economistas e teóricos de decisão sabem que a tentativa de alcançar vários objetivos com o mesmo instrumento político está destinada a produzir resultados abaixo do ideal – aponta não para a fronteira da eficiência.¹⁶

O custo/benefício é uma relação monetária entre os custos e os benefícios de uma política. Se os benefícios excederem o custo, a política é aceitável. Para estabelecer uma relação de comparação, calcula-se o valor do custo-benefício de uma realidade com e sem política. Como os custos são efetuados antes e os benefícios aparecem depois, devem-se atualizar os valores pelo cálculo do valor atual líquido dos benefícios sobre o valor atual

¹¹ MOTTA, Ronaldo Serôa da; OUVÉNEY, Isaque Regis. Infraestrutura e sustentabilidade ambiental no Brasil. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 769, 2015.

¹² DESIDERÁ NETO, Walter Antonio; MARIANO, Marcelo Passini; PADULA, Raphael; HALLACK, Michelle Carvalho Metanias; BARROS, Pedro Silva. Relações do Brasil com a América do Sul após a guerra fria: política externa, integração, segurança e energia. *Texto para Discussão*, Rio de Janeiro, IPEA, v. 2023, 76, jan. 2015.

¹³ MOTTA, Ronaldo Serôa da; OUVÉNEY, Isaque Regis. Infraestrutura e sustentabilidade ambiental no Brasil. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 774, 2015.

¹⁴ SARTORI, Liane Pioner; GEWEHR, Lilian. O crescimento econômico e as consequências das externalidades ambientais negativas decorrentes do processo produtivo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 439-458, jul./dez. 2011.

¹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 2, p. 42, mar. 2008.

¹⁶ MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado regulador. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 11-43, jan./abr. 2013.

líquido dos custos. O uso de custo/benefício é mais adequado aos projetos econômicos, pois seus benefícios são mais facilmente qualificáveis. O custo/efetividade, por sua vez, não requer uma relação monetária, sendo por isso mais utilizado em projetos sociais. Ele pode ser assim definido: dado um montante limitado de recursos, estes devem ser aplicados de forma tal que permitam um maior número de unidades de benefícios, qualquer que seja o valor da unidade de resultado.¹⁷

Explica-se: o fornecimento de energia é dependente de forte investimento de capital. Para algumas fontes de energia, tal como o gás natural, a diversificação depende da demanda em larga escala para que o investimento se torne economicamente viável. Por esta razão, a diversificação de energia é considerada desequilibrada no Brasil. Isso pode aprofundar alguns problemas relacionados às desigualdades regionais. A relação entre a energia e a economia da localização da atividade deve ser considerada nas políticas de desenvolvimento sustentável.¹⁸

4 Desafios da infraestrutura energética brasileira

O Brasil ocupa o terceiro lugar no *ranking* mundial de produção de energia sustentável, trabalhando na inserção do hidrogênio verde e podendo se tornar um dos futuros grandes produtores desse tipo de energia.

Recentemente, em 28 de junho de 2023, houve um debate no seminário de Energia Sustentável no Brasil em São Paulo, relacionado à produção de energia a partir deste material. Entre outros itens de debate, a título exemplificativo, temos o Nordeste como maior alvo para a produção da energia de hidrogênio verde. Eleva-se o Nordeste como referência, pois, a partir da premissa da geopolítica já trabalhada, estados e regiões possuem crises hídricas frequentemente, sendo vantagem evidente possuir energia de hidrogênio verde. Isso porque o hidrogênio é um dos recursos mais abundantes que possuímos, além de ocorrer, entre outras possibilidades da matriz energética brasileira, a partir da fonte de água, biomassa, biocombustível, biogás.

Dispondo da energia de hidrogênio verde no Brasil, possivelmente não se utilizaria toda a sua produção, o que tornaria o país um dos maiores fornecedores, trazendo reconhecimento no mercado, gerando desenvolvimento no âmbito nacional.

Enquanto essa não é a realidade, nosso país tem como outra referência o Estado de Minas Gerais, que, segundo o Diário do Comércio, possui 14,8% de painéis solares instalados no Brasil (novembro de 2022). A transição para ser o país com maiores fontes sustentáveis de energia exige muito investimento, necessitando de apoio e estrutura do Poder Público, bem como de grande parte dos estados do Nordeste, que possuem energia limpa por meio de painéis solares e energia eólica.

¹⁷ VIANA, Ana Luiza d'Ávila. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *RAP – Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 34, mar./abr. 1996.

¹⁸ *The energy supply is considerably capital-intensive. For some energy sources, such as natural gas for example, the diversification depends on large-scale demand for the investments to become economically feasible. For this reason, the energy diversification is unbalanced in Brazil. This might deepen some regional inequality problems. The relationship between energy and location of economic activity must be considered in the regional development policies.* Tradução livre de: HADDAD, Eduardo Amaral; SANTOS, Gervásio Ferreira dos; HEWINGS, Geoffrey. *Energy Policy and Regional Inequalities in the Brazilian Economy. Energy Economics*, v. 36, p. 254, 2012.

Dentro desse novo marco regulatório, o regime de investimento verde se revela um valioso campo de estudos para temas recorrentes não só de desenvolvimento de infraestrutura, em especial, o de energia, mas também de proteção socioambiental. Nesse sentido, pergunta-se: em comparação com a legislação nacional, como compatibilizar as práticas de governança regulatória do Brasil com as recomendações da OCDE?

Os investimentos externos a serem realizados configuram um dos principais pilares do planejamento de uma modelagem de infraestrutura e proteção socioambiental. Não há infraestrutura adequada sem investimentos externos, sendo fundamental que a estimativa dos valores a serem aportados seja precisa, de maneira a conferir segurança para o projeto a ser desenvolvido. Sem uma base confiável, não há como se estabelecer critérios econômicos adequados para uma modelagem setorial, colocando em risco não apenas o projeto, mas, especialmente, a atratividade de suas margens.¹⁹

Sabe-se que investimentos verdes possuem longo prazo de maturação e são direcionados para ativos com utilização especial, o que eleva o risco de perda futura no poder de barganha em negociações com o governo. Essa particularidade é relevante, tendo em vista que a presença de economias de escala e escopo implica a necessidade de uma maior atuação regulatória do governo. Neste contexto, a estabilidade e confiança no arcabouço político, econômico, regulatório e socioambiental reduzem a percepção de risco por parte dos interessados nos investimentos externos, podendo estimular uma maior participação não só do setor público, mas também do setor privados em diversos projetos de fomento ao desenvolvimento sustentável.²⁰

Nesse sentido, o artigo considera como contribuições do Direito Socioambiental para a política brasileira na OCDE:

- i. Processar, sob a perspectiva do Direito Econômico e das Relações Internacionais, o levantamento das posições da OCDE sobre a preservação do meio ambiente, economia circular e investimento verde, efetuando, conseqüentemente, recomendações para o Brasil ao adaptar suas práticas regulatórias às recomendações da OCDE.
- ii. Identificar como o desenvolvimento sustentável afeta as práticas de governança regulatória do Brasil;
- iii. Analisar o impacto regulatório que meio ambiente, economia circular e investimento verde acarretam para o regulador e para o setor produtivo;
- iv. Analisar essas posições em comparação com a legislação nacional e com as práticas atuais do governo brasileiro;
- v. Efetuar recomendações para o Brasil ao adaptar suas práticas regulatórias às recomendações da OCDE.

Segundo o IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, fundação pública federal vinculada ao Ministério do Planejamento e Orçamento, o Brasil está na maior parte dos casos em situação próxima ou superior à média dos países-membros da OCDE.

¹⁹ DAL POZZO, Augusto Neves; PARLATORE, Antonio Carlos. Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 197, jan./jun. 2014.

²⁰ TIRYAKI, Gisele Ferreira. A independência das agências reguladoras e o investimento privado no setor de energia de países em desenvolvimento. *Economia Aplicada*, Ribeirão Preto, v. 16, n. 4, p. 702, dez. 2012.

Cumpriu praticamente todos os requisitos necessários à acessão na área de governança pública. Os custos adicionais para o Brasil ingressar na OCDE são provavelmente baixos na área de governança pública.

Ao longo das duas últimas décadas, autoridades e a burocracia usaram como referência as políticas de países-membros da OCDE, as recomendações da OCDE ou recomendações semelhantes feitas por outras organizações. Recomenda-se atenção para os hiatos entre, de um lado, políticas e arranjos institucionais formais e, de outro, a implementação de políticas. A adoção da revisão de gastos, orçamentação por gênero e orçamentação verde, difusão da governança regulatória para além das agências reguladoras, avaliações *ex-post* na área regulatória, regulamentação do *lobby* e ênfase na integridade pública são algumas das áreas que precisam avançar com mais rapidez.²¹

5 Considerações finais

Sob a perspectiva da governança energética e da responsabilidade socioambiental, se faz importante a compreensão de métodos para a construção de políticas públicas que pressupõem o uso correto de ferramentas de gestão e de governança pública, devidamente acompanhadas pela crítica necessidade de se efetuar escolhas. Integrar as redes de governança da Administração Pública às práticas de gestão também voltadas para resultados pragmáticos significa não apenas construir estratégias regulatórias bem consolidadas, mas também indicadores de desempenho socioambientais satisfatórios, todos baseados em processos de transparência na relação entre público e privado.

É nesse ambiente, a partir das teorias das escolhas públicas, que se alocam os limites e as possibilidades de estratégias regulatórias para a tomada de decisões no setor público e suas respectivas avaliações. A presente proposta de estudo tem por objetivo contribuir academicamente para as pautas da geopolítica que envolvem o ingresso do Brasil na OCDE.

A importância adquirida em relação à necessidade de se conhecer o espaço das políticas públicas desvela uma série de questionamentos que precisam ser enfrentados para melhor capacitação do agente público em todas as esferas, que não apenas aquela interna à Administração Pública. É necessário saber, portanto, não apenas quais os ‘melhores critérios’ – jurídicos e políticos – que devem ser sopesados para a escolha de políticas públicas, como também saber tomar as decisões mais adequadas e que possam ter a melhor eficácia na gestão e concretização daquelas para a sociedade em que vivemos.

É diante deste contexto que se insere a responsabilidade socioambiental, que vai para além do simples somatório entre ‘social’ mais ‘ambiental’. Aqui, se procura verificar, dentro de critérios pautados por uma emergência de debate sobre o papel do gestor público frente aos anseios de proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Apenas a título exemplificativo, é muito comum o uso do “discurso verde” não só por empresas privadas reconhecidamente poluidoras do meio ambiente, mas também por empresas públicas. Geralmente, elas tentam passar uma imagem de instituições socioambientalmente comprometidas com a sociedade, mas qual

²¹ IPEA. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/noticias/PDF/231101_analise_indicadores_ocde_governanca_publica.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

é a diferença entre este discurso rasteiro e o real sentido da palavra “sustentabilidade” para o Direito Ambiental? É diante desta conjuntura jurídica entre governança, escolhas públicas e responsabilidade socioambiental que a presente pesquisa se encontra em fase inicial de desenvolvimento.

Apesar do consenso em torno do papel crucial dos indicadores socioambientais para respaldar a formulação de políticas públicas, é praticamente impossível vislumbrar alguma forma de mensurar o desenvolvimento típico do século XXI que leve em consideração o aspecto econômico dos setores energético. Diante deste contexto, pesquisar sobre os instrumentos de avaliação dos investimentos verdes em diversos países se apresenta como alternativa de regulação econômica para estas relações socioambientais, como contribuição para o desenvolvimento sustentável.

Referências

ANJOS, Sérgio Saraiva Nazareno dos; NASCIMENTO NETO, José Osório do. Avaliação do impacto de política de subvenção econômica na cadeia produtiva de biodiesel de babaçu. *RAMA – Revista em Agronegócio e Meio Ambiente*, v. 14, p. 1-16, 2021.

CAVALCANTI, Clovis. *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1999.

COSTA, Igor Sporch da; VALADÃO, Julia Barros. Matriz energética elétrica brasileira: considerações sobre as fontes que a compõem em uma noção ampla de sustentabilidade. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 633, 2015.

DAL POZZO, Augusto Neves; PARLATORE, Antonio Carlos. Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 197, jan./jun. 2014.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Internacional e globalização. In: RAMINA, Larissa Liz Odreski; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (org.). *Direito Internacional multifacetado: direitos humanos, meio ambiente e segurança*. v. II. Curitiba: Juruá, 2014. p. 13-33.

DESIDERÁ NETO, Walter Antonio; MARIANO, Marcelo Passini; PADULA, Raphael; HALLACK, Michelle Carvalho Metanias; BARROS, Pedro Silva. Relações do Brasil com a América do Sul após a guerra fria: política externa, integração, segurança e energia. *Texto para Discussão*, Rio de Janeiro, IPEA, v. 2023, 76, jan. 2015.

DUROUSSEAU, Michel. Quelle stratégie pour la diversité biologique et la protection foncière des espaces naturels et ruraux de la planète? In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (org.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2012. p. 239-258.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. *Sequência*, Florianópolis, n. 71, p. 264, dez. 2015.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2012.

FREITAS, Maria Cristina Penido de; PRATES, Daniela Magalhães. Investimentos estrangeiros nos sistemas financeiros latino-americanos: os casos da Argentina, do Brasil e do México. *Rev. econ. contemp.*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 189-218, Aug. 2008.

HADDAD, Eduardo Amaral; SANTOS, Gervásio Ferreira dos; HEWINGS, Geoffrey. Energy Policy and Regional Inequalities in the Brazilian Economy. *Energy Economics*, v. 36, p. 254, 2012.

IPEA. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/noticias/PDF/231101_analise_indicadores_ocde_governanca_publica.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado regulador. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 11-43, jan./abr. 2013.

MOROSINI, Fabio; JÚNIOR, Ely Caetano Xavier. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 442.

MOTTA, Ronaldo Serôa da; OUVERNEY, Isaque Regis. Infraestrutura e sustentabilidade ambiental no brasil. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 768, 2015.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Políticas públicas e educação jurídica como mecanismos de resolução de conflitos socioambientais no Estado Constitucional. In: DOTTA, Alexandre Godoy (org.). *Direito, educação e democracia*. Curitiba: GRD, 2021, v. 1, p. 9-32.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Atração de investimentos externos e infraestrutura energética: uma contribuição do Direito Econômico para o Brasil na OCDE. 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. 187-198.

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. Notas metodológicas para avaliação de políticas públicas nos investimentos de infraestrutura energética: um estudo a partir da análise econômica do direito regulatório. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (org.). *Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do Direito*. Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014, v. 1, p. 629-646.

NASCIMENTO NETO, José Osório do; BLANCHET, Luiz Alberto. Barragens: entre atividade econômica de energia e questões socioambientais. In: FREITAS, Vladimir Passos de; MILKIEWICZ, Larissa (org.). *Fontes de energia e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 57-80.

NASCIMENTO NETO, José Osório do; GABARDO, Emerson. A incorporação da sustentabilidade no setor energético como desafio democrático das instituições para o desenvolvimento típico do século XXI. *RADEHM – Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, Buenos Aires, año 2, n. 8, p. 17, feb./abr. 2016.

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.

NASCIMENTO NETO, José Osório do; SAIKALI, Lucas Bossoni. Coleção Soluções de Direito Administrativo: Leis Comentadas. Série II: Regulação Econômica. *Agência Nacional de Energia Elétrica: ANEEL: Lei n. 9.427*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 185, jul./dez. 2014.

OLIVEIRA, Pedro Ivo de. *Entrada na OCDE ajudará a destruir acordo Mercosul-EU*, 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-06/entrada-na-ocde-ajudara-destruir-acordo-mercosul-ue-diz-chanceler>. Acesso em: 02 jul.2022.

POLI, Luciana; HAZAN, Bruno Ferraz. Sustentabilidade: em busca de significados. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 386, jul./dez. 2013.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 2, p. 42, mar. 2008.

SANCHEZ-BADIN, Michelle Rattton; MORAIS, Ana Maria. *Mapeamento de 15 instrumentos de avaliação dos investimentos externos*. Relatório preliminar. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2021.

SARTORI, Liane Pioner; GEWEHR, Lilian. O crescimento econômico e as consequências das externalidades ambientais negativas decorrentes do processo produtivo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 439-458, jul./dez. 2011.

SCHUTTE, Giorgio Romano. Energia e desenvolvimento sustentável no Brasil em comparação internacional. *RSP – Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 66, p. 227-255, 2015.

TIRYAKI, Gisele Ferreira. A independência das agências reguladoras e o investimento privado no setor de energia de países em desenvolvimento. *Economia Aplicada*, Ribeirão Preto, v. 16, n. 4, p. 702, dez. 2012.

THORSTENSEN, Vera Helena; MESQUITA, Alebe Linhares; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha (org.). *Regulamentação Internacional do Investimento Estrangeiro: desafios e perspectivas para o Brasil*. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2018.

VEIGA, José Eli da. O âmagô da sustentabilidade. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 28, n. 82, p. 11, dez. 2014.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *RAP – Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 34, mar./abr. 1996.

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

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Governança regulatória e sustentabilidade: desafios da infraestrutura energética brasileira. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 303-313. ISBN 978-65-5518-820-2.

INDISPONIBILIDADE DE BENS E SEU REGIME JURÍDICO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

RODRIGO SANTOS NEVES

1 Introdução

A lei de improbidade administrativa prevê medidas urgentes que podem ser tomadas para possibilitar a instrução processual, para evitar a reiteração da prática de novos atos ímprobos e para possibilitar a responsabilização patrimonial do agente público ímprobo.

Para tanto, o art. 20, §1º, da Lei nº 8.429/1992 possibilita o afastamento do agente público do cargo, emprego ou função, sem prejuízo de sua remuneração por até 90 dias, podendo tal medida ser prorrogada uma única vez, por decisão devidamente motivada, tanto para possibilitar a instrução processual ou para evitar a prática de novos atos de improbidade.

Outra medida possível é a decretação da indisponibilidade de bens sobre o patrimônio do agente público ou de terceiro supostamente beneficiado, a fim de garantir que ocorrerá a responsabilização patrimonial desses indivíduos, pelo cumprimento da decisão principal na ação de improbidade administrativa.

O presente capítulo tem por objeto a indisponibilidade de bens prevista na lei de improbidade administrativa, em especial a partir das alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021. Por meio do método dedutivo, foi feito um levantamento bibliográfico e jurisprudencial sobre a temática, de modo a verificar quais serão os impactos das novas disposições normativas sobre o tema em questão.

Espera-se que o presente trabalho possa contribuir com o debate e o aperfeiçoamento do estudo sobre o tema da indisponibilidade dos bens.

2 Direito, processo e tempo

A relação entre direito material e direito processual é íntima e indissociável. E não poderia ser diferente. Enquanto o direito material cuida das situações da vida, com o estabelecimento de regras de conduta, de modo a possibilitar a solução dos conflitos de

interesse por meio da criação de uma situação de vantagem a alguém, o direito processual visa trazer ferramentas capazes de movimentar a máquina estatal, para impor aquela situação de vantagem a quem a ela não se submeteu espontaneamente.

Diante da proibição de autotutela, os indivíduos buscam no Poder Judiciário as ferramentas capazes de solucionar os conflitos surgidos na sociedade, diante da não aderência espontânea às regras de direito material.

A tutela jurisdicional tem o único objetivo de viabilizar a efetividade do direito material. Em outras palavras, o direito processual cumprirá o seu papel quando o seu resultado for igual ou bem próximo à adesão espontânea do sujeito passivo da relação de direito material, à regra preestabelecida.¹

Mas, para tanto, há que se considerar o fator tempo como fundamental na equação da tutela jurisdicional efetiva. Isso se deve ao fato de que, além do resultado dessa atividade dever ser igual ou semelhante ao regramento de direito material, tal resultado deve ocorrer em tempo hábil, sob pena de se tornar inútil ao titular do direito.

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque “[...] as ações cautelares destinam-se à proteção imediata e provisória de determinada situação ou bem, mediante cognição sumária, a fim de que o tempo necessário ao desenvolvimento do devido processo legal não comprometa a efetividade do instrumento”.²

O princípio que assegura que o tempo do processo não cause prejuízo ao autor com razão determina que se reconheça que a tutela jurisdicional cautelar atípica é um elemento essencial e inalienável da tutela jurisdicional, sempre que for necessário para prevenir os riscos decorrentes do atraso (ou seja, danos decorrentes da duração, ou mesmo devido à duração, do processo de cognição plena) que possam resultar em prejuízos irreparáveis.³

É por isso que o sistema processual deve ser munido de soluções rápidas ao titular do direito que possui urgência, para que a tutela jurídica não seja meramente formal.

3 Conceito e natureza jurídica da indisponibilidade

Para que se evite esse dano marginal, são necessárias medidas processuais rápidas, a fim de que o processo tenha um resultado útil ao titular do direito. Assim, a tutela provisória visa acelerar o resultado do processo ou manter inalterada determinada situação fática, para garantir o desfecho esperado.

Essas tutelas podem ter finalidade satisfativa, quando antecipam o resultado esperado do processo, ou conservativa, quando visam garantir que a tutela jurisdicional tenha um resultado útil ao titular do direito.

Há que se verificar se a indisponibilidade de bens, prevista no art. 16 da Lei nº 8.429/1992, tem natureza satisfativa ou conservativa. Para isso, há que se verificar os efeitos da medida, assim como o pedido principal (tutela satisfativa). Se houver uma

¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: aspectos polêmicos e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 247.

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 519.

³ PISANI, Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Nápoles: Jovene, 2014, p. 598.

identidade entre eles, a medida poderá ser classificada como satisfativa. No entanto, se seus objetos forem diversos e se a sua relação for de causa e efeito, há que se considerar a indisponibilidade como tutela conservativa.

Imagine-se a situação em que determinado agente público pratica um ato doloso que causa dano ao patrimônio público. A referida conduta é considerada um ato de improbidade administrativa, que tem como sanção a necessária recomposição do patrimônio público, mediante indenização a ser paga pelo agente ímprobo. O cumprimento da obrigação de indenizar é o resultado que se espera do processo, sendo este o pedido na tutela cognitiva.

A indisponibilidade de bens, quando verificado o risco real de dilapidação patrimonial, visa evitar o esvaziamento proposital do patrimônio do agente ímprobo, a fim de garantir que o cumprimento de sentença seja frutífero. Ora, se a indisponibilidade de bens visa garantir que a tutela jurisdicional tenha efetividade, com o pagamento da obrigação de indenizar, é evidente que a sua natureza é conservativa, portanto cautelar.

Assim, pode-se dizer que a indisponibilidade de bens é um mecanismo processual de natureza cautelar que visa suspender temporariamente o poder de disposição patrimonial do agente público ímprobo, para se garantir que, caso ocorra a procedência da ação de improbidade administrativa, seja possível alcançar bens do devedor suficientes ao cumprimento da sentença.

4 Limites da indisponibilidade

Há que se verificar os limites para a decretação da indisponibilidade de bens. A referida medida cautelar típica pode recair sobre bens específicos ou sobre vários bens, suficientes para garantir o cumprimento da eventual e futura sentença condenatória.

A medida será processada por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens, para alcançar bens imóveis em nome do agente público ou do terceiro beneficiado com o ato ímprobo. Pelo SISBAJUD, podem ser bloqueados tanto valores em conta corrente como ativos mobiliários, como títulos de renda fixa e ações, assim como pelo RENAJUD, para restrição judicial sobre veículos automotores.

A medida assecuratória poderá, então, recair sobre ativos financeiros, imóveis, móveis, veículos automotores, náuticos, ações e quotas de empresas, pedras e metais preciosos, suficientes para garantir a efetividade da decisão de mérito na ação de improbidade, para o ressarcimento ao erário ou para a perda de bens pelo enriquecimento ilícito.

A indisponibilidade não pode recair sobre bens impenhoráveis, como é o caso do bem de família,⁴ e os bens enumerados no art. 833, CPC, assim como as quantias de até 40 salários-mínimos depositadas em caderneta de poupança, em aplicações financeiras ou em conta-corrente.⁵

Deve ser levado em consideração que a decretação de indisponibilidade não poderá inviabilizar a atividade econômica do agente público ou do terceiro beneficiado, nem a sua subsistência ou de sua família (§11, do art. 16).

⁴ O §14, do art. 16, da Lei nº 8.429/1992 possibilita a indisponibilidade do bem de família somente se comprovado que a sua aquisição foi fruto de enriquecimento ilícito.

⁵ Ver §13, do art. 16, da Lei nº 8.429/1992.

Não poderá ser decretada a indisponibilidade no caso de prática de ato de improbidade que viole princípios da Administração Pública. Embora estes também sejam atos de improbidade, que mereçam o combate, a aplicação da medida não teria relação com a sua utilidade. Se a cautelar de indisponibilidade visa conservar uma situação de fato (patrimônio do réu) para futura responsabilização patrimonial, não faria sentido a medida.

Foi neste sentido que a II Jornada de Direito Administrativo do IBDA, ocorrida no ano de 2023, aprovou o Enunciado nº 24, com o seguinte teor: “A indisponibilidade de bens prevista no art. 16 da Lei nº 8.429/1992 tem cabimento exclusivamente nas hipóteses de enriquecimento ilícito (art. 9º) ou de dano ao erário (art.10), não se estendendo às hipóteses do art. 11”.⁶

Além disso, a cautelar não tem a finalidade de sancionar o réu, no sentido de não ser uma das penalidades aplicáveis aos atos de improbidade, mas a sua justificativa se relaciona com a garantia do juízo na ação de improbidade.

Por isso que o requerimento da medida cautelar não pode ser fundamentado em suposições vazias, mas em elementos concretos, provas da prática de atos de alienação de bens com intenção de dilapidação patrimonial.⁷

O Superior Tribunal de Justiça havia firmado a seguinte tese, em sede de Recursos Repetitivos: “É possível a inclusão do valor de eventual multa civil na medida de indisponibilidade de bens decretada na ação de improbidade administrativa, inclusive naquelas demandas ajuizadas com esteio na alegada prática de conduta prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, tipificador da ofensa aos princípios nucleares administrativos”.⁸

Embora o réu na ação de improbidade administrativa esteja sujeito à sanção de multa civil, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) expressamente afasta do âmbito de aplicação da medida constritiva o valor da multa civil. A mesma restrição se aplica em relação aos bens adquiridos licitamente pelo réu, como acréscimo patrimonial ordinário.⁹

Geralmente, o sujeito passivo na ação de improbidade deve permanecer na posse e administração dos seus bens, mesmo sobre aqueles em que tiver sido decretada a indisponibilidade. A medida cautelar visa privar temporariamente o réu do poder de disposição patrimonial, a fim de que seja garantido o resultado útil do processo.

Exceto nas situações em que facilmente o réu poderia dispor de seus bens, mesmo diante da indisponibilidade decretada, como é o caso dos bens móveis, obras de arte, etc., o que possibilita ao juiz a decretação do sequestro desses bens, previsto no art. 301, CPC.

⁶ Disponível em: <https://enunciados.ibda.com.br/Enunciados-Aprovados.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2024.

⁷ FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na lei de improbidade. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: aspectos polêmicos e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 374.

⁸ STJ, Tema de Recurso Repetitivo nº 1.055, de 03.09.2021, portanto, anterior à promulgação da Lei nº 14.230/2021.

⁹ “Art. 16, [...] §10. A indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem exclusivamente o integral ressarcimento do dano ao erário, sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita”. Lei de Improbidade Administrativa.

5 Aspectos processuais

5.1 Legitimidade ativa

É necessário verificar quem são os legitimados a requerer a medida cautelar de indisponibilidade de bens em casos de improbidade administrativa. Como as medidas cautelares visam garantir a efetividade da tutela jurisdicional satisfativa, a tutela cautelar tem os mesmos legitimados que a tutela satisfativa.

Portanto, pode requer a indisponibilidade de bens do réu o Ministério Público, conforme estabelece o art. 17, §1º, Lei nº 8.429/1992. A pessoa jurídica prejudicada também poderá requerer a indisponibilidade de bens, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADIs nºs 7.042 e 7.043, que reconheceu a legitimidade concorrente da pessoa jurídica prejudicada, tendo em vista que é dela o patrimônio afetado.

5.2 Legitimidade passiva

Podem ser réus na ação de improbidade administrativa e, portanto, eventualmente sofrer a medida constritiva o agente público acusado da prática de ato de improbidade, bem como o terceiro beneficiado. Para afetação do patrimônio de pessoas jurídicas é necessária a desconsideração da personalidade jurídica, na forma da lei processual (art. 16, §7º).

5.3 Competência

A ação de improbidade, assim como medida cautelar antecedente ou incidentalmente, deverá ser ajuizada no juízo cível, no local da prática do dano ou da sede da pessoa jurídica prejudicada (art. 17, §4º-A). O processo será distribuído conforme a organização judiciária de cada tribunal.

5.4 Requisitos para a decretação

Fumus boni iuris. O juiz deverá avaliar os elementos indispensáveis, ainda que em cognição sumária, ao reconhecimento do ato de improbidade administrativa. Não se trata de um juízo de certeza, mas de probabilidade.

Tal afirmação se justifica porque se a descrição fática apresentada na petição inicial não configurar a prática de ato de improbidade do tipo causador de dano ao erário ou em enriquecimento ilícito, bem como não ocorrer a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo (§3º, do art. 16), não poderá ser deferida a medida cautelar.

Periculum in mora. Deve ser evidenciado pelo requerente o perigo concreto de inefetividade da tutela satisfativa, diante da demora do curso do processo judicial. Na hipótese de dano ao erário, por exemplo, deverá ser comprovado pelo requerente que o réu iniciou um processo de dilapidação patrimonial ou que está na sua iminência, o que colocará em risco o ressarcimento ao erário na fase executiva.¹⁰

¹⁰ "AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Indeferimento em primeira instância. Insurgência do Parquet. Não acolhimento. Insuficiência do periculum in

Não há que se falar em presunção de perigo,¹¹ por expressa vedação do §4º do art. 16, ao contrário do que já havia sedimentado o Superior Tribunal de Justiça. O perigo precisa ser real e iminente, sob pena de se transformar a medida cautelar em sanção ao réu, fundamentada em uma suposição vazia.

O Superior Tribunal de Justiça havia firmado tese no Tema Repetitivo nº 701, com o seguinte teor: “É possível a decretação da indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro”. No entanto, diante da redação do §4º do art. 16, com redação dada pela Lei nº 14.230/2021, a referida jurisprudência foi superada.

Periculum in mora inverso. Outro requisito apresentado por alguns autores é a ausência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da medida cautelar. Há situações em que a decretação de indisponibilidade de bens poderia acarretar um dano ao réu, diante da irreversibilidade da medida, como seria a indisponibilidade de bens perecíveis, como gêneros alimentícios, na hipótese de o réu desenvolver atividade de agronegócio. A impossibilidade de alienação desses bens provocaria dano irreparável, tendo em vista a deterioração da coisa.

A medida cautelar sob análise pode acarretar graves consequências para empresas, enquanto a revogação tardia da medida muitas vezes serve como um reconhecimento póstumo tanto para pessoas físicas quanto jurídicas. O *periculum in mora* aumenta à medida que o processo se prolonga no tempo. A carga imposta ao demandado pela medida impõe uma reavaliação periódica do julgador, para ponderar a pertinência da medida e os efeitos que ela provoca à atividade empresarial ou à vida cotidiana do réu. Não há justificativa para manter a indisponibilidade de ativos financeiros por um período prolongado, como precaução excessiva em relação ao interesse público que motivou a decisão liminar.¹²

Outro exemplo de depreciação pode ser observado nos veículos automotores, os quais, ao longo do tempo, experimentam um processo de deterioração e consequente desvalorização. Nesse contexto, é plausível que um magistrado, mesmo tendo determinado

mora presumido. Inexistência da demonstração concreta do perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo. Superação da Súmula nº 701/STJ e da jurisprudência deste TJSP promovida por alteração legislativa. A decretação da indisponibilidade de bens depende da demonstração inequívoca do perigo da demora, nos termos da redação dada pela Lei nº 14.230/22 ao artigo 16 da Lei de Improbidade Administrativa. Ausência, no caso concreto, do perigo de dano irreparável ou do risco ao resultado útil do processo indispensáveis para o deferimento da indisponibilidade dos bens, sendo insuficientes, para tanto, a mera presunção de dilapidação dos bens. Precedentes. Decisão mantida. Recurso improvido” (TJSP; AI 2233751-57.2023.8.26.0000; Ac. 17483535; São Paulo; Primeira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia; Julg. 11.01.2024).

¹¹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. LEI DE Nº 14.230/21. APLICABILIDADE. Segundo alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, aplicáveis aos casos anteriores à sua vigência que tratem de ato culposo de improbidade sem trânsito em julgado, é vedada a decretação da indisponibilidade com base no *periculum in mora* presumido” (TJMG; AI 1567860-38.2022.8.13.0000; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Alberto Diniz Junior; Julg. 08.02.2024; DJEMG 16.02.2024).

¹² PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; MARCHESI, Bruna Lícia Pereira; VALÕES, Rodrigo Pavan de. Automáticas e perpétuas indisponibilidades de bens nas ações de improbidade: a importância da posição dissonante do Ministro Napoleão. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 46, v. 321, p. 257-276, nov. 2021. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 26 fev. 2024.

a restrição de disponibilidade sobre tais veículos, possa autorizar sua alienação e o depósito do valor resultante em juízo, seja para a aquisição de outro veículo, sobre o qual incidirá a restrição de disponibilidade, seja para a simples alocação dos recursos financeiros resultantes da venda.

A medida constritiva também não poderá colocar em risco a subsistência, a vida ou a saúde do réu, nem de sua família. O bloqueio de valores em dinheiro depositados em conta bancária deve ser evitado, para que seja possível a manutenção própria do réu e de sua família, bem como o pagamento de despesas básicas, como alimentação, vestuário, despesas médicas e hospitalares, medicamentos etc.

O §11 do art. 16 estabelece que a determinação de indisponibilidade de bens deve seguir uma ordem de prioridade, na qual veículos terrestres, imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, pedras e metais preciosos devem ser considerados primeiro, reservando-se o bloqueio de contas bancárias somente na ausência dos mencionados, com o propósito de assegurar a subsistência do acusado.

O mesmo pode ser dito sobre a indisponibilidade de bens que afete a atividade empresarial. A própria lei possibilita o atingimento de bens pertencentes à pessoa jurídica, por meio da desconsideração da personalidade, como anteriormente tratado. No entanto, o mesmo §11 afirma que a atividade empresarial precisa ser preservada até o final da ação principal, pelo menos.

Nesse caso, a própria medida cautelar poderia prejudicar a efetividade da decisão de mérito. Em outras palavras, a medida restritiva provocaria um resultado inverso à sua razão de ser. É nesse sentido que o §12 estabelece que o juiz deverá levar em consideração os efeitos práticos da decisão. Trata-se de atividade de predição, o que se espera que seja realizado pelo magistrado quando proferir a decisão de concessão de indisponibilidade de bens.¹³

6 Indisponibilidade e litisconsórcio passivo

Em muitos casos de improbidade administrativa ocorre a pluralidade de réus, considerando que muitos agentes públicos são envolvidos nos processos administrativos. Em tais casos, os requisitos para a decretação da indisponibilidade devem ser avaliados caso a caso, para que um réu não seja penalizado com o gravame sobre o seu patrimônio sem que suas ações representem perigo à efetividade da futura decisão de mérito.

Isso significa que, quando da avaliação do pedido da medida cautelar, o julgador deverá verificar a conduta de cada um dos réus, a fim de identificar a tentativa ou a concreta alienação de bens ou movimentação patrimonial capaz de inviabilizar a tutela satisfativa na ação de improbidade, que é a responsabilização patrimonial do agente. A decretação da indisponibilidade de bens deverá atingir apenas os réus que agirem

¹³ Sobre o tema do consequencialismo nas decisões no âmbito do Direito Administrativo, ver GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020. No mesmo sentido SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Pragmatismo e consequencialismo jurídico em tempos de Coronavírus: exame do art. 20 da Lei nº 13.655/2018 e alguns reflexos na gestão e controle públicos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 122, p. 53-96, jul./ago. 2020.

inequivocamente de maneira ardilosa, para se escusar da eventual responsabilização patrimonial, resultado da tutela satisfativa.

Além disso, a medida cautelar deverá afetar os bens dos réus até o limite do dano, somando-se os bens bloqueados.¹⁴ Se for considerado o patrimônio da cada réu separadamente para a imposição do gravame em seu valor total, a quantidade de bens indisponíveis será maior do que o necessário para acautelar o juízo, o que seria arbitrário.

É certo que a responsabilidade dos agentes públicos, como qualquer outro sistema de responsabilidade, deve corresponder à sua participação na prática dos atos. Por isso, cada réu deverá responder sobre os atos que praticou, o dano que causou ou sobre o enriquecimento ilícito que obteve. Não poderá se impor penalidade ao réu além das sanções previstas em lei sobre os atos que praticou, sob pena de violação ao art. 5º, XLV, CR/88.¹⁵

Um ponto que deve ser analisado é a existência ou não de solidariedade entre os réus na ação de improbidade. O Código Civil estabelece no seu art. 265 que “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Ocorre que, mesmo sem nenhuma previsão legal, foi admitido por alguns que haveria solidariedade entre os agentes ímprobos, pois há posição na doutrina no sentido de que existe relação solidária entre os réus na ação de improbidade administrativa.¹⁶

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu o entendimento de que, nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até a conclusão da instrução processual, uma vez que após essa fase é possível delimitar a quota de cada agente para o ressarcimento.¹⁷ A justificativa para essa posição é a de que na fase inicial do processo pode não haver elementos necessários para quantificar o valor do dano ou do enriquecimento ilícito, nem a proporção da culpabilidade de cada agente envolvido. Esses elementos somente seriam evidenciados ao final da instrução processual, com a decisão de mérito.

Mesmo até a promulgação da Lei nº 14.230/2021 o Superior Tribunal de Justiça submeteu ao regime de recursos repetitivos a seguinte tese: “A responsabilidade de agentes ímprobos é solidária e permite a constrição patrimonial em sua totalidade, sem necessidade de divisão *pro rata*, ao menos até a instrução final da ação de improbidade, quando ocorrerá a delimitação da quota de cada agente pelo ressarcimento”.¹⁸

¹⁴ AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. Notas sobre a indisponibilidade de bens na lei geral de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 229, p. 305-334, mar. 2014. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 26 fev. 2024.

¹⁵ “Art. 5º [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” Constituição da República (CR/88).

¹⁶ PEDRA, Anderson Sant’Ana; MONTEIRO, Rodrigo. *Improbidade administrativa*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 163. Essa posição, ao menos, era a esposada pelos autores antes da vigência da Lei nº 14230/2021.

¹⁷ STJ; AgInt-AREsp 1.810.248; Proc. 2020/0338340-0; MS; Primeira Turma; Rel. Min. Gurgel de Faria; DJE 25.11.2021. No mesmo sentido: “havendo solidariedade entre os corréus da ação até a instrução final do processo, o valor a ser disponibilizado para assegurar o ressarcimento ao erário deve ser garantido por qualquer um deles, limitando-se a medida constritiva ao quantum determinado pelo juiz, sendo defeso que o bloqueio corresponda ao débito total em relação a cada um” (STJ, AgInt no RESP 1.899.388/MG, Rel. Ministra Regina HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10.03.2021).

¹⁸ Tema de Recurso Repetitivo nº 1213. Foram afetados em 05.09.2023 os seguintes precedentes para a tese proposta: REsp 1955440/DF, REsp 1955300/DF, REsp 1955957/MG e REsp 1955116/AM, aguardando julgamento.

No entanto, ao que parece, a tese proposta pelo STJ nada mais é do que uma tentativa de manter a posição antes consolidada pelo tribunal, ao menos em parte, ao arrepio do disposto no §2º do art. 17-C, *in verbis*: “Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade”.

A lei dispõe que na condenação não haverá nenhuma solidariedade, mas sustentar que na aplicação de medida cautelar é possível se estabelecer solidariedade parece absurdo. Se a medida cautelar visa garantir a tutela satisfativa, possibilitar à medida cautelar maior amplitude que a própria tutela satisfativa parece ilegal e arbitrário.

Como ensina José Roberto dos Santos Bedaque: “mas o poder cautelar do juiz não é ilimitado. Embora existente no sistema constitucional, está condicionado à necessidade de garantir o resultado do processo”.¹⁹ Se o resultado útil do processo na ação de improbidade administrativa é o ressarcimento ao erário ou a perda de bens adquiridos ilicitamente pela prática de atos de improbidade administrativa, e nesse resultado útil não poderá haver imposição de solidariedade, não há que se falar em aplicação de solidariedade em medida constritiva, sob pena de se privar o titular do direito de propriedade de parcela de seu direito protegido constitucionalmente – e sem previsão legal.

Mesmo diante da vedação legal imposta pelo art. 17-C, §2º, há posicionamento no sentido de admitir a decretação da indisponibilidade de bens de forma solidária entre os réus na ação de improbidade, sobre a totalidade do dano, sempre que não for possível a identificação da responsabilidade de cada réu.²⁰

Não se pode concordar com esse entendimento porque seria o mesmo que premiar a má instrução do procedimento administrativo, anterior à propositura da ação, ou mesmo própria da petição inicial, para possibilitar a redução de um direito fundamental.

Além disso, por se tratar de uma obrigação divisível, quando há múltiplos devedores ou credores em uma obrigação divisível, presume-se que ela esteja dividida em tantas quotas quantos forem os credores ou devedores, sendo cada uma delas igual e distinta das demais.²¹ Portanto, a solução para o caso deve ser a delimitação da responsabilidade de cada um ou ser dividida a obrigação de reparar o dano em tantas quotas quantos forem os réus.²²

7 Conclusão

Após o estudo realizado no decorrer deste trabalho, pode-se chegar às conclusões que se seguem.

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa*: aspectos polêmicos e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 268.

²⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Artigo 16. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* (org.). *Comentários à nova lei de improbidade administrativa*: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 314.

²¹ Ver art. 257, CC/2002.

²² “Inexistindo solidariedade, deverá ser apurado em liquidação o valor recebido ilicitamente por cada réu para que a indisponibilidade de bens de cada um seja na medida do enriquecimento ilícito obtido” (TJSP; AC 1053846-23.2018.8.26.0053; Ac. 17110893; São Paulo; Oitava Câmara de Direito Público; Rel. Des. Antonio Celso Faria; Julg. 30.08.2023).

O sistema processual deve proporcionar ferramentas aptas à solução dos conflitos para cada tipo de problema que se apresenta no mundo da vida. As medidas cautelares visam garantir um resultado útil ao processo.

A indisponibilidade de bens possui natureza cautelar, porque não visa a satisfação do direito, mas tão somente garantir que a futura decisão de mérito possa ter efetividade.

Essa medida cautelar só tem aplicabilidade aos casos de dano ao erário e de enriquecimento ilícito, porque nesses casos haverá uma condenação de efeito patrimonial na sentença.

A amplitude da indisponibilidade de bens só deve atingir bens suficientes para garantir o ressarcimento ao erário e o equivalente à perda dos bens adquiridos ilícitamente.

Houve preocupação do legislador com a manutenção da vida e da saúde do réu, garantindo-lhe um patrimônio mínimo. Portanto, a ordem de indisponibilidade não atinge os bens impenhoráveis, na forma da lei, nem ativos financeiros de até o equivalente a 40 salários-mínimos.

Mesmo após a decretação de indisponibilidade, devem os acusados permanecer na posse de seus bens, salvo em casos excepcionais, quando poderá ser decretado o sequestro de bens, na forma prevista no CPC.

Não há solidariedade entre os litisconsortes passivos, que deverão responder pelos atos de improbidade na medida de sua participação e culpabilidade.

Na hipótese de litisconsórcio passivo, a medida de indisponibilidade de bens deverá recair sobre a totalidade do dano ao erário ou do enriquecimento sem causa, devendo sofrer a medida constritiva somente aqueles agentes que praticarem ato de disposição ou ocultação patrimonial para se escusarem da responsabilização.

Portanto, a indisponibilidade de bens deve ser tratada como uma tutela cautelar e não como uma sanção antecipada ao réu na ação de improbidade. Sua finalidade, como anteriormente dito, é exclusivamente garantir a efetividade da tutela satisfativa, seja com o ressarcimento ao erário, seja com a perda dos bens adquiridos ilícitamente pelo agente público, em favor da Administração Pública.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Comentários sobre a lei de improbidade administrativa*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. Notas sobre a indisponibilidade de bens na lei geral de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 229, p. 305-334, mar. 2014. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 26 fev. 2024.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: aspectos polêmicos e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 245-273.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na lei de improbidade. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: aspectos polêmicos e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 364-386.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Artigo 16. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* (org.). *Comentários à nova lei de improbidade administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 279-334.

NEVES, Rodrigo Santos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023.

NEVES, Rodrigo Santos. *Direito fundamental à boa administração: a função administrativa a serviço da efetividade dos direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2024.

PEDRA, Anderson Sant’Ana; MONTEIRO, Rodrigo. *Improbidade administrativa*. Salvador: Juspodivm, 2019.

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; MARCHESI, Bruna Lícia Pereira; VALÕES, Rodrigo Pavan de. Automáticas e perpétuas indisponibilidades de bens nas ações de improbidade: a importância da posição dissonante do Ministro Napoleão. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 46, v. 321, p. 257-276, nov. 2021. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 26 fev. 2024.

PISANI, Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Nápoles: Jovene, 2014.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Pragmatismo e consequencialismo jurídico em tempos de Coronavírus: exame do art. 20 da Lei nº 13.655/2018 e alguns reflexos na gestão e controle públicos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 122, p. 53-96, jul./ago. 2020.

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

NEVES, Rodrigo Santos. Indisponibilidade de bens e seu regime jurídico na Lei de Improbidade Administrativa. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 315-325. ISBN 978-65-5518-820-2.

COMPRAS GOVERNAMENTAIS SUSTENTÁVEIS E A RESERVA DE VAGAS PARA MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

ANASTÁCIA NADIR MELO DE OLIVEIRA
DAIESSE QUÊNIA JAALA SANTOS BOMFIM
VANESSA DE FÁTIMA TERRADE

1 Introdução

A Lei nº 14.133, conhecida como a Nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos, promulgada em 1º de abril de 2021, foi acompanhada por um período de adaptação que se estendeu de abril de 2021 a dezembro de 2023. Esta legislação representa um marco significativo no arcabouço jurídico brasileiro, especialmente quando contrastada com a legislação anterior de 1993, particularmente no que tange às dimensões da sustentabilidade.

Nesse contexto, é essencial examinar os objetivos do processo licitatório, os princípios que regem a licitação, assim como os critérios de desempate, visando compreender como esta nova lei se alinha aos preceitos estabelecidos pela Agenda 2030 da ONU. Destacam-se nesta agenda, que delinea os “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” (ODS), as metas voltadas para assegurar padrões de produção e consumo sustentáveis, como formalizado no ODS 12, e a promoção da igualdade de gênero, consubstanciada no ODS 5.

A legislação de 2021 incorpora disposições destinadas a serem implementadas no âmbito das contratações públicas, visando promover a igualdade social e de gênero, componentes essenciais da sustentabilidade. Dentro desta seara, como veremos, são previstas medidas que buscam ampliar as oportunidades para mulheres que são vítimas de violência doméstica, por meio de reserva de vagas em contratos de terceirização, sinalizando grande avanço na ampliação da dimensão social da sustentabilidade nas licitações e contratos administrativos.

2 Desenvolvimento nacional sustentável e o processo licitatório

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º, consagra, além da proposta mais vantajosa, o respeito ao princípio constitucional da isonomia e a promoção do desenvolvimento sustentável. O referido conceito surgiu com o Relatório de *Brundtland* (*Our Common Future* – Nosso Futuro Comum), tendo sido apresentado na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente (CNMUD) em 1992, na cidade do Rio de Janeiro – “Rio 92”. Pode-se dizer, resumidamente, que o desenvolvimento sustentável consiste na busca pela proteção ambiental ao mesmo tempo em que se trabalha pelo desenvolvimento econômico, buscando, igualmente, a redução das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza (Declaração Rio 92).

A sustentabilidade ambiental ultrapassa os limites territoriais, dá-se em âmbito intergeracional e promove a justiça social em conjunto com o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental. Este contexto de nova governança passa a ser consagrado, também, em instrumentos jurídicos internacionais. Após a Declaração Rio 92, 179 países participantes da CNUMD assinaram a “Agenda 21 Global”, na qual encontramos a previsão de ações pela igualdade de gênero, em seu capítulo 24, sobre a “Ação Mundial pela mulher, com vistas a um desenvolvimento sustentável equitativo”, prevendo, dentre outros, maior participação da mulher na política, no mercado econômico, nas ações de desenvolvimento sustentável e na adoção de medidas que efetivem a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, de 1979.¹

A implementação destas disposições internacionais² traz um custo para cada Estado, requerendo, portanto, reflexões quanto as próprias dificuldades econômicas deste em implementar novas medidas protetivas.³ Isto não o liberará, em hipótese alguma, de empreender esforços para promover medidas que permitam o avanço da questão sustentável em seu território. É exatamente este o raciocínio em relação às contratações públicas.

Marçal Justen Filho afirma que a proposta mais vantajosa, desde a Lei de 1993, já deve ser compreendida como aquela que contribui para a sustentabilidade.⁴ Nessa mesma esteira, caminha o entendimento do professor Juarez Freitas:

Dito de outro modo, o dever de efetuar contratações públicas sustentáveis implica promover a reconformação da arquitetura das instituições e dos comportamentos: guiado pelo imperativo fundamental da sustentabilidade, o gestor precisa, em todas as relações de administração, promover o bem-estar das gerações presentes, sem inviabilizar o bem-estar das gerações futuras, cujos direitos fundamentais são, desde logo, plenamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico.⁵

¹ Essa Convenção foi adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia Geral da ONU, de 18 de dezembro de 1979. Ela foi ratificada pelo Brasil no ano de 1984.

² A Declaração de Estocolmo de 1972 inicia o *soft law* em matéria de proteção internacional do meio ambiente. Ela decorreu da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, de acordo com Alexandre Kiss.

³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Santiago: Siglo Veintiuno, 2011.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento Nacional Sustentável – Contratações Administrativas e o regime introduzido pela Lei nº 12.349/2010. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 50, abril 2011. Disponível em: https://www.zeniteneews.com.br/dho/eventos/ea0082/documentos/doutrina/doutrina_11ago-745.pdf. Acesso em: 14 mar. 2024.

⁵ FREITAS, Juarez. Princípio da Sustentabilidade: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. *Revista do Direito UNISC*, n. 38, p. 74-94, jul./dez. 2012.

Nessa seara, com o intento de promover o desenvolvimento nacional sustentável, o regramento anterior trazia como critério de desempate a preferência por bens e serviços produzidos no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; produzidos ou prestados por empresas que comprovem o cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.⁶ Ademais, estes critérios de desempate estariam atrelados, dentre outros, à comprovação de geração de emprego e renda, à importância na arrecadação de tributos e ao desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

Além da conformação por meio de critérios de desempate, a Lei de 1993 trazia, também, uma contribuição ao desenvolvimento nacional sustentável em algumas das situações em que a licitação era dispensável. Seria o caso, em especial, dos incisos XIII e XXVII, do art. 24, os quais, respectivamente, traziam a possibilidade de contratação direta de instituição nacional sem fins lucrativos dedicada à recuperação social do preso e a possibilidade de contratação direta de associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis, formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda. Neste caso, os integrantes da associação ou da cooperativa deveriam ter cadastro no Cadastro único – “CAD-ÚNICO”⁷ destinado, dentre outros, à coleta de dados e ao aporte de benefícios sociais às famílias de baixa renda.

Por sua vez, a Lei nº 14.133/2021 não apenas ratifica o desenvolvimento sustentável como princípio, mas também indica que será objetivo do processo licitatório, conferindo maior robustez à estratégia de instrumentalização socioambiental das compras governamentais.

De acordo com o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis elaborado pela Advocacia-Geral da União, deverão ser considerados os seguintes aspectos para implementação da sustentabilidade nas compras públicas:

- questionamento inicial quanto à necessidade do consumo;
- redução do consumo;
- análise do ciclo de vida do produto (produção, distribuição, uso e disposição) para determinar a vantajosidade econômica da oferta;
- estímulo para que os fornecedores assimilem a necessidade premente de oferecer ao mercado, cada vez mais, obras, produtos e serviços sustentáveis;
- fomento da inovação, tanto na criação de produtos com menor impacto ambiental negativo, quanto no uso racional destes produtos, minimizando a poluição e a pressão sobre os recursos naturais;
- fomento a soluções mais sustentáveis, as quais foquem na função que se almeja com a contratação e que gerem menor custo e redução de resíduos;

⁶ Este último critério foi acrescentado pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que conforma o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

⁷ Cadastro único instituído pela Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e regulamentado pelo Decreto nº 11.016, de 29 de março de 2022.

- fomento à contratação pública compartilhada entre órgãos, por intenção de registro de preço (contratações compartilhadas sustentáveis).⁸

Com efeito, a atual legislação traz a possibilidade do estabelecimento de margem de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais, e para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis. Estas duas possibilidades de margem de preferência foram disciplinadas no art. 26 da Lei nº 14.133/2021 e regulamentadas pelo Decreto nº 11.890, de 22 de janeiro de 2024, o qual instituiu a Comissão Interministerial de Contratações Públicas para o Desenvolvimento Sustentável (CICS).

Da mesma forma que a antiga legislação, vislumbram-se, na lei atual, hipóteses relacionadas à dimensão social da sustentabilidade e à contratação direta, com destaque para a previsão de contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência, conforme expressamente previsto em seu art. 75, inciso XIV.

Ainda nesse contexto, a Lei nº 14.133/2021 assegura a dispensa de licitação para a contratação de entidades privadas sem fins lucrativos para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos (art. 75, inciso XVII).

Escolheu o legislador ainda estabelecer no artigo 25, §9º, da Nova Lei de Licitações, norma destinada às mulheres vítimas de violência doméstica, prevendo que o edital poderá exigir, nas contratações de mão de obra em contratos de serviços contínuos, percentual mínimo provido por mulheres desse grupo social.

O governo federal, atendendo à necessidade de regulamentação, publicou o Decreto nº 11.430, de 8 de março de 2023, estipulando o percentual mínimo de 8% de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e, também, dentro do mesmo normativo regulamentador, previu ações de promoção da equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho como critério de desempate nas licitações conduzidas pela Administração Pública Federal.

3 Dimensão social da sustentabilidade e reserva de vagas para mulheres vítimas de violência doméstica

A legislação sobre licitações demonstra que a valorização de políticas públicas específicas no bojo das contratações públicas não é prática nova, a exemplo do marco legal das licitações sustentáveis, da reserva de vagas para pessoas com deficiência ou ainda critérios para o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas.

Ao discorrer sobre a função social da licitação pública, o professor Daniel Ferreira assevera que:

⁸ BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. Guia Nacional de Contratações Sustentáveis. 6. ed. BARTH, Maria Leticia B.G; BLIACHERIS, Marcos W.; BRANDÃO, Gabriela da S.; CABRAL, Flávio. G.; CLARE, Celso V.; FERNANDES, Viviane V. S.; Paz e Silva Filho, PEREIRA, Rodrigo M.; SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa. Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/guias/guia-de-contratacoes-sustentaveis-set-2023.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2024.

Não se tem, aqui, qualquer pretensão de conceituar “função social”. O escopo dessa modesta investigação é apenas o de verificar se pode ou mesmo se deve haver uma “função social” para a licitação pública, mormente no sistema jurídico brasileiro, no sentido de se reconhecer outra potencial ou compulsória finalidade para o certame e que não se confunde com a satisfação da necessidade próxima, premente – de certa parcela da coletividade ou da própria Administração Pública, reprise-se – a ser obtida mediante regular execução do objeto contratado. Melhor dizendo, busca-se constatar a admissão pelo Direito em vigor de um adicional fim para ela – remoto; singular ou plúrimo (conforme o caso) -, de modo que não se possibilite a satisfação de apenas um interesse público com sua exitosa realização, encapsulado como primário (de uma particularizada coletividade) ou secundário (do aparato administrativo), porém vários interesses público, num viés primário-primário (coletivo-coletivo) ou secundário-primário (administrativo-coletivo). Como exemplo, assumase, desde logo, uma licitação que estipule, por força de lei, um critério ficto de empate entre propostas com vistas a incentivar a formalização da atividade microempresária e facilitar seu acesso às contratações públicas. Ou, ainda, a delimitação do objeto da licitação, por força de decreto hierárquico, a bens e serviços ambientalmente sustentáveis. E nisso reside à cogitada “função social da licitação pública” apresentar-se, sempre que possível e cumulativamente, como um instrumento para a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como dos demais valores, anseios e direitos nela encartados, sem prejuízo de outros, assim reconhecidos por lei ou até mesmo por uma política de governo.

Nesse contexto, Pereira Junior e Dotti⁹ elucidam que “a atividade contratual da Administração Pública mesmo quando no exercício de competências discricionárias, deve exprimir escolhas ditadas por políticas públicas e implementadas de acordo com as normas jurídicas que viabilizem a concretização do interesse público”.

Assim, é imperioso constatar que a dimensão social da sustentabilidade desempenha um papel crucial no contexto das compras públicas sustentáveis, sendo essencial considerar não apenas os aspectos econômicos e ambientais, mas também as implicações sociais das decisões de aquisição.

A sustentabilidade social busca garantir as condições mínimas para uma existência digna, onde cada indivíduo possa desfrutar de bens e serviços de modo equânime. Essa abordagem está estreitamente ligada à justiça na distribuição de renda e de recursos, promovendo a igualdade de direitos e a solidariedade entre os membros da sociedade.

Com efeito, a ausência de autonomia econômica é um dos principais pilares que mantém mulheres dentro do triste ciclo de abuso e violência. Reconhecer que o país está mergulhado em um gravíssimo problema que vitima tantas mulheres e adotar políticas públicas que buscam melhorar esse cenário é uma ação sustentável materializada no ODS 05 – igualdade de gênero – e no ODS 10 – redução das desigualdades.

Os números alarmantes de violência doméstica no Brasil revelam uma realidade preocupante e urgente que demanda atenção e ações efetivas. As estatísticas indicam um crescente e persistente problema social, evidenciando a magnitude do sofrimento enfrentado por muitas mulheres em seus próprios lares.

⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Conforme os dados revelados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023,¹⁰ o registro de incidentes de violência doméstica ultrapassou 245 mil casos no ano anterior. Além disso, houve mais de 600 mil ameaças reportadas e aproximadamente 900 mil chamados para o número de emergência 190, equivalendo a uma média de 102 chamados por hora.

A complexidade desse fenômeno ressalta a necessidade de estratégias eficazes de prevenção, educação e suporte às vítimas, com abordagem integrada e estabelecendo iniciativas para garantir a autonomia econômica dessas mulheres.

Cumprir destacar que, muitas vezes, mulheres que sofrem violência doméstica enfrentam barreiras significativas para alcançar a independência financeira. Isso pode ser devido a uma série de fatores, incluindo o controle financeiro exercido pelo agressor, falta de acesso a recursos econômicos, interrupção de carreiras profissionais devido à violência infligida ou à discriminação no mercado de trabalho.

Ao empoderar as mulheres economicamente, não apenas se fortalece sua capacidade de escapar de situações de violência doméstica, mas também se contribui para o alcance de uma sociedade mais justa e igualitária, em linha com os princípios dos ODS da ONU. Essas medidas não apenas beneficiam as mulheres individualmente, mas também suas famílias e comunidades como um todo, promovendo um desenvolvimento mais sustentável e inclusivo.

Nesse cenário, ao discutir a contratação de mulheres vítimas de violência doméstica no contexto das terceirizações, conforme previsto na Lei nº 14.133/2021, é fundamental não apenas reconhecer a importância dessa medida e seus impactos positivos, mas também analisar detalhadamente os desafios envolvidos na sua implementação. Sem dúvida, uma abordagem eficaz dessa política pública requer uma visão abrangente, sensível e adaptável às complexidades dessa realidade.

Vários aspectos merecem destaque nessa rede intrincada de desafios. Com efeito, as entidades públicas devem estabelecer um processo claro e viável para implementar essa política, definindo os intervenientes e os papéis do órgão contratante, da empresa terceirizada e da unidade responsável pela política de apoio a mulheres em situação de violência doméstica e familiar, em cada estado.

Ademais, a garantia da confidencialidade das informações sobre as mulheres vítimas de violência doméstica é essencial para proteger sua privacidade e dignidade. Ao criar uma estrutura de acesso e manejo de dados adequada, é possível evitar a disseminação de informações sensíveis que poderiam resultar em estigmatização e preconceito nos ambientes de trabalho. A confidencialidade não só protege a integridade pessoal das vítimas, mas também promove um ambiente seguro e acolhedor, incentivando-as a buscar oportunidades de emprego e reintegração na sociedade.

Além do aspecto de proteção da privacidade, a confidencialidade das informações também desempenha um papel fundamental na garantia da segurança física e emocional das vítimas. Ao manter suas informações pessoais em sigilo, evita-se que agressores ou pessoas mal-intencionadas tenham acesso a dados que poderiam ser utilizados para prejudicá-las ainda mais. Dessa forma, a Lei Geral de Proteção de Dados assume

¹⁰ BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2024.

um papel crucial ao estabelecer diretrizes para o tratamento responsável e seguro das informações sensíveis.

Em essência, a garantia da confidencialidade das informações sobre mulheres vítimas de violência doméstica não é apenas uma questão legal, mas também uma medida de proteção e respeito aos seus direitos fundamentais.

Outro ponto crucial repousa sobre o desafio de desenvolver sistemas de seleção e avaliação sensíveis às experiências das mulheres que sofreram esse tipo de violência. É fundamental que esses sistemas reconheçam e considerem as possíveis lacunas no histórico profissional dessas mulheres. Isso pode envolver a criação de critérios de seleção que valorizem habilidades transferíveis e competências adquiridas em contextos não tradicionais de trabalho, levando em conta as dificuldades enfrentadas pelas vítimas para manter uma trajetória profissional contínua.

Nesse contexto, o Estado desempenha um papel fundamental ao colaborar com o setor privado na promoção de processos seletivos eficientes e na oferta de capacitação. Essas políticas devem ser específicas e adaptadas às necessidades dessas mulheres, visando não apenas aprimorar suas habilidades profissionais, mas também fornecer suporte psicossocial e emocional necessário para sua reintegração no mercado de trabalho. Ao investir em programas de capacitação direcionados, o Estado e as empresas podem ajudar a aumentar o número de mulheres qualificadas e aptas a ocupar as posições disponíveis.

Além disso, o monitoramento rigoroso do cumprimento da reserva de vagas ao longo da execução contratual é crucial para garantir a eficácia das políticas de inclusão de mulheres vítimas de violência doméstica no setor público. Definir claramente as responsabilidades de cada parte envolvida é fundamental para evitar brechas que possam resultar em fraudes ou manipulação de dados. Ao estabelecer procedimentos transparentes e responsabilidades claras, é possível assegurar que as mulheres beneficiadas pelas cotas tenham oportunidades reais de emprego e se mantenham ativas no mercado de trabalho.

A coleta de dados confiáveis desempenha um papel essencial nesse processo de monitoramento. É necessário implementar sistemas robustos de coleta e análise de informações que permitam acompanhar de perto o cumprimento das cotas estabelecidas. Dados precisos e atualizados fornecem *insights* valiosos sobre o progresso e os desafios enfrentados na implementação das políticas de inclusão, permitindo ajustes e melhorias ao longo do tempo.

Vale dizer que a ausência de um processo de monitoramento adequado pode comprometer seriamente os esforços para promover a inclusão de mulheres vítimas de violência doméstica no mercado de trabalho. Iniciativas bem-intencionadas podem se mostrar ineficazes se não houver mecanismos eficientes para garantir o cumprimento das cotas e a permanência das mulheres contratadas.

Nesta situação, destaca-se a importância da atribuição constitucional dos Tribunais de Contas, os quais podem desempenhar um papel significativo como parceiros estratégicos para garantir o sucesso na implementação e execução de políticas públicas. Isso pode ser alcançado por meio de auditorias que analisam não apenas os editais de licitação, mas também o cumprimento integral das cláusulas contratuais estabelecidas.

Além disso, as auditorias podem se estender para avaliar de forma abrangente o desempenho da gestão governamental, proporcionando uma visão holística das práticas e resultados alcançados.

No que tange à disposição estipulada no Decreto nº 11.430 referente ao acordo de cooperação entre o Ministério da Gestão e Inovação e o Ministério das Mulheres com as unidades responsáveis pela política pública de atenção a mulheres vítimas de violência doméstica, percebe-se a necessidade de uma eventual uniformização no que diz respeito à entidade encarregada da operacionalização dentro da estrutura governamental. Nesse contexto, os OPMs – Organismos de Política para Mulheres, presentes em âmbito estadual e municipal, surgem como os órgãos de gestão apropriados, incumbidos da formulação, implementação e execução de políticas públicas destinadas a salvaguardar os direitos humanos das mulheres e promover a igualdade de gênero.

Sob essa ótica, caberia aos OPMs o cadastro de informações pessoais e profissionais das mulheres, bem como o envio desses dados às empresas contratadas após o recebimento da lista fornecida pelo órgão público contratante. Ademais, seria de sua responsabilidade o monitoramento contínuo dessa política, garantindo a manutenção do percentual mínimo exigido pela norma ao longo da execução do contrato. Naturalmente, há espaço para outros modelos de operacionalização, possivelmente resultantes de parcerias com outras entidades, como os Tribunais de Justiça e o Ministério Público.

Após um ano desde a promulgação do decreto, constata-se que os órgãos públicos têm enfrentado desafios na concretização efetiva dessa medida. No entanto, existem exemplos positivos que podem servir como modelos a serem seguidos, como é o caso do Programa de Assistência a Mulheres em Situação de Vulnerabilidade Econômica em Razão de Violência Doméstica e Familiar do Senado Federal, instituído em 2016 pelo Ato da Comissão Diretora nº 4. Este programa reserva uma parcela específica de vagas para mulheres elegíveis desde que atendam aos critérios estabelecidos, garantindo a confidencialidade de suas identidades após a contratação.

É relevante destacar que a legislação do Senado Federal propõe a extensão dessa medida também para contratações diretas, priorizando a vulnerabilidade econômica como critério primordial para a seleção dessas mulheres. Esses pontos merecem ser levados em consideração na regulamentação da Administração Pública federal, com o intuito de aprimorar a eficácia e a equidade das políticas de inclusão direcionadas às mulheres vítimas de violência doméstica.

Em suma, é fundamental que o Poder Público adote medidas concretas para superar os obstáculos encontrados na implementação dessas políticas de inclusão. Ao aprender com exemplos positivos e ajustar abordagens conforme necessário, é possível avançar na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva para todas as mulheres.

4 Considerações finais

Ao vislumbrar o clássico tripé da sustentabilidade: ambiental, social e econômico, busca-se não apenas o crescimento econômico, mas a construção de uma sociedade mais justa, resiliente e capaz de preservar os recursos para as gerações vindouras. Este caminho requer o senso colaborativo dos diversos setores da sociedade para o alcance deste mister. Priorizar a dimensão social implica que as compras públicas podem se

tornar instrumentos poderosos para promover equidade, inclusão e responsabilidade social, o que envolve a adoção de critérios que valorizem fornecedores comprometidos com práticas laborais justas, respeito aos direitos humanos e diversidade racial. Além disso, as compras públicas sustentáveis podem impulsionar a geração de empregos locais, contribuindo para o desenvolvimento social e econômico das comunidades.

O contexto das políticas de inclusão para mulheres vítimas de violência doméstica no âmbito das contratações públicas revela um desafio complexo e multifacetado. Ao longo do último ano desde a promulgação do decreto, os órgãos públicos têm enfrentado dificuldades na efetiva implementação dessas medidas, embora existam exemplos positivos que merecem destaque.

No entanto, para alcançar uma eficácia abrangente, é crucial estender sua aplicação também para as contratações diretas, além da necessária priorização da vulnerabilidade econômica como critério primordial para a seleção dessas mulheres, sugerindo um caminho promissor para fortalecer a equidade das políticas de inclusão em nível federal. Esse aspecto merece ser cuidadosamente considerado na regulamentação da Administração Pública, visando não apenas aprimorar a eficácia das políticas, mas também garantir a justiça social e a igualdade de oportunidades para todas as mulheres, em consonância com os objetivos da Agenda 2030.

Em síntese, a inserção das mulheres vítimas de violência doméstica no mercado de trabalho por meio de contratações públicas, quando aliada a medidas de inclusão e suporte, pode ter um impacto significativo na sua reintegração social. Isso não apenas impulsiona sua ascensão socioeconômica, mas também contribui para a restauração da autoconfiança e para o fortalecimento da autonomia, interrompendo o ciclo de violência. Além disso, essa abordagem representa uma oportunidade valiosa para sensibilizar empresas e entidades governamentais sobre a questão da violência de gênero, ao mesmo tempo em que estabelece espaços de apoio e acolhimento para essas mulheres.

À luz dessas considerações, é essencial que o Poder Público adote medidas concretas para superar os obstáculos enfrentados na implementação das políticas de inclusão previstas na atual legislação de licitações e contratos.

Referências

BRASIL. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal. 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 11.890, de 22 de janeiro de 2024*. Brasília, DF. Regulamenta o art. 26 da Lei nº 14.133/2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2024/Decreto/D11890.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 11.430, de 8 de março de 2023*. Brasília, DF. Regulamenta a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11430.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. *Guia Nacional de Contratações Sustentáveis*. 6. ed. BARTH, Maria Letícia B. G.; BLIACHERIS, Marcos W.; BRANDÃO, Gabriela da S.; CABRAL, Flávio. G.; CLARE, Celso V.; FERNANDES, Viviane V. S.; PAZ E SILVA FILHO, PEREIRA, Rodrigo M.; SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa. Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/guias/guia-de-contratacoes-sustentaveis-set-2023.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Brasília, DF. Lei de Licitação e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Brasília, DF. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm#art1. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Brasília, DF. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art104. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021*. Brasília, DF. Lei de Licitação e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRUNDTLAND, Gro. Harlem. *Nosso futuro Comum – Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

FREITAS, Juarez. Princípio da Sustentabilidade: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. *Revista do Direito UNISC*, n 38, p. 74-94, jul./dez. 2012.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Santiago: Siglo Veintiuno, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento Nacional Sustentável – Contratações Administrativas e o regime introduzido pela Lei nº 12.349/2010. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 50, abr. 2011. Disponível em: https://www.zeniteneews.com.br/dho/eventos/ea0082/documentos/doutrina/doutrina_11ago-745.pdf. Acesso em: 14 mar. 2024.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em: 12 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <https://www.un.org/esa/dsd>. Acesso em: 9 fev. 2024.

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

OLIVEIRA, Anastácia Nadir Melo de; BOMFIM, Daiesse Quênia Jaala Santos; TERRADE, Vanessa de Fátima. Compras governamentais sustentáveis e a reserva de vagas para mulheres vítimas de violência doméstica. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 327-336. ISBN 978-65-5518-820-2.

JUSTA CAUSA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: EXEGESE DO ARTIGO 17, §6º-B, DA LEI Nº 8.429/92 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 14.230/2021

MANOEL PEIXINHO

Fala logo, Exu! Quando te criei, coloquei em ti a ambiguidade de caráter, a incoerência de atitudes e o poder absurdo de punir ou premiar sem o menor senso de Justiça.¹

Introdução

Este artigo pretende contribuir com uma reflexão prática sobre o sentido de *justa causa* nas ações de improbidade administrativa, de acordo com as inovações previstas no artigo 17, §6º-B, da Lei nº 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 14.230/21. O pragmatismo adotado metodologicamente neste trabalho não exclui, todavia, a pesquisa doutrinária e jurisprudencial, sem incorrer nas deduções inspiradas no senso comum. Como bem discorre a professora *Marilena Chauí*, os postulados do *senso comum* “são subjetivos, isto é, exprimem sentimentos e opiniões individuais e de grupos, variando de uma pessoa para outra, ou de um grupo para outro, dependendo das condições em que vivemos”.² Os artigos científicos não podem prescindir da abordagem racional e da pesquisa séria das fontes.

É claro que a pesquisa científica é compatível com a citação de mitos e abordagens filosóficas, sob pena de se fazer da ciência em geral e do Direito em particular meras descrições áridas e inférteis que causam vilipêndio à estética dos escritos acadêmicos. Daí a citação nesta introdução e no desenvolver do trabalho de figuras mitológicas e

¹ Olórun, questionando Exu sobre o paradeiro de seu filho Obatalá. Cf. OXALÁ, Adilson de. IGBADU. *A Cabeça da Existência. Mitos Nagôs Revelados*. Rio de Janeiro: Pallas, 2020, p. 28.

² CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática. 2002, p. 247.

reflexões filosóficas que emparedam e desafiam os pensadores obtusos e desprovidos de leveza intelectual. A seriedade e rigidez metodológicas desproporcionais podem causar sérias deficiências que provocam excesso de adrenalina e cortisol. O humor, por sua vez, obsta o hormônio do estresse.

Na práxis cotidiana dos tribunais há um número significativo de petições iniciais de improbidade administrativa que reproduzem literalmente peças acusatórias originárias de ações penais. Explico. Um réu é acusado na esfera criminal. A partir do processo criminal instaurado e muitas vezes sem condenação e com fundamento na mítica autonomia das instâncias, o Ministério Público e outros legitimados reproduzem em sede de ação de improbidade as mesmas razões e fundamentos das ações penais, sem quaisquer articulações dos fatos pertinentes às tipificações previstas na Lei nº 8.429/92. Assim, as ações de improbidade administrativa são única e exclusivamente reproduções literais de ações penais que obstaculizam o exercício do direito de defesa por parte dos acusados a configurar clara e inequívoca violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa previstos nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

Ar. 5º. (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

As narrativas fáticas com a reprodução dos fatos e dos fundamentos legais correlacionados exclusivamente com o Direito Penal punitivo não guardam, em grande parte das imputações, correspondência nem fática e nem jurídica com as tipificações previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Aliada à transposição acrítica dos fatos e dos fundamentos das ações penais para as ações de improbidade administrativa, constata-se outra estratégia adotada pelos autores das ações de improbidade: a juntada de grande volume de documentos que não são indícios de provas minimamente aceitáveis na ação de improbidade. A juntada volumosa e despropositada de documentos digitais por parte do órgão acusador enseja um obstáculo intransponível ao exercício do direito de defesa dos acusados. Antes e por respeito ao devido processo legal, a individualização das condutas supostamente ímprobos deveria estar ancorada em robustos lastros probatórios fáticos e jurídicos, sob pena de se transformar o processo judicial numa espécie de processo kafkiano ilegítimo.

Aliás, o personagem K., de *O Processo, da obra célebre de Franz Kafka*, vê-se numa situação de total obscurantismo processual, em que o acusado desconhecia “a acusação e as suas possíveis implicações, era obrigado a trazer à lembrança a vida inteira nos seus pequenos pormenores, expô-los e examiná-los de todos os ângulos”.³ Em outra passagem, o advogado do acusado K. angustia-se com o volume excessivo e incompreensível dos documentos: “vi que ele (o advogado) estava profundamente embrenhado na leitura.

³ KAFKA, Franz. *O Processo*. Tradução de Gervásio Álvaro. O Processo. Biblioteca Visual. Trad. Gervásio Álvaro. Disponível em: <https://100melhoreslivros.files.wordpress.com/2009/12/franz-kafka-o-processo.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2023, p. 91.

Levou o dia inteiro a ler a mesma página e percorria as linhas com o dedo. Todas as vezes que o observei, reparei que ele suspirava como se a leitura lhe fosse muito penosa. Provavelmente, os documentos que lhe emprestaste são difíceis de compreender”.⁴ Assim, o personagem kafkiano vivia a experiência de um processo ininteligível e desproporcionalmente penoso dado o volume excessivo de documentos inúteis.

O que pretendo antecipar, como *hipótese científica* nessa reflexão, é que as supostas ilegalidades atribuídas a um réu numa ação de improbidade administrativa não podem ser simplesmente presumidas a partir de fatos reproduzidos em ações penais, sob pena de grave violação a premissas básicas do direito ao contraditório e à ampla defesa garantidos pelo artigo 5º, inciso LV, do texto constitucional, uma vez que os acusados têm o direito constitucional de defender-se dos fatos que lhe são imputados.

Por conseguinte, deve ser positivada a seguinte premissa metodológica desse trabalho: as imputações acusatórias dos órgãos estatais nas ações punitivas em geral e nas ações de improbidade administrativa em particular deverão ser apresentadas de forma clara, nunca mediante suposições ou deduções apriorísticas, a não ser que se queira adotar no sistema judiciário pátrio o poder ilimitado de Exu dado por Olórun desde o início da criação e que foi baseado na “ambiguidade de caráter, na incoerência de atitudes e no poder absurdo de punir ou premiar sem o menor senso de Justiça”.⁵

1 Notas propedêuticas

1.1 O sentido de justo(a)

A expressão *justa causa* tem um sentido amplo e, à semelhança de todos os termos polissêmicos, as escolhas do sentido ficam por conta de cada área do conhecimento. Pode-se, assim, separar, didaticamente, para fins de compreensão filológica, os termos *justa* e *causa*. Segundo o dicionário Michaelis, o adjetivo *justo* tem os seguintes sentidos:

1. Conforme à justiça, à razão e ao direito.
2. Que é imparcial no julgamento; íntegro, probo, reto.
3. Que tem fundamento; fundado, legítimo.
4. Que é devido por direito ou dever; merecido.
6. Que é moralmente correto, que tem justeza.
7. Que se adapta perfeitamente; adequado.
- 7 por extensão, que se ajusta bem; apertado, cingido, estreito.
8. Que teve acerto (preço, serviço, contrato etc.); ajustado, combinado, pactuado, tratado. Indivíduo virtuoso que observa as leis da moral e da justiça.
9. De maneira exata e precisa; exatamente, justamente.
10. No momento exato e preciso.⁶

Conquanto haja pluralidades de sentido, é possível fracionar a expressão em dois termos: *justa causa* ou *causa justa*. Seria então apropriado dizer que uma *justa causa* ou *causa justa* significa um fundamento válido, razoável e aceitável. No sentido negativo de inexistência *justa causa* poder-se-ia referir à ausência de um motivo válido, razoável

⁴ KAFKA, Franz. *O Processo*. Tradução de Gervásio Álvaro. O Processo. Biblioteca Visual. Trad. Gervásio Álvaro. Disponível em: <https://100melhoreslivros.files.wordpress.com/2009/12/franz-kafka-o-processo.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2023, p. 139.

⁵ OXALÁ, Adilson de. *IGBADU. A Cabeça da Existência. Mitos Nagôs Revelados*. Rio de Janeiro: Pallas, 2020, p. 28.

⁶ Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/causa>. Acesso em: 7 fev. 2023.

e aceitável. É uma simples tentativa de compreender as terminologias justapostas: justa e causa.

Para melhor compreender a terminologia, dissequemos os vocábulos. O vocábulo justa de justo e justiça. Na filosofia justiça (gr. *SiKatoaúvñ*; lat. *Justitia*) tem inúmeros sentidos. Segundo Nicola Abbagnano, a justiça corresponde “a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a essa ordem”. O autor distingue dois significados de justiça: (1) “conformidade da conduta a uma norma; (2) eficiência de uma norma (ou de um sistema de normas), entendendo-se por eficiência de uma norma certa capacidade de possibilitar as relações entre os homens”.⁷

Explica Nicola Abbagnano que no primeiro significado justiça é empregada “para julgar o comportamento humano ou a pessoa humana” (esta última, com base em seu comportamento), enquanto “no segundo significado é empregado para julgar as normas que regulam o próprio comportamento”.⁸

O debate teórico sobre a justiça seria interminável porque exigiria um esgotamento da matéria em diversos campos do conhecimento, a exemplo dos debates jurídicos e filosóficos. Fico com alguns contributos de Aristóteles. A justiça aristotélica acata, em primeiro lugar, o consenso da opinião em geral vigente à época. Justiça, assim, é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo. A injustiça tem o sentido contrário: “é a disposição de levar as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto”.⁹

A despeito de reconhecer que a terminologia justiça é ambígua, Aristóteles começa a discorrer sobre a justiça encontrada nas leis. Dessa forma, na concepção aristotélica, “tanto o homem que infringe a lei quanto o homem ganancioso e ímprobo são considerados injustos, de tal modo que tanto aquele que cumpre a lei como o homem honesto obviamente são justos”. A primeira conclusão de Aristóteles é que a justiça decorre do cumprimento da lei. Justo é aquele que cumpre e, conseqüentemente, é injusto aquele que descumpra a lei.¹⁰ Mas não se trata de uma visão individualista de Aristóteles quando utiliza o homem justo como o cumpridor da lei porque “as leis visam a vantagem comum”, quer dizer, as leis preservam “a felicidade e os elementos que compõem a sociedade política”.¹¹

A visão aristotélica de justiça não é, contudo, legalista porque segundo o filósofo “na justiça se resumem todas as virtudes” e está sempre acionada à medida justa, ao meio-termo. Assim, a justiça se caracteriza por reprovar tanto a escassez quanto o excesso: “devemos tanto subtrair do que tem mais como acrescentar do que tem menos”. Por conseguinte, o justo é o intermediário entre uma espécie de ganho e uma espécie de perda.¹² Para o enfretamento do tema deste artigo, justiça tem o sentido aristotélico de respeito às leis e observância do ordenamento jurídico sempre numa visão de que a justiça é a busca do meio-termo com repúdio tanto da escassez quanto do excesso. Passo à definição de causa.

⁷ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 593.

⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 594.

⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 103.

¹⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 104.

¹¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 103-104.

¹² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 103.

1.2 O sentido de causa

O substantivo feminino *causa*, pela simples conotação, tem os seguintes sentidos:

Aquilo que determina a existência de uma coisa ou de um acontecimento; razão, motivo, explicação. (2) Aquilo que provoca o início ou determina a origem de algo; agente, origem, princípio. Razão pela qual se faz algo ou se provoca um acontecimento. (4) Conjunto de ideias ou princípios defendidos por alguém (pessoa, instituição, organizações etc.); interesse, partido. (5) O que acontece; acontecimento, fato: costuma falar apenas com conhecimento de causa.¹³

Volto a Aristóteles. Para este filósofo, *causa* tem quatro sentidos diferentes. No primeiro, *causa* significa substância e essência: o porquê das coisas se reduz, em última análise, à forma e o primeiro ao porquê; é justamente uma *causa* e um princípio. No segundo sentido *causa* é matéria e substrato. O terceiro sentido de *causa* é o princípio do movimento. Por último, no quarto sentido, é o oposto do último sentido, “é o fim e o bem, é o fim da geração e de todo movimento”.¹⁴ *Causa*, para Aristóteles, na síntese de Cario Natali, compõe-se de essência, matéria, princípio motor e *causa* final.¹⁵

1.3 O sentido justaposto dos termos *justa* e *causa*

A justaposição dos vocábulos *justa* e *causa* significa que há uma *causa* (fundamento, razão ou fato) que é *justa*, quer dizer, que é de acordo com os preceitos normativos que integram o ordenamento jurídico. Na sequência, passe-se ao exame da *justa causa* no Direito, que é o objetivo deste trabalho.

2 *Justa causa* na ação de improbidade administrativa

Inicialmente, cabe conceituar a *justa causa* na improbidade administrativa. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega entendem que *justa causa*, na ação de improbidade, é “corolário do devido processo legal” e “representaria o conjunto de indícios mínimos aptos a legitimar o regular exercício de uma pretensão sancionadora por parte do Estado”. Ainda segundo os autores, *justa causa* se integraria à necessidade como parte do interesse processual para o fim de tornar sua aferição, em improbidade, mais rigorosa, porque exigiria não só “o relato do ilícito, mas também a demonstração da existência de fortes indícios de sua ocorrência”.¹⁶

A *justa causa* na ação de improbidade administrativa impõe a pormenorização dos pedidos indissociáveis com a *causa* de pedir, pois, a depender da conduta supostamente

¹³ Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/causa>. Acesso em: 7 fev. 2023.

¹⁴ NATALI, Cario. *Aristóteles*. Tradução de Maria da Graça Gomes de Pina. São Paulo: Paulus, 2016, p. 10.

¹⁵ NATALI, Cario. *Aristóteles*. Tradução de Maria da Graça Gomes de Pina. São Paulo: Paulus, 2016, p. 211.

¹⁶ MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Justa causa e in dubio pro societate nas ações de improbidade*. Consultor Jurídico. <https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/improbidade-debate-justa-causa-in-dubio-pro-societate-aco-es-improbidade>. Acesso em: 8 fev. 2022.

ímproba, haverá incidência de um rol determinado e específico de sanções contidas nos incisos do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.¹⁷

Marçal Justen Filho entende que é inviável a propositura da ação de improbidade destituída de *justa causa*, ou seja, “sem a presença de requisitos mínimos evidenciando a plausibilidade da condenação”, porque a natureza da ação de improbidade “tem uma dimensão essencialmente punitiva”, que “é orientada não especificamente a obter provimento de natureza patrimonial”.¹⁸

3 Requisitos da petição inicial de improbidade administrativa: exegese do artigo 17, §6º, da Lei nº 8.429/92

3.1 Justa causa: individualização da conduta e existência de elementos probatórios mínimos

O artigo 17, §6º, da Lei nº 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 14.230/21, determina que a petição inicial individualize a conduta de cada demandado correlacionando-o aos artigos 9º, 10, 11 da Lei nº 8.429/92, bem como instrua com *elementos probatórios mínimos de indícios de autoria, veracidade dos fatos e prática do ato dito ímprobo por dolo*, nos seguintes termos:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

(...)

§6º A petição inicial observará o seguinte:

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada;

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade

¹⁷ Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021): I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (quatorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021); II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021); III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021).

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 187.

de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) (grifos nossos).

Observam argutamente Gustavo Justino de Oliveira e Gustavo Henrique Carvalho Schiefler que a ação civil pública por ato de improbidade “possui uma condição adicional quando em comparação com a propositura de ações comuns no âmbito cível. *Trata-se do que comumente é denominado como a necessária justa causa para a ação*”. Identificam os autores que a justa causa é “traço distintivo de ação de improbidade administrativa, já que sua característica sancionatória impõe que, assim como em outras espécies de processo judicial (como o penal) em que se veicula pretensão sancionatória, haja um rigoroso controle de imputação”.¹⁹

O rigor processual da exigência de *justa causa* na ação de improbidade administrativa advém da mesma fonte encontrada no Processo Penal porque ambos os sistemas processuais restringem direitos subjetivos. No Processo Penal, a pena recai na limitação da liberdade e na aplicação de multas pecuniárias sancionatórias. Na ação de improbidade, por sua vez, a constrição é de ressarcimento ao erário, multa pecuniária, limitação de direitos políticos, proibição de contratar com a Administração Pública e perda da função pública na hipótese do condenado ser servidor público.²⁰

Registre-se que a exegese do artigo 17, §6º, deve ser feita em conjunto com os artigos 9º, 10 e 11 do mesmo diploma legal. Significa que o pedido inicial com a imputação da justa causa deve comprovar que há indícios significativos (e não meras conjecturas ou convicções) de que o agente público ou privado violou as condutas tipificadas de improbidade. O agente da acusação ou o julgador da demanda de improbidade não pode ter uma “criatividade hermenêutica expansionista”, principalmente porque o ativismo hermenêutico em matéria punitiva transforma o magistrado numa espécie de divindade infalível.

¹⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa causa e juízo de prelibação (admissibilidade) na ação de improbidade administrativa: proteção e preservação dos direitos e garantias dos requeridos frente à busca de maior eficiência judicial no combate à corrupção na era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, DF, v. 12, n. 141, p. 9, set. 2017.

²⁰ Cf. Lei nº 8.429/92, art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) refuta argumentações de justa causa com base em alegações genéricas, abstratas e desfundamentadas:

A justa causa é o ponto de apoio e mesmo a coluna mestra de qualquer imputação de ilícito, a quem quer que seja. Se assim não fosse, seriam admissíveis as imputações genéricas, abstratas, desfundamentadas, deslastreadas de elementos fáticos ou naturalísticos, ficando as pessoas ao seu alcance, ainda que não se demonstrem atos subjetivos praticados por elas (AgInt no AREsp 961.744/RJ, Rel. p/Acórdão Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 3.4.2019).²¹

3.2 Justa causa e ação dolosa

A justa causa é indissociável da ação dolosa do agente a quem é imputado o ato de improbidade administrativa. Observe-se que na redação original do artigo 9º da Lei nº 8.429/92 constituía “ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente”. Na nova redação do art. 9º dada pela Lei nº 14.230/2021, por seu turno, “constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de *ato doloso*, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente”.

Ou seja, na petição inicial da ação de improbidade o autor da demanda deve provar a existência de justa causa associada à prática de atos dolosos. A despeito da irresignação do Ministério Público e outros legitimados que pleitearam a declaração de inconstitucionalidade da tipificação dolosa como única hipótese de fato gerador da improbidade administrativa, o STF decidiu por manter a decisão soberana do legislador que retirou a conduta culposa que caracterizava o ato de improbidade, ou seja, “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”.²²

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao declarar a constitucionalidade da decisão do legislador que revogou a culpa imputadora de improbidade, entendeu que “a opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e a tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º)”.²³

Por conseguinte, a justa causa deve ser comprovada com a prática de ato típico doloso do agente público (elemento subjetivo e prejuízo ao erário – elemento objetivo)

²¹ STJ, AgInt no AREsp 1309151/RS. Relator Manoel Erhardt (desembargador convocado do TRF5. Primeira Turma. DJe 03.11.2021.

²² STF, ARE 843989. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Pleno. DJe. 18.08.2022.

²³ STF, ARE 843989. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Pleno. DJe. 18.08.2022.

nos casos previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA. Na correção entre ato doloso e justa causa, observe-se que a ausência do dolo tem a consequência de esvaziar a justa causa:

Penal e processo penal. Recurso em habeas corpus. 1. Operação caixa de pandora. Absolvição na ação de improbidade administrativa. Repercussão sobre a ação penal. independência das esferas. 2. Particularidades do caso concreto. Ausência do elemento subjetivo dos particulares. 3. Consequências jurídicas que recaem sobre o mesmo fato. ausência de dolo. fato típico não configurado. 4. Crime contra a administração pública. especificidades examinadas pela esfera cível. Particularidades do caso concreto. Exceção à independência das esferas. 5. Dolo de atentar contra princípios da administração não configurado. Conduta que não pode revelar dolo de violar bem jurídico tutelado pelo direito penal. *Justa causa esvaziada*. 6. Recurso em habeas corpus a que se dá provimento.²⁴

3.3 Rejeição da petição inicial da ação de improbidade por ausência dos requisitos previstos no artigo 17, §6º, da LIA

O artigo 17, §6º, da LIA prevê os requisitos que devem ser observados na petição inicial da ação de improbidade administrativa:

§6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Caso estejam ausentes os requisitos previstos no artigo 17, §6º, da LIA, a petição inicial deverá ser rejeitada em razão de sua inépcia, nos termos do artigo 17, §6º-B, do mesmo diploma legal:

Art. 17. (...)

§6º-B A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.

A entrada em vigor da Lei nº 14.230/21, que alterou a Lei nº 8.429/92, vedou ao autor da ação de improbidade administrativa forjar uma petição inicial meramente especulativa e em bloco, sem a devida individualização das condutas dos réus, desprovida do mínimo de provas acerca das imputações e com a ausência de demonstração da prática do ato ímprobo de forma dolosa. Outrossim, saliente-se que aos acusados somente podem

²⁴ STJ, Recurso em Habeas Corpus nº 173448 – DF (2022/0360731-1). Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Dje 03.2023.

ser imputados os tipos punitivos descritos nos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.429/92, com a devida fundamentação da prática ou concorrência dolosa de ato ímprobo, a teor do que dispõe o artigo 3º da Lei nº 8.429/92, com redação da Lei nº 14.230/21, *in verbis*:

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

Assim, as acusações genéricas e vazias de conteúdo, carentes de razoabilidade fática e jurídica, afrontam os artigos 3º e 17, §6º, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 14.230/21, em razão de ausência dos seguintes elementos:

- (1) não individualização das condutas;
- (2) descontextualização dos fatos e das tipificações previstas na Lei nº 8.429/92;
- (3) não comprovação de qualquer conduta desonesta;
- (4) não apresentação de nenhum indício de cometimento de ato ímprobo;
- (5) não demonstração de que os acusados tenham cometido atos dolosos;
- (6) inserção nos autos diversos documentos que não correspondem aos fatos da presente ação;
- (7) apresentação de graves suposições jamais comprovadas nos autos, mas as utilizadas para fundamentar o pedido de condenação; e
- (8) existência de contradição entre os dispositivos legais expostos na fundamentação e no pedido.

Saliente-se que não é possível nas ações de improbidade a existência de aventuras processuais para a tentativa de enquadramento de acusados na prática de atos ímprobos quando a petição inicial não comprova, documentalmente, mínimos indícios de cometimento de práticas de atos ilícitos tipificados na LIA.

4 Conclusão

A sanha acusatória infundada e a partir de ilações nas ações de improbidade se assemelha ao voo de Ícaro. De acordo com a mitologia grega:

Louco de ódio pelo acontecido, Minos descarregou sua ira sobre Dédalo e o prendeu no Labirinto com o filho Ícaro, que tivera de uma escrava do palácio, chamada Náucrates. Dédalo, todavia, facilmente encontrou o caminho de saída e, tendo engenhosamente fabricado para si e para o filho dois pares de asas de penas, presas aos ombros com cera, voou pelo vasto céu, em companhia de Ícaro, a quem recomendara que não voasse muito alto, porque o sol derreteria a cera, nem muito baixo, porque a umidade tornaria as penas assaz pesadas. O menino, no entanto, não resistindo ao impulso de se aproximar do céu, subiu demasiadamente. Ao chegar perto do sol, a cera fundiu-se, destacaram-se as penas e Ícaro caiu no mar Egeu, que, daí por diante, passou a chamar-se Mar de Ícaro.²⁵

²⁵ BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 63. Disponível em: <https://bibliotecaonlinedahisfj.files.wordpress.com/2015/03/mitologia-grega-vol-1-junito-de-souza-brandc3a3o.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2023.

Conforme se vê no mito do *voo de Ícaro*, as acusações desprovidas de fundamento legal por parte das autoridades acusadoras diluem-se, instantaneamente, quando confrontadas com a realidade solar dos fatos e do direito existentes nos autos. Não há necessidade nem mesmo do calor extremo da referida estrela celestial para derreter acusações infundadas com sustentação em hermenêuticas retóricas e desarticuladas por meio de raciocínios tortuosos que se transmutam em arremedos de atipicidade. Basta um clarão mediano para derreter as infundadas imprecizações acusatórias.

Na ação de improbidade, se pretende ser uma peça sólida e não um voo de Ícaro, deve o autor da imputação legal fazer a exposição dos fatos com todas as suas circunstâncias incriminatórias com base no ordenamento jurídico. Ainda que não se exija uma peça acusatória minudente, é obrigatória, contudo, que haja na imputação alusão ao lugar, ano, mês, dia e hora em que o ato ímprobo foi praticado e o *modus operandi* dos ilícitos supostamente praticados. Não é apta uma petição inicial de ação de improbidade quando seus subscritores se subtraem do dever de indicar quanto, quando e como a autoridade pública ou particular teria praticado o ato ilícito.

A exigência de descrição circunstanciada na imputação torna-se ainda mais essencial se a petição inicial de improbidade administrativa é dirigida a uma pluralidade de litisconsortes com a existência de várias acusações que se intercomunicam e são praticadas em concurso de agentes.

Se na ação de improbidade não houver demonstração dos elementos probatórios que comprovariam a acusação, só resta uma única alternativa ao julgador: indeferir a petição e, conseqüentemente, julgar extinta a ação temerária. Exemplifica-se. Se a petição inicial omite o meio supostamente utilizado pelo acusado para a prática de ato ilícito, não há como ser exercido o pleno direito de defesa. Nesse sentido, a ausência de justa causa viola o devido processo legal no que tange à inafastabilidade do direito de defesa.

Se, nessa linha de raciocínio, o legitimado da ação de improbidade simplesmente não descreve como teria se dado o suposto ato de improbidade e deixa de estabelecer, com a exigível precisão, as conexões fáticas que comprovariam o dolo do ilícito, não há *justa causa* que fundamente a pretensão acusatória. Mas, ao revés, o que existe é uma acusação absolutamente falsa e desonesta processualmente. Não é de balde que o *Código de Hamurabi*, escrito aproximadamente no século XVIII a.C., apenas com a morte o falso acusador: “1º - Se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar a prova disso, aquele que acusou deverá ser morto”.²⁶ Porém, como a civilização não acata, formalmente, os castigos estatuídos no *Código de Hamurabi*, o máximo que pode ocorrer ao negligente acusador é ser punido nos crimes de abuso de autoridade com as penalidades previstas na Lei nº 13.869/2019 na esfera administrativa pelos órgãos de controle.

Por fim, é importante destacar que a exigência do requisito dolo específico, que passou a ser uma exigência legal da Lei nº 14.230/21, já foi objeto de decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu sua aplicação, nos seguintes termos:

²⁶ Disponível em: <https://www.pravaler.com.br/wp-files/download/codigo-de-hamurabi-idioma-portugues-download-pdf.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2023.

Processual civil e administrativo. Recurso especial representativo da controvérsia. Improbidade. Contratação de servidor temporário. Autorização. Lei local. Dolo. *O afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei n. 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa, ex vi do seu art. 1º, §§2º e 3º, em que é necessário aferir a especial intenção desonesta do agente de violar o bem jurídico tutelado.*

(STJ – REsp nº 1.913.638-MA, Relator: Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, Data do Julgamento 11 de maio de 2022, Publicação 24 de maio de 2022) – grifos nossos.

A justa causa, presente nos diversos ramos do Direito, vista nos capítulos introdutórios, é uma exigência indeclinável e irrenunciável de um ordenamento jurídico que busca a primazia da justiça. A justa causa exige do acusador que comprove os indícios de autoria e materialidade de forma racional e proporcional. As aventuras processuais acusatórias são mais do que irresponsáveis. São desumanas porque destroem reputações que podem levar ao aniquilamento psíquico e à marginalidade social.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 1986. Disponível em: <https://bibliotecaonlinedahisfj.files.wordpress.com/2015/03/mitologia-grega-vol-1-junito-de-souza-brandc3a3o.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2023.

NATALI, Cario. *Aristóteles*. Tradução de Maria da Graça Gomes de Pina. São Paulo: Paulus, 2016.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt e NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Justa causa e *in dubio pro societate* nas ações de improbidade. *Consultor Jurídico*. <https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/improbidade-debate-justa-causa-in-dubio-pro-societate-aco-es-improbidade>. Acesso em: 8 fev. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa causa e juízo de prelibação (admissibilidade) na ação de improbidade administrativa: proteção e preservação dos direitos e garantias dos requeridos frente à busca de maior eficiência judicial no combate à corrupção na era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, DF, v. 12, n. 141, set. 2017.

OXALÁ, Adilson de. *IGBADU. A Cabeça da Existência*. Mitos Nagôs Revelados. Rio de Janeiro: Pallas, 2006.

KAFKA, Franz. *O Processo*. Tradução de Gervásio Álvaro. Biblioteca Visual. Disponível em: <https://100melhoreslivros.files.wordpress.com/2009/12/franz-kafka-o-processo.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2023.

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

PEIXINHO, Manoel. Justa causa na ação de improbidade administrativa: exegese do artigo 17, §6º-B, da Lei nº 8.429/92 com redação dada pela Lei nº 14.230/2021. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 337-348. ISBN 978-65-5518-820-2.

OS CONTRATOS DA LEI Nº 14.133/2021: UMA ANÁLISE CONSIDERANDO O CONTEXTO DE MUDANÇAS E A NECESSIDADE DE AVANÇOS

GABRIELA PÉRCIO

1 Introdução

Há alguns anos se discute a chamada crise da teoria contratual administrativa.¹ Em breves palavras, pode-se dizer que, ao longo dos anos, a existência de um único regime jurídico contratual² mostrou-se inadequada para o alcance dos objetivos de interesse público, e a possibilidade do exercício, muitas vezes equivocado, de prerrogativas pela Administração contratante relegou seus potenciais contratantes privados, parceiros naturais de negócios, à posição de oponentes, criando um ambiente de insegurança jurídica, com graves reflexos nos aspectos econômicos do contrato.³

¹ Na importante tese defendida por Fernando Dias Menezes de Almeida, “a evolução rumo a um novo ponto de convergência, especialmente em consequência do aumento da complexidade do fenômeno contratual envolvendo a Administração Pública”. O autor ressalta que o “aumento de complexidade amplifica sua insuficiência como explicação teórica e ainda revela mais nítidas suas inadequações anteriores”, propondo que o ponto de convergência seja “a essência contratual, atentando-se, especialmente, para a distinção entre o regime jurídico criado mediante contrato e o regime jurídico criado legislativamente quanto ao contrato e quanto a seu objeto; e atentando-se também para a distinção fundamental entre situações jurídicas subjetivas e situações jurídicas objetivas” (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 13).

² À exceção dos contratos de permissão e concessão de serviço público, regidos pela Lei nº 8.987/1992.

³ Por todos, dada a abrangência da pesquisa realizada para a construção da tese, cita-se a obra “Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea”, de Vivian Lima Lopes Valle (Editora Fórum), que promove a crítica ao modelo de autoridade e sugere um novo regime jurídico para os contratos administrativos, pautado, eminentemente, na aplicação subsidiária da autoridade. Segundo a autora: “O enquadramento do contratado como litigante na contemporaneidade evidencia uma relação agressiva e de desconfiança entre Poder Público e contratado. O contratado presume comportamentos imprevisíveis e desrespeito ao contrato pelo Poder Público, agregando esse risco político ao valor de sua proposta. O Poder Público, por sua vez, presume inexecução contratual, impõe autoridade e prerrogativas no contrato mesmo antes de qualquer situação de interesse público justificar a medida. E essa visão do contratado como litigante colide com a lógica de um princípio ético de fidelidade recíproca aos compromissos assumidos. E produz prejuízos ao interesse público em ambos os sentidos” (p. 69).

Foi neste cenário que, em 2016, a Lei nº 13.303,⁴ entre outras modificações relevantes, restringiu o exercício de prerrogativas contratuais por tais entidades, cingindo a alteração de seus contratos à existência de acordo entre as partes⁵ e tornando necessário o diálogo para chegar ao consenso.⁶ A mudança, tida como favorável à eficiência e à economicidade das contratações, foi bem recebida.⁷

Em 2021, a Lei nº 14.133 não seguiu o mesmo caminho, mantendo o regime de prerrogativas⁸ e replicando, em meio a novidades, diversas regras sobre contratos que já eram previstas na Lei nº 8.666/1993.⁹ Não obstante, tal espécie de continuidade não deve ser confundida com ausência de mudanças e, menos ainda, de avanços.

O novo regime jurídico dos contratos administrativos precisa ser estudado e compreendido à luz do microsistema normativo inaugurado pela Lei nº 14.133/2021 e, especialmente, dos novos arranjos contratuais que passaram a ser possíveis após a sua vigência. É necessário revisar concepções e entendimentos em busca de interpretações que permitam, senão superar, minimizar problemas preexistentes e melhorar o ambiente dos negócios públicos, aumentando a eficiência e a eficácia do contrato administrativo para a consecução dos objetivos de interesse público. As próximas linhas se destinam a trazer reflexões e proposições sobre o assunto, com o objetivo de provocar o debate e instigar conclusões nesse sentido.

⁴ A referida lei dispõe sobre o regime jurídico das empresas estatais, incluindo licitações e contratos. Na oportunidade da publicação da Lei, houve questionamentos acerca da constitucionalidade da ampliação do escopo do §1º do art. 173 da Constituição Federal, com a aplicação das regras da Lei nº 13.303/2016 inclusive às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. A celeuma acabou arrefecendo, mas vale citar a doutrina de Fabricio Motta, no sentido de que “com o advento da Lei nº 13.303/16, o legislador simplesmente optou por submeter também essas empresas estatais às mesmas regras aplicáveis àquelas que exploram atividades econômicas em sentido estrito. Pode-se discutir a constitucionalidade dessa opção em um confronto entre as regras específicas e o conteúdo de princípios constitucionais, mas não somente em razão de suposta extrapolação da competência constante do artigo 173”. O trecho foi extraído do artigo “Lei de licitações das estatais peca pelo excesso de regras”, de Fabricio Motta, publicado no CONJUR, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-21/interesse-publico-lei-licitacoes-estatais-peca-excesso-regras>, acesso em: 6 set. 2023.

⁵ Vide arts. 72 e 81 da Lei nº 13.303/2016.

⁶ BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais – Regime licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 563.

⁷ Nesse sentido, ZYMLER, Benjamin *et al.* *Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 414. Já Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr manifestaram a preocupação com o risco de que as estatais pudessem “reanimar” a prerrogativa de alteração unilateral em seu favor, autorizando-as, de forma indiscriminada, em seus regulamentos, entendendo que tal conduta é inaceitável (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e Contratos das Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 264-265).

⁸ Vide arts. 104 e 124 da Lei nº 14.133/2021.

⁹ Alinhando-se à conclusão de Victor Amorim, considerando as peculiaridades que envolveram a construção da nova lei, não cabe buscar, para esta e outras escolhas, a intenção *do legislador*. Segundo o autor, foram “centenas de mãos guiadas pelas mais diversas intenções, pela necessária e salutar participação da sociedade, de segmentos civis e econômicos organizados, de juristas e especialistas em gestão pública”, em um ambiente democrático e participativo durante quase oito anos de processo legislativo em que se sucederam três Legislativas, três Presidentes da República, um processo de *impeachment* presidencial e uma renovação parlamentar sem paralelos. E conclui: “não temos sequer um ‘único legislador’, mas vários legisladores, em todas as suas dimensões políticas e temporais” (AMORIM, Victor. *A origem da Nova Lei de Licitações*, disponível em: <https://www.novaleilicitaao.com.br/2022/03/25/a-origem-da-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 20 set. 2023).

2 Os novos contornos do contrato administrativo

2.1 O regime de prerrogativas públicas à luz do novo contexto normativo

A manutenção das prerrogativas da Administração Pública contratante no bojo da Lei nº 14.133/2021 não significa, em absoluto, manutenção do *status quo ante*. Apesar da semelhança de redação, não significa, nem mesmo, a repetição de normas, mas, apenas e tão somente, a manutenção da relação de verticalidade. Em verdade, a nova lei contém premissas suficientes para a construção de uma nova relação contratual, mais equilibrada, menos instável, mais eficaz.

Com efeito, o interesse privado passou a ocupar certo protagonismo, reconhecendo-se a sua importância para o negócio jurídico e a importância da sua satisfação para a satisfação do próprio interesse público. Princípios basilares da Teoria Geral dos Contratos foram trazidos para o seu texto, de forma expressa ou implícita, o exercício de prerrogativas foi mitigado e novos espaços para o consenso foram criados,¹⁰ num evidente objetivo de melhorar o ambiente de negócios. Nesse sentido:

a) o princípio da segurança jurídica passou a ser um vetor expresso para a aplicação da Lei,¹¹ impondo uma atuação mais previsível por parte da Administração Pública e, com isso, reduzindo a instabilidade;¹²

b) a tolerância para o atraso nos pagamentos devidos¹³ e o tempo de suspensão unilateral do contrato pela Administração foram reduzidos;¹⁴ o contratado passou a ter assegurado, expressamente, seu direito à extinção do contrato, em caso de imposições unilaterais que ultrapassem limites legais;¹⁵ em caso de discussões sobre a execução, a parcela incontroversa do pagamento deverá, sempre, ser liberada¹⁶ e a Administração deverá decidir, expressamente, sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos,¹⁷ num evidente prestígio ao interesse privado envolvido;

c) a Administração deverá fixar no contrato prazo para responder pedidos de repactuação e revisão econômica¹⁸ e, em contratos de maior relevância, a matriz de riscos distribuirá,

¹⁰ Conforme bem destacam Pironi e Figueroa: “a noção de consensualidade surge como tendência à nova Administração Pública, como meio eficaz de evolução do modelo de gestão e aplicação eficiente e justa do direito.” Ainda, escrevem os autores: “Nesse passo, a transformação do direito se dá exatamente no sentido de que a atuação coercitiva do Estado far-se-á apenas excepcionalmente, ou seja, quando a consensualidade não puder sobrepujar a imperatividade. Dessa forma, a dialogicidade deve imperar nas relações entre o Poder Público e o privado, respeitados, por óbvio, os princípios gerais do Direito e a razoabilidade desse consenso” (PIRONI, Rodrigo; FIGUEROA, Rodrigo Ochoa. Breve ensaio sobre o consensualismo na Administração Pública e o contraponto entre o modelo burocrático e responsável (“gerencial”). *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 1-310, jan./mar. 2013. ISSN 1516-3210.

¹¹ Vide art. 5º da Lei nº 14.133/2021.

¹² A observância do princípio da segurança jurídica também deverá reduzir a incidência de custos transacionais, que oneram o preço contratado e não devem, na esteira do que ensinam Camelo, Nóbrega e Torres, ser ignorados pela teoria dos contratos (CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Análise econômica das licitações e contratos*: de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações). Belo Horizonte. Fórum: 2022, p. 207 a 221.)

¹³ Vide art. 136, §2º, inc. IV, da Lei nº 14.133/2021.

¹⁴ Vide art. 136, §2º, incs. II e III, da Lei nº 14.133/2021.

¹⁵ Vide art. 136, *caput*, da Lei nº 14.133/2021.

¹⁶ Vide art. 143 da Lei nº 14.133/2021.

¹⁷ Vide art. 123 da Lei nº 14.133/2021.

¹⁸ Vide art. 92, inc. X e XI, e art. 123 da Lei nº 14.133/2021.

desde logo, justa e racionalmente, os riscos entre as partes,¹⁹ proporcionando maior clareza em relação às condições para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; d) conflitos acerca de direitos patrimoniais poderão ser resolvidos mediante a utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias²⁰ e termos de ajustamento de conduta poderão ser celebrados para mitigar a aplicação de sanções,²¹ permitindo soluções consensuais que sejam eficazes para cada caso concreto.

Também merece destaque a positivação do dever de planejamento, incluído expressamente entre os princípios que devem ser observados na aplicação da Lei,²² e a indicação explícita dos atos que devem ser praticados na fase preparatória da contratação.²³ Tais disposições ajudarão a mitigar situações que, em tempos passados, levavam à realização de aditivos para alterações unilaterais decorrentes de falhas de planejamento, que, além de aumentar a insegurança jurídica para o contratante privado, trazia o risco de punições pelos tribunais de contas. A realização de estudos e avaliações em conformidade com as novas regras, suficientes à perfeita identificação do objeto e das condições de contratação, deverá, conforme se espera, inibir tais espécies de alterações unilaterais e restringir o exercício da prerrogativa pública a situações em que o interesse público vier a sofrer mutações decorrentes de fatos supervenientes e imprevisíveis ao tempo da contratação.

Ainda acerca das alterações unilaterais, outra novidade acarretará mudanças significativas: a intenção de alterar unilateralmente o contrato deverá ser precedida da avaliação do seu impacto econômico nos encargos suportados pelo contratado, promovendo-se, quando for o caso, o reequilíbrio no mesmo termo aditivo.²⁴ Significa que, além das razões técnicas e do respaldo legal, a instrução do procedimento de alteração unilateral deverá trazer o demonstrativo do seu impacto econômico, sendo a concessão do reequilíbrio, quando for o caso, condição para a própria alteração. Para as situações de supressão unilateral, a regra é de solar importância, diante da possibilidade de redução significativa da remuneração do contratado em relação às expectativas iniciais. Some-se a isso o “novo” dever da Administração, de ressarcir dispêndios com materiais já adquiridos e indenizar o que mais se comprovar devido,²⁵ e teremos uma clara redução da insegurança relacionada ao exercício dessa prerrogativa pública.

Diante do exposto, verifica-se que a Lei nº 14.133/2021, de forma inovadora, manteve a verticalidade decorrente da supremacia do interesse público sobre o privado, mas conferiu-lhe uma nova roupagem, reduzindo iniquidades que afetavam negativamente o negócio jurídico e aumentando a proteção econômico-financeira do contratado em face de imposições unilaterais.

¹⁹ Vide art. 6º, inc. XXVII, e art. 22, §3º, da Lei nº 14.133/2021.

²⁰ Vide Capítulo XXI da Lei nº 14.133/2021.

²¹ Vide art. 156, §1º, inc. V, da Lei nº 14.133/2021.

²² Vide art. 5º da Lei nº 14.133/2021.

²³ Vide art. 18 da Lei nº 14.133/2021.

²⁴ Vide art. 130 da Lei nº 14.133/2021. A medida, em verdade, já era prevista no art. 9º, §2º, da Lei nº 8.987/1995, que regula as concessões e permissões de serviços públicos.

²⁵ Vide art. 129 da Lei nº 14.133/2021.

2.2 O contrato enquanto instrumento eficaz de gestão pública

Diferentemente da sua antecessora, a Lei nº 14.133/2021 não traz um conceito para o contrato administrativo, nem trata do contrato privado da Administração Pública,²⁶ deixando, de um modo geral, ao encargo da doutrina a propositura de definições que se relacionem ao contrato administrativo enquanto instituto de Direito, seja sob a perspectiva estrutural, seja sob a perspectiva funcional.²⁷ Indo por outro viés, sua abordagem é pragmática, tomando o contrato administrativo como *instrumento* de gestão pública, fixando regras que incrementam a sua funcionalidade, ou seja, a sua capacidade de alcançar os objetivos para os quais foi celebrado.

Nesse sentido:

a) as *exigências da fase preparatória* deverão resultar em uma modelagem cuidadosa do negócio, que considerará a necessidade administrativa, as soluções oferecidas pelo mercado e os melhores incentivos econômicos para o contratante privado, com impacto direto nos resultados da licitação e do contrato. Em qualquer caso, a Lei exige precisão na identificação da demanda e na definição da solução que poderá satisfazê-la.²⁸ Sendo mais complexo o interesse público e maiores os riscos envolvidos, o diálogo formal com o setor privado²⁹ será o caminho para a redução de assimetrias informacionais, a compreensão da melhor forma de obtenção dos resultados pretendidos e a adequada identificação da metodologia de gestão e alocação de riscos contratuais,³⁰ minimizando erros e otimizando acertos;

b) as *novas regras sobre a duração dos contratos* revelam um racional diferente do adotado pela legislação anterior, aparentemente apto a resolver velhos problemas.

²⁶ A Lei prevê que não estão submetidas ao seu regime as “contratações sujeitas a legislação própria” (art. 3º, inc. II). A propósito do assunto, Anderson Sant’ana Pedra afirma que a utilização, no inc. II, do art. 3º da Lei nº 14.133/2021, de redação com largo espectro teve o propósito de alcançar “situações supervenientes que sejam apresentadas por inovações legislativas”. Ao tratar dos contratos privados da Administração Pública, o autor defende que eles recebem “influxo das normas de direito público, mas não das regras da NLLCA, podendo adotar modelos negociais mais flexíveis, de acordo com a regra de mercado” (PEDRA, Anderson Sant’anna. Artigos 164 a 169. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO Tatiana (coord.). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022 p. 60). Para Luciano Ferraz, permanece vigente a dicotomia entre contratos administrativos em sentido estrito e contratos privados da Administração Pública, com certa flexibilidade na construção das cláusulas contratuais nos casos em que o objeto, a finalidade e o objetivo do contrato revelem a necessidade de regência pelas normas de Direito Privado, sob pena de onerosidade excessiva ou prejuízo à livre concorrência (Palestra proferida no webinar “As regras relacionadas aos contratos administrativos na nova Lei de Licitações”, promovido pela Fundação Getúlio Vargas, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nBzx9CZ1oVk>, acesso em: 21 set. 2023).

²⁷ Fernando Dias Menezes de Almeida destaca as diferenças entre a perspectiva estrutural e a perspectiva funcional de análise jurídica, exploradas por Norberto Bobbio, esclarecendo não haver, entre elas, certo ou errado, tendo, ambas, relevância e sentido. Especialmente no tocante à análise do contrato sob a perspectiva funcional, esclarece, com base em Bobbio, a necessidade primária de uma resposta à pergunta “função em relação a quê”. Sob qualquer das perspectivas, segundo o autor, devem ser identificados os elementos substanciais do contrato, compreensão que se mostra relevante, por exemplo, no momento de se admitir a não essencialidade do regime de prerrogativas do contrato administrativo ante a necessidade de atendimento do interesse público, preservada a substância do contrato (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 64-68).

²⁸ O que não significa, em absoluto, burocratização do procedimento, diante da necessidade de observar, para a aplicação da lei, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nos termos de seu art. 5º.

²⁹ Nesta etapa do processo de contratação, poderão ser realizadas audiência e consulta públicas, conforme estabelece o art. 21 da Lei nº 14.133/2021.

³⁰ A modalidade diálogo competitivo será cabível em situações específicas, conforme dispõe o art. 32.

Enquanto a Lei nº 8.666/1993 trazia como regra o contrato anual, sem diferenciar contratos de prazo e de escopo e, especialmente para aqueles, ignorava o impacto do fator tempo no negócio jurídico, a Lei nº 14.133/2021 fixa regras distintas para ambas as espécies contratuais e traz, para os contratos de escopo, a prorrogação automática da vigência, priorizando a entrega dos resultados em detrimento da preocupação com a extinção do ajuste pelo decurso do tempo.³¹ No caso dos contratos de prazo, a Lei reconhece o tempo como um elemento fundamental. O prazo de vigência do contrato deve ser definido de acordo com o tipo de contrato, seu objeto e os impactos da duração do ajuste nos resultados buscados. Ou seja: deve ser avaliado, na fase preparatória da contratação, o potencial do prazo de vigência para influenciar positivamente o negócio jurídico que será realizado, notadamente no que toca aos seus aspectos econômicos. Os levantamentos realizados durante a elaboração do estudo técnico preliminar deverão evidenciar o melhor prazo de vigência e a vantagem da contratação plurianual, se ela existir;³²

c) a *admissibilidade de subcontratação mesmo sem previsão em edital*³³ ampliou a eficácia do contrato administrativo já celebrado, diante da possibilidade de, sendo identificada como melhor solução para o interesse público apenas na fase contratual, ainda assim acontecer mediante as devidas justificativas;³⁴

d) a *não submissão das alterações consensuais a limites percentuais* e, conseqüentemente, a maior flexibilidade para a ocorrência de transações relacionadas aos aspectos qualitativos e quantitativos do objeto integra o conjunto de providências da Lei nº 14.133/2021 que possibilitarão o melhor aproveitamento do contrato administrativo para o alcance dos objetivos de interesse público nele envolvidos. O assunto é polêmico, razão pela qual será mais bem analisado em tópico específico.

2.3 Os contratos de longo prazo e a problemática dos impactos do tempo na sua execução

A possibilidade de celebrar contratos com prazos mais longos traz discussões importantes. Os avanços são evidentes, com a redução da burocracia e, especialmente, modelagens mais econômicas para os contratos.³⁵ Contudo, é preciso ver além.

Contratos de longo prazo são marcados pela incompletude, sendo impossível antever todas as condições que podem influir sobre ele ao longo de toda a sua vigência.³⁶

³¹ Vide art. 111 da Lei nº 14.133/2021.

³² Vide Capítulo V da Lei nº 14.133/2021, em especial seus arts. 105, 106 e 107.

³³ Vide art. 22, §2º, da Lei nº 14.133/2021.

³⁴ A possibilidade já era admitida pelo Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, o Acórdão nº 3.334/2025 do Plenário: “A subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos, entendimento que se deriva do art. 72 da Lei nº 8.666/1993 e do fato de que, na maioria dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração”.

³⁵ Sobre a duração dos contratos na Lei nº 14.133/2021, vide FORTINI, Cristiana; STROPPA, Christianne de Carvalho. *A duração dos contratos na lei nº 14.133/2021: o que muda, por que muda e a polêmica em torno dos contratos de prestação/fornecimento*. SLC – Soluções em Licitações e Contratos. Soluções Autorais. Março. 2022, p. 51-54.

³⁶ Nesses casos, especialmente em operações econômicas complexas, marcadas também pela incerteza, as partes podem decidir firmar o contrato sem a alocação dos riscos *ex ante*, preferindo proceder à gestão negativa de

De acordo com a teoria relacional, tais ajustes equivalem a um processo evolutivo e são peculiarizados pelo dinamicismo, pela mutabilidade, pela complexidade e por relações interdependentes e multilaterais. Exigem estruturas de governação que permitam solucionar a multiplicidade de contingências a interferir na sua execução, com uma disciplina contratual endógena prevendo para as partes incentivos, mecanismos e recompensas para uma atuação conjunta, coordenada e consensual na busca das soluções para problemas surgidos após a sua celebração.³⁷ A mutabilidade, a flexibilidade e a possibilidade de construção de soluções negociadas pelas partes são inerentes a tais contratos, compreendendo-se que a segurança jurídica decorre, exatamente, da certeza da mudança.³⁸

No Brasil, estudos sobre o assunto sempre envolveram contratos de concessões e permissões de serviços públicos, mas a possibilidade, trazida pela Lei nº 14.133/2021, de celebração de outras espécies contratuais por períodos iniciais mais longos requer atenção acerca dos impactos do tempo na sua execução,³⁹ considerando que, não sendo tão complexos quanto aqueles, não cabe, contudo, categorizá-los, genericamente, como simples. A peculiaridade do prazo dilatado, pontue-se, pode requerer tratamento distinto e inviabilizar a sua submissão às mesmas regras aplicáveis aos contratos de curta duração, notadamente relacionadas aos limites para a mutabilidade e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.⁴⁰ Destacam-se, dentre tais contratos, os de fornecimento de bens e prestação de serviços contínuos, que, pela amplitude da definição legal, deverão representar parcela significativa dos contratos celebrados pela Administração Pública e, quando celebrados por prazos superiores a um ano, poderão gerar impasses inéditos ao longo de sua vigência.⁴¹

risco e deixar para momento futuro a decisão quanto a sua alocação, adaptando a solução à nova realidade contratual (MONTEIRO, Paula Greco. Os contratos incompletos e a *soft law*. *Revista dos Tribunais*, vol. 966, abr. 2016).

³⁷ Conforme GARCIA, Flávio Amaral. *Op. cit.* p. 109. O autor ainda escreve que “para a concepção relacional dos contratos vislumbram-se benefícios recíprocos às partes quando estas adotam uma postura baseada na cooperação, na confiança e na boa-fé como elementos centrais na construção coordenada das soluções pós-contratuais da relação duradoura. Os interesses das partes contratantes não assumem necessariamente feições contrapostas. O interesse comum na consecução o objeto do contrato deve leva-las a agir pautadas por padrões cooperativos e solidários” (p. 109 e 110).

³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviços Públicos – Inteligência da lei nº 8.987/1995 – Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 37.

³⁹ Segundo ensinam Camello, Nóbrega e Torres (*op. cit.*), a “introdução da dinâmica do tempo dá um novo peso a dois elementos-chave dos contratos: compromisso e renegociação”.

⁴⁰ A propósito do assunto, Nóbrega, Vera e Turolla já concluíram, quanto aos contratos de infraestrutura, que “a contratação incompleta em um ambiente institucional imperfeito é perfeitamente possível desde que haja uma predisposição a comportamentos pós-contratuais não autômatos, o que se relaciona, por exemplo, às atitudes dos agentes contratuais (Concessionário e Concedente) diante do temor da aceitação dos acordos pelas instâncias de controle do contrato. Muitas vezes, os agentes públicos e privados não se movem por antecipar uma resposta negativa desses agentes de controle, por temerem o seu formalismo ou até mesmo o seu apego aos institutos da contratação de curto prazo que não fariam sentido na contratação a longo prazo” (NÓBREGA, Marcos; VERAS, Rafael; TUROLLA, Frederico. *Contratação incompleta de projetos de infraestrutura*. PSP Hub – WORKING PAPER PSHUB#002 – Infrastructure and Urbanism Studies – 9 de julho de 2023 – Versão 3).

⁴¹ A extinção unilateral antecipada desses contratos sem ônus para a Administração, prevista no inc. III do art. 106, já desponta como um aspecto preocupante para a efetividade da solução aventada pela Lei, que mira na vantagem das contratações por prazos mais longos.

2.4 Os limites às alterações consensuais qualitativas e quantitativas

O tratamento dispensado pela Lei nº 14.133/2021 às alterações contratuais não é o mesmo da legislação anterior.⁴² Apesar da semelhança na redação dos principais dispositivos sobre o assunto, uma mudança importantíssima claramente ocorreu e deve ser percebida nas entrelinhas do texto normativo.

No influxo de reduzir a insegurança do regime de prerrogativas, a preocupação evidente é com as alterações unilaterais. Continua sendo vedada a alteração unilateral de cláusulas econômico-financeiras, está mantido o dever de revisar as cláusulas econômico-financeiras do contrato para manutenção do equilíbrio, bem como foram repetidos os limites percentuais, agora abarcando, expressamente, as alterações unilaterais qualitativas e quantitativas. A nova lei sinaliza, ainda, de forma clara, que as alterações unilaterais não podem transfigurar o objeto da contratação.⁴³

Contudo, a vedação a “qualquer alteração” que superasse os limites percentuais, salvo as supressões que resultassem de acordo entre as partes,⁴⁴ presente na Lei nº 8.666/1993, não foi repetida, revelando maior tolerância para com alterações realizadas de forma consensual, inclusive qualitativas e quantitativas do objeto,⁴⁵ conclusão que se alinha às demais características do contrato administrativo, sugeridas nos tópicos anteriores.

Assim, em nosso entender, a nova lei permite, como regra e em tese, ajustes e rearranjos acordados entre as partes,⁴⁶ ficando a legalidade da decisão administrativa condicionada à análise do caso concreto. Neste contexto, posteriormente à celebração do

⁴² Abordamos esse assunto com maior profundidade no episódio 23 do *podcast* Reverbere, do Portal L & C, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=V33f6kxbbZw&t=13s>.

⁴³ Vide art. 126 da Lei nº 14.133/2021.

⁴⁴ O §2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 estabelecia:

“§2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (...) II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes”.

⁴⁵ Registre-se, sobre o assunto, o entendimento de José Anacleto Abduch Santos: “A regra do art. 125 da Lei nº 14.133/21 propicia ampla margem de discussão. Mas, é inegável, o legislador excluiu as alterações contratuais consensuais de qualquer limite percentual em relação ao valor inicial do contrato atualizado”.

Sugere-se uma interpretação da norma à luz dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica.

Não parece razoável ou proporcional, ou juridicamente seguro, admitir que uma alteração contratual consensual possa produzir acréscimos ou supressões em montante tal que desnature o contrato original.

Não é correto, igualmente, que uma alteração contratual produza um resultado que, se tivesse sido previsto no processo licitatório, poderia ter atraído potenciais licitantes diversos – modificando significativamente o universo concorrencial original.

Uma interpretação segura indica que, diante da omissão legal no que tange a limites percentuais para as alterações consensuais, sejam elas realizadas apenas no montante necessário, e justificado, para adaptações da execução do contrato ao interesse efetivo e legítimo da Administração, ainda que superiores àqueles limites previstos no art. 125º (SANTOS, José Anacleto Abduch. *Alterações contratuais na nova Lei de Licitações*, disponível em: https://zenite.blog.br/alteracoes-contratuais-na-nova-lei-de-licitacoes/?doing_wp_cron=1693422710.0237889289855957031250, acesso em: 30 ago. 2023).

⁴⁶ Destaca-se, aliás, que, mesmo no regime anterior, a possibilidade de realizar alterações consensuais em hipóteses diferentes das legalmente enumeradas era defendida pela doutrina. Marçal Justen Filho já ensinava que o fato de o regime de direito público autorizar a Administração contratante a realizar imposições unilaterais não afasta a possibilidade de modificações bilaterais e consensuais que não trouxerem risco de lesão ao interesse público (JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito administrativo contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 198). Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União admitia a modalidade consensual de alterações qualitativas, a despeito da ausência de previsão legal (Decisão 215/1999-TCU/Plenário).

contrato, as partes poderão realizar ajustes consensuais em razão de fato superveniente e imprevisível, de situações imprevistas constatadas durante a execução ou, ainda, de mutações no interesse público, decorrentes dos efeitos do tempo em contratos de longo prazo. Até mesmo falhas de planejamento por parte da Administração não podem ser excluídas, diante das dificuldades práticas em torno da demonstração, na fase preparatória, da vantagem na celebração de tais ajustes, conforme exigido pela lei. Inclui-se, ainda, na lista de possíveis objetos de alterações consensuais, o atendimento de demandas legítimas do contratante privado, que não afetem os resultados pretendidos pela Administração Pública contratante e não ofereçam, concretamente, vantagem diversa daquela oferecida na licitação.

Esta premissa parece-nos correta, especialmente por se mostrar fundamental no novo cenário de contratos de longa duração, já desenhado nos tópicos anteriores. Sua manutenção poderá exigir negociações as mais diversas, sempre visando a manutenção da eficácia do contrato para o alcance dos seus objetivos iniciais, públicos e privados, ao longo de todo o período de vigência.

Note-se, ainda, que a ausência de um limite legal expresso de valor evitará que alterações comprovadamente necessárias, mas que ultrapassem o limite percentual, deixem de ser realizadas por receio de questionamentos e eventual responsabilização pelos tribunais de contas.

Sendo assim, de acordo com a nova lei e com as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB,⁴⁷ diante da necessidade de alterações contratuais, especialmente alterações qualitativas e quantitativas do objeto que superem o limite percentual legalmente estabelecido, caberá ao gestor, orientado pelos princípios previstos no art. 5º da Lei nº 14.133/2021, tomar a melhor decisão para o interesse público à luz das circunstâncias concretas, motivando-a devidamente.

3 Conclusão

A Lei nº 14.133/2021 traz regras que minimizam alguns dos impactos negativos relacionados à verticalidade da relação encerrada nos contratos administrativos e melhoraram a eficiência e a eficácia desses ajustes enquanto instrumento para a consecução de objetivos de interesse público. Tal conclusão é possível a partir de uma compreensão do novo texto legal que considera o contexto de mudanças e os avanços que precisam ser concretizados.

Na nova lei, o contratante privado é um *player* importante, que busca alcançar objetivos próprios e cujo desempenho é influenciado pelo grau de confiança que possui na Administração Pública, razão pela qual contém dispositivos que asseguram a ele um tratamento mais apropriado e compatível com sua relevância para o negócio. Ainda, a faceta funcional do contrato recebeu maior atenção, ampliando-se o seu potencial de utilidade para a produção de resultados satisfatórios não apenas para o interesse público, mas também para o privado. Há, portanto, nitidamente, condições para evoluir.

⁴⁷ Vide art. 5º da Lei nº 14.133/2021.

Contudo, a aplicação das novas regras da forma sugerida requer algumas mudanças. Primeiramente, relacionadas ao comportamento de intérpretes e operadores. Aumentar a segurança jurídica e garantir a concretização de impactos econômicos positivos exige uma interpretação moderna do texto legal, que permita a uma Administração Pública respaldada pela nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro um atuar mais eficiente e eficaz.

Também é fundamental a revisão, pela Administração Pública, de comportamentos que não se encaixam nesse objetivo de aperfeiçoar as relações com o setor privado para melhorar os resultados para o interesse público. Aplicar a nova lei requer uma atuação mais empática, pautada na consensualidade. É fundamental entender que o poder de realizar imposições unilaterais deve ser exercido de forma excepcional, consciente, útil, racional, eficiente e comedida. Alteração unilateral não implica, obrigatoriamente, *atuação unilateral*; ao contrário, a adoção do diálogo para equacionar interesses não só é possível, como devida, além de aumentar as expectativas de uma execução satisfatória.⁴⁸ Também devem ser abolidas condutas que, mesmo notoriamente incompatíveis com o ordenamento jurídico, escapam, na maioria das vezes, ao controle dos órgãos competentes, institucionalizando uma cultura de autoritarismo, em prejuízo da lealdade e da boa-fé contratual.⁴⁹

Mudanças estruturais também são necessárias, envolvendo ações coordenadas de governança e gestão das contratações, voltadas para a capacitação e o aperfeiçoamento contínuo de autoridades e agentes que desempenham funções essenciais no processo de contratação e para a construção de um ambiente que proporcione condições senão ótimas, ao menos suficientes para o desempenho das atribuições envolvidas. É fundamental melhorar o conhecimento dos agentes sobre o tema contratos administrativos, inclusive aqueles que atuam na fase preparatória, bem como suprir as notórias deficiências relacionadas à gestão e à fiscalização de contratos.

Enfim, a aplicação da Lei nº 14.133/2021, de forma a possibilitar avanços nos contratos administrativos, exige uma concertação de vontades e ações que, apesar de desafiadora, se espera ver concretizada em um tempo não muito distante do nosso. Se novos pilares puderem ser edificados como alicerces das relações negociais entre o público e o privado, novos contratos administrativos surgirão, mais eficientes e eficazes.

⁴⁸ Flávio Amaral Garcia ensina que “a mutabilidade, na sua acepção mais ampla, dever ser permanentemente orientada por uma dinâmica dialética, sempre com o intuito de aumentar o grau de consensualidade nas decisões de alteração do contrato, mesmo aquelas que possam ser unilateralmente definidas pelo poder concedente.

Para tanto, a compreensão e que o concessionário não é um adversário, mas um parceiro colaborador da Administração Pública, é imprescindível no processamento de qualquer alteração contratual. Romper com a lógica antagonista e adversarial que, tradicionalmente, opõe Estado e particular é determinante para o êxito do contrato de concessão e da própria mutabilidade.

Essa percepção decorre, igualmente, da consciência de que existe uma interdependência intrínseca nas obrigações de ambas as partes e que as eventuais alterações contratuais serão mais bem funcionalizadas quando as partes estiverem verdadeiramente imbuídas do intuito de estabelecer um diálogo na busca da melhor solução possível” (GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 83).

⁴⁹ O exemplo mais gritante é o atraso nos pagamentos devidos. Embora configure infração contratual, não há, na prática, meios suficientes à disposição do contratante privado para forçar a Administração Pública a realizá-lo dentro do prazo ou, em caso de atraso, pagar com a atualização monetária devida.

“Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes [São Paulo] que mais vale a lei má, quando inexecutada, ou mal executada (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele).”

(Rui Barbosa)

Referências

- AMORIM, Victor. *A origem da Nova Lei de Licitações*. Observatório da Nova Lei de Licitações. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/03/25/a-origem-da-nova-lei-de-licitacoes/>.
- BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais – Regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Análise econômica das licitações e contratos: de acordo com a Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- FERRAZ, Luciano Ferraz. As regras relacionadas aos contratos administrativos na nova Lei de Licitações. Fundação Getúlio Vargas, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nBzx9CZ1oVk>.
- FORTINI, Cristiana; STROPPA, Christianne de Carvalho. *A duração dos contratos na Lei nº 14.133/2021: o que muda, por que muda e a polêmica em torno dos contratos de prestação/fornecimento*. SLC – Soluções em Licitações e Contratos. Soluções Autorais. Março. 2022.
- GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito administrativo contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MONTEIRO, Paula Greco. Os contratos incompletos e a soft law. *Revista dos Tribunais*, vol. 966, abr. 2016.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviços Públicos – Inteligência da lei nº 8.987/1995 – Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOTTA, Fabrício. *Lei de licitações das estatais peca pelo excesso de regras*. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-21/interesse-publico-lei-licitacoes-estatais-peca-excesso-regras>.
- NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e Contratos das Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- NÓBREGA, Marcos; VERAS, Rafael; TUROLLA, Frederico. *Contratação incompleta de projetos de infraestrutura*. PSP Hub – WORKING PAPER PSPHUB#002 – Infrastructure and Urbanism Studies – 9 de julho de 2023 – Versão 3.

PEDRA, Anderson Sant'anna. Artigos 164 a 169. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO Tatiana (coord.). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PIRONTI, Rodrigo; FIGUEROA, Rodrigo Ochoa. Breve ensaio sobre o consensualismo na Administração Pública e o contraponto entre o modelo burocrático e responsável (“gerencial”). *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 1-310, jan./mar. 2013. ISSN 1516-3210.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Alterações contratuais na nova Lei de Licitações*. Disponível em: https://zenite.blog.br/alteracoes-contratuais-na-nova-lei-de-licitacoes/?doing_wp_cron=1693422710.0237889289855957031250.

VALLE, Vivian Lima Lopes. *Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZYMLER, Benjamin *et al.* *Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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

PÉRCIO, Gabriela. Os contratos da Lei nº 14.133/2021: uma análise considerando o contexto de mudanças e a necessidade de avanços. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 349-360. ISBN 978-65-5518-820-2.

FALA.BR: CANAL DE WHISTLEBLOWING GERENCIADO PELA CGU

RENATA COSTA RAINHO

1 Introdução

Whistleblowing é um procedimento qualificado de denúncia. Referido conceito geral abarca iniciativas distintas de reporte, individualizadas a partir de suas características especiais.

Não obstante, sempre existirão ao menos três elementos em comum.

O primeiro deles refere-se ao sujeito, o *whistleblower*, informante ou reportante, termos sinônimos para se designar o sujeito ativo da denúncia.

O segundo elemento é um procedimento, seja processo administrativo, processo judicial, canal *on-line*, sistema interno de reporte, entre outros, cada qual com seu rito e especificidades.

Finalmente, o terceiro elemento é um fim específico de se denunciar irregularidades e/ou condutas ilícitas, razão pela qual não basta qualquer procedimento, há de se ter um qualificado pelo seu fim especial de coletar e tratar denúncias.

A partir do conceito geral e dos elementos básicos se depreende que são plurais as iniciativas que amplamente podem ser conceituadas como *whistleblowing*, realidade que também se aplica ao Brasil.

Afinal, existem as convenções internacionais de combate à corrupção promulgadas pelo Brasil, em observância aos trâmites exigidos pela Constituição da República de 1988, conferindo a tais acordos a natureza jurídica de normas infraconstitucionais¹ com normas gerais de incentivo ao *whistleblowing* no ordenamento.

¹ Conforme art. 84, inciso VII, da CRFB/1988, “Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”. Nesse caso, uma vez celebrada a Convenção pelo Presidente da República, e aprovada pelo Congresso Nacional por Decreto Legislativo (inclusive nos termos do art. 49, I, sendo o caso), segue-se à promulgação do ato pelo Presidente e sua incorporação no ordenamento jurídico por meio de Decreto, gozando de natureza infraconstitucional, sempre que não inserido no §3º, art. 5º, da CRFB/88, como as Convenções Anticorrupção.

Relevante, ademais, a alteração legislativa provocada pela Lei de Acesso à Informação² no Estatuto do Servidor Público Civil Federal,³ incorporando ao ordenamento o que se tem conceituado como o servidor público *whistleblower*.

Há, ainda, a importante positivação de regras gerais para o *whistleblowing* no Brasil, na Lei nº 13.608/2018, com as alterações da Lei nº 13.964/2019.

Existem, além disso, múltiplos canais de denúncia que amplamente se enquadram no conceito de sistemas internos de reporte ou *whistleblowing*, nos mais diversos órgãos e entes públicos, igualmente possíveis nos sistemas de integridade das corporações.

Não obstante a multiplicidade, para fins de análise da positivação no Brasil, de extrema relevância reconhecer e abordar o Portal Fala.br, sistema de ouvidoria do Poder Executivo Federal gerido pela Controladoria-Geral da União (CGU), com regulações importantes nos Decretos Federais nºs 9.492/2018 e 10.153/2019, sem olvidar as alterações provocadas pelo Decreto Federal nº 10.890/21.

Com isso, o presente artigo tem por objetivo apresentar o canal Fala.br como um sistema de *whistleblowing* para a apresentação de manifestações do tipo “denúncia”, reconhecendo a importância do sistema digital da Administração Pública na defesa da probidade.

2 Fala.br como um sistema de *whistleblowing*

2.1 Conceito de *whistleblowing*

Whistleblowing pode ser conceituado como o procedimento qualificado de denúncia de uma conduta antiética ou ato de corrupção, assim definidos pela Lei da Empresa Limpa e/ou pelo *compliance* anticorrupção da respectiva corporação, pelo qual geralmente um *insider*, o *whistleblower*, como regra sujeito não partícipe do ato,⁴ reporta a conduta (*blow the whistle*) para a investigação e persecução.

O *whistleblower*, portanto, é aquele que divulga informações sobre corrupção, fraudes ou outras irregularidades cometidas em ou por uma organização. Esse reporte de informação se dá a indivíduos ou entidades que se acredita serem capazes de tomar providências contra os atos denunciados, seja a própria organização por meio de seu *compliance*, sejam autoridades ou mesmo o público em um aspecto mais amplo.⁵

² BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União de 18 de novembro de 2011, página 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

³ Incorporação do art. 126-A da Lei nº 8.112. 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 União de 19 de abril de 1991, página 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

⁴ Ao partícipe do ato, existem outros instrumentos jurídicos que estimulam o seu reporte às autoridades (*self-report*), tendo por incentivo comumente possibilidades de atenuações de pena. É o caso, por exemplo, do acordo de leniência do artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, voltado às pessoas jurídicas, ou do acordo de colaboração premiada do artigo 3º-A e seguintes da Lei nº 12.850/2013, voltado às pessoas físicas.

⁵ “A whistleblower discloses information about corruption or other wrongdoing being committed in or by an organisation to individuals or entities believed to be able to effect action – the organisation itself, the relevant authorities, or the public.” Disponível em: <https://www.transparency.org/en/our-priorities/whistleblowing>. Acesso em: 28 nov. 2023.

O agente do reporte, denominado *whistleblower* em inglês, em tradução literal aquele que “assopra o apito” (*to blow the whistle*), pode ser adequadamente referido em português como reportante, relator ou informante.

A concepção do *whistleblower*, enquanto instituto jurídico, reveste-se da ideia de cooperação.

Trata-se, em si, de um instrumento de cooperação social, com o potencial de auxiliar a descoberta, prevenção e consequente repressão de ilícitos, como os de corrupção administrativa. E isso se dará a partir da informação reportada, por meio de um procedimento qualificado, ou seja, por meio de um procedimento com características específicas. Por isso, a opção por se conceituar *whistleblowing* como um procedimento qualificado de denúncia. Afinal, referido conceito geral abarca iniciativas distintas de reporte, individualizadas a partir de suas características especiais.

Não obstante, entende-se que sempre existirão ao menos três elementos em comum.

O primeiro deles refere-se ao sujeito, o *whistleblower*, informante ou reportante, termos sinônimos para se designar o sujeito ativo da denúncia.

O segundo elemento é um procedimento, seja processo administrativo, processo judicial, canal *on-line*, sistema interno de reporte, entre outros, cada qual com seu rito e especificidades.

Finalmente, o terceiro elemento é um fim específico de se denunciar irregularidades e/ou condutas ilícitas, razão pela qual não basta qualquer procedimento, há de se ter um qualificado pelo seu fim especial de coletar e tratar denúncias.

A partir do conceito geral e dos elementos básicos se depreende que são plurais as iniciativas que amplamente podem ser conceituadas como *whistleblowing*, a exemplo do portal Fala.br e sua funcionalidade de denúncia, como se passa a apresentar.

2.2 Apresentação do Fala.br

O Portal Fala.br é uma “plataforma integrada de ouvidoria e acesso à informação”, de iniciativa da Controladoria-Geral da União (CGU).

O estudo do sistema se faz interessante em razão da competência do órgão no que concerne à responsabilização com base na Lei Anticorrupção,⁶ e do seu crescente protagonismo na matéria.

Com efeito, a CGU é referenciada internacionalmente como um órgão anticorrupção no Brasil, o que em muito se dá em razão de sua atribuição na repressão de infrações

⁶ Nesse sentido, cabem destacar os seguintes artigos da Lei nº 12.846/2013: Art. 8º [...] §2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União – CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento. Art. 9º Competem à Controladoria-Geral da União – CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no artigo 4º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Art. 16 [...] §10. A Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

à Lei Anticorrupção perpetradas em face da Administração Pública estrangeira, além de sua significativa atuação na formação de conhecimento sobre o tema no país.

Referido protagonismo foi multicitado no 4º Relatório de Monitoramento da OCDE, de outubro de 2023, ratificando a presença da CGU em diversas frentes de implementação de boas práticas anticorrupção no Brasil.

Nesse contexto, no que concerne ao *whistleblowing*, interessa sobretudo a funcionalidade de denúncia do Fala.br, mencionada no referido relatório de monitoramento, a exemplo:

31. [...] When asked which reporting channel they would use to report a foreign bribery offence, most panelists referred to either the Ombudsman, the prosecutors or the “Fala.br Platform”, a comprehensive online platform developed by the CGU, for receiving and handling complaints from officials or the public while protecting the reporting person’s identity. The Platform has received up to 1.4 million reports, focusing mainly on crimes against local public administration. [...]

92. Brazil has instituted various reporting channels, including in-person reporting, telephone hotlines, and an online portal known as Fala.br. This portal is a national computerized system for receiving complaints implemented by the CGU. In 2019, the platform was adapted to identify reports of foreign bribery made by citizens and redirect them to the CGU. The platform allows for anonymous reports. When anonymous reports are received, authorities must first investigate and obtain confirmation of the information by other means before opening an enforcement procedure.⁷

Assim, cabe destacar que a CGU é responsável pela gestão e manutenção do sistema, por meio da Ouvidoria-Geral da União (OGU/CGU), tendo assumido a responsabilidade e os custos relacionados ao seu desenvolvimento, manutenção dos servidores e bancos de dados.⁸

Inclusive, outras ouvidorias da administração direta ou indireta, de Conselhos Profissionais, Serviços Sociais Autônomos (“Sistema S”), de todos os Poderes e entes federativos podem aderir ao sistema Fala.br caso assim desejem, por meio de procedimento próprio que demanda a adesão à Rede Nacional de Ouvidorias, sem custos, já que estes são assumidos pela CGU.⁹ Este fato torna o seu potencial de crescimento e de padronização como um canal de *whistleblowing* bastante significativo.

Para permitir a adequada utilização do ambiente virtual por todos os que a ele aderirem, o Fala.br conta com espaço de treinamento que permite a todas as ouvidorias e usuários conhecer e testar as funcionalidades do sistema.¹⁰

⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO ECONÔMICA E O DESENVOLVIMENTO. Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil: Phase 4 report. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/brazil-oecdanti-briberyconvention.htm>. Acesso em: 29 fev. 2024.

⁸ As regras podem ser consultadas no Anexo Único da IN nº 07/2019 – Termo de Uso do Sistema Nacional Informatizado de Ouvidorias (e-Ouv), em concordância com a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet); e a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD).

⁹ Para utilizar o sistema Fala.br (e-Ouv), o órgão deve fazer adesão à Rede Nacional de Ouvidorias e ao sistema Fala.br propriamente dito. O teor do Termo de Adesão à Rede Nacional de Ouvidorias consta no Anexo Único da Instrução Normativa nº 3/2019, da Ouvidoria-Geral da União, com as alterações ditas pela Instrução Normativa nº 11/2019. O tema é minuciosamente explicado no portal oficial: <https://www.gov.br/ouvidorias/pt-br/ouvidorias/rede-de-ouvidorias/adesao-e-cadastros/adesao-a-plataforma-fala.br>.

¹⁰ Informações disponíveis em: <https://treinafalabr.cgu.gov.br>.

A acessibilidade das informações de funcionamento do portal também é facilitada ao grande público, por meio de inúmeras ferramentas, como a de “perguntas e respostas” (Q&A), que conta inclusive com exemplos para melhor compreensão dos instrumentos disponíveis.

É, nesse sentido, uma plataforma bem estruturada, apoiada nas competências legais da CGU, que compreendem a defesa do patrimônio público; o controle interno; auditoria governamental; integridade pública e privada; prevenção e combate a fraudes e à corrupção, fiscalização e avaliação de políticas públicas e de programas de governo; articulação com organismos internacionais e com órgãos e entidades, nacionais ou estrangeiros, nos temas que lhe são afetos; entre outras atribuições que embasam o protagonismo do órgão.¹¹

2.3 Fundamentos normativos do Fala.br

Para além das competências legais, robusto arcabouço normativo é referenciado pelo órgão para subsidiar as funcionalidades e a gestão da Plataforma, entre eles a Lei de Acesso à Informação e seu regulamento (Decreto nº 7.724/2012), além do Estatuto de Proteção e Defesa do Usuário de Serviço Público e seus regulamentos (Lei nº 13.460/2017, Decretos nºs 9.094/2017 e 9.492/2018, Instrução Normativa IN/OGU nº 05/2018).

Com isso, de se exaltar a importância da Lei de Acesso à Informação e seu propósito de conferir transparência para os mais diversos fins, inclusive para o combate à corrupção.

Afinal, além do “servidor público *whistleblower*” por meio da alteração legislativa na Lei nº 8.112/1990 com a inclusão do art. 126-A,¹² é também fundamento normativo para o canal de *whistleblowing* Fala.br, instrumentalizado pela CGU, certificando a sua relevância no contexto anticorrupção.

Mas, como dito, as bases para o Sistema Integrado de Ouvidoria são múltiplas. Nesse contexto, outra de relevante menção é a Lei nº 13.460/2017,¹³ a qual prevê normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos da administração pública.

A Lei de Proteção e Defesa do Usuário de Serviços Públicos como fundamento legal para o Fala.br reforça o esforço anticorrupção com foco aumentado no mercado de contratação pública amplamente considerado.

Suas disposições se aplicam à Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos,¹⁴ e subsidiariamente aos serviços públicos delegados a particulares.

¹¹ Art. 49, Lei nº 14.600/2023.

¹² Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (Incluído pela Lei nº 12.527, de 2011).

¹³ BRASIL. *Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Diário Oficial da União de 27 de junho de 2017, página 4. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

¹⁴ Em observância ao inciso I, do §3º, art. 37: Art. 37. [...] §3º 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;

Nesta lei, o usuário do serviço público é conceituado como a “pessoa física ou jurídica que se beneficia ou se utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público” (art. 2º, I), sendo o serviço público definido como a “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública” (art. 2º, II).

Os conceitos da norma são relevantes porque em parte replicados na Plataforma Integrada de Ouvidoria. A exemplo, o sistema de denúncia criado pela lei é considerado espécie do gênero “manifestação”, o qual contempla “reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos de usuários que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços” (art. 2º, V), à semelhança das funcionalidades implementadas por meio do Fala.br.

E o intercâmbio entre o Estatuto do Usuário do Serviço Público e a Lei de Acesso à Informação se dá principalmente pela regência por esta do acesso pelo usuário às informações de seu interesse.

Nesse contexto, de relevo reconhecer que são direitos básicos do usuário do serviço público, entre outros, a proteção de suas informações pessoais, além da obtenção de informações como as de processos administrativos em que figure como interessado.

De igual destaque no que se refere aos direitos do usuário do serviço público está a divulgação dos locais e das maneiras de apresentação das manifestações – entre elas a denúncia –, publicidade que deve se dar inclusive na chamada “Carta de Serviços ao Usuário”.¹⁵

Um dos locais criados para tanto, é justamente a plataforma Fala.br.

2.4 Detalhamento da plataforma Fala.br

Assim, cabe realçar que se trata de um sistema de ouvidoria hospedado em *website* oficial do governo (<https://falabr.cgu.gov.br>), com funcionamento em horário integral como de praxe em Portais *on-line*, acessível a qualquer pessoa física ou jurídica.

As funcionalidades do Fala.br contemplam: (i) acesso à informação, (ii) denúncia, (iii) elogio, (iv) reclamação, (v) ferramenta “simplifique”,¹⁶ (vi) solicitação e (vii) sugestão, todas as 7 (sete) consideradas espécies do gênero “manifestação” no referido ambiente virtual. Ao estudo do *whistleblowing* interessa a funcionalidade de denúncia ou reporte.

¹⁵ Sobre o tema, artigo 7º da Lei nº 13.460/2017.

¹⁶ O conceito apresentado pelo Portal bem define a ferramenta, cuja funcionalidade é: “encaminhar proposta de solução para simplificação da prestação de determinado serviço público (precário, obsoleto, burocrático ou ineficiente). Exemplo: usuária reclama de excesso de documentos requeridos para obter determinado serviço público e solicita que o órgão considere a diminuição das exigências”. O fundamento legal para o “simplifique” está sobretudo no art. 13 do Decreto nº 9.094/2017. BRASIL. *Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017*. Regulamenta dispositivos da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, institui o Cadastro de Pessoas Físicas – CPF como instrumento suficiente e substitutivo para a apresentação de dados do cidadão no exercício de obrigações e direitos e na obtenção de benefícios, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário. Diário Oficial da União de 18 de julho de 2017, página 2. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9094.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

Desse modo, as denúncias, uma das modalidades de manifestação possibilitadas no Fala.br, são conceituadas como aquelas informações que tenham por fim reportar “ato que indica a prática de irregularidade ou de ilícito cuja solução dependa da atuação dos órgãos apuratórios competentes”.¹⁷

As denúncias podem ser realizadas tanto sob a identificação do informante, mediante cadastro na plataforma, quanto anonimamente.

A diferença primordial da denúncia ofertada de forma anônima, sob a perspectiva do *whistleblower*, é o não recebimento de um número de protocolo, o qual o permitiria acompanhar a resposta da ouvidoria para sua manifestação, com notificações do sistema a cada movimentação, além de eventualmente poder ser contactado para complementação de informações.

Sob a perspectiva do tratamento da denúncia, quando feita de forma anônima, ela passa a ser tratada como “comunicação”, o que acarreta algumas mudanças práticas em seu trâmite diante da impossibilidade de contato com o denunciante e da ausência de dados a serem pseudonimizados, mas que não impedem a sua devida análise e conclusão.

De se ressaltar que, além da denúncia *on-line*, a manifestação do *whistleblower* pode ser feita também de forma presencial, pela internet, carta ou telefone, a depender da disponibilidade da ouvidoria e das necessidades do usuário, mas, na esfera federal, a manifestação será registrada no sistema e-Ouv na plataforma Fala.br, seguindo a partir daí o seu trâmite.

É, ainda, possível a apresentação de vários fatos em um único reporte. No entanto, no portal se esclarece que, a fim de agilizar as apurações, é aconselhável que sejam registradas manifestações apartadas para cada fato ou área temática denunciada (a exemplo, saúde, educação, cultura, entre outros).

Além do mais, é facultada ao informante a desistência da denúncia feita, bastando o envio de uma nova manifestação, mencionando o número de protocolo da denúncia anterior e indicando a sua desistência. Tal ferramenta é possibilitada àquele que optou por se cadastrar no sistema e, conseqüentemente, receber o número de protocolo para o acompanhamento de sua manifestação. Cabe observar, no entanto, que o sistema conta com a ressalva de que, mesmo após a desistência, o órgão poderá se utilizar de eventuais informações ofertadas caso entenda relevante, preservando para tanto a identidade do denunciante.

Ademais, de se salientar que a funcionalidade da plataforma Fala.br para oferta de denúncias tem como um de seus pontos focais a proteção e salvaguarda dos dados pessoais e de identificação do denunciante, em cumprimento com as previsões normativas em tal sentido.¹⁸

Para tanto, há a criação de um extrato de denúncia, permitindo-se ao agente público responsável editar o seu texto com o objetivo de retirar os dados que possam identificar e/ou expor o manifestante, entendidos como dados sensíveis, para encaminhamento a outro órgão/unidade de Ouvidoria eventualmente competente para análise das informações

¹⁷ Art. 3º, inciso II, Decreto nº 9.492/18.

¹⁸ Entre elas destacam-se o art. 10 da Lei nº 13.460/2017, art. 13 da Lei nº 13.709/2018 e art. 24 do Decreto nº 9.492/2018.

reportadas. As informações originais serão mantidas na Ouvidoria onde a manifestação foi registrada inicialmente.

Essa técnica de preservação dos dados de identificação dos denunciantes é denominada pseudonimização,¹⁹ conceito existente na Lei Geral de Proteção de Dados, e em âmbito federal regulado também pelo Decreto nº 10.153/2019, que prevê salvaguardas de proteção à identidade dos denunciantes.

Há, ainda, a solicitação de consentimento de compartilhamento de identificação, permitindo à Ouvidoria consultar previamente o consentimento, ou não, de determinado usuário quanto ao encaminhamento de sua manifestação, do tipo denúncia, com os dados de identificação para outra unidade de Ouvidoria.

Caso o usuário não dê consentimento ao envio de sua denúncia com os dados de identificação, a Ouvidoria postulante poderá proceder ao envio a outra unidade de Ouvidoria, desde que, previamente, subtraia os dados de identificação do usuário utilizando as técnicas de pseudonimização e crie um extrato da denúncia para encaminhar a outra unidade.

Além disso, há a opção para que as Ouvidorias selecionem servidores e/ ou equipes dedicadas ao tratamento de denúncias. Assim, a Ouvidoria poderá configurar os perfis dos usuários para conceder permissões de acesso diferenciadas, de acordo com a necessidade.

Com isso, ao cadastrar ou editar o perfil de um usuário de Ouvidoria há a possibilidade de associar aos tipos de usuário (cidadão, servidor, sistema, administrador) e aos perfis (usuário, atendente/observador-respondente, webservice atendente/webservice observador/webservice respondente, administrador/cadastrador/gestor), a limitação a um ou mais formulários (padrão, simplifique, acesso à informação e denúncia), conforme as necessidades de cada Ouvidoria.

Verifica-se que, além das preocupações com o recebimento da denúncia e o tratamento dos dados do *whistleblower*, também foram pensados filtros para que o processamento das informações se dê por agentes públicos treinados e selecionados para tal fim, o que é muito importante para o sucesso do canal de *whistleblowing*.

2.5 Trâmite das manifestações

Nessa conjuntura, cabe expor que o fluxo de tramitação de manifestações – gênero, do qual a denúncia é uma das espécies – no sistema Fala.br pode ser sintetizado em oito etapas. A primeira consiste no “registro da manifestação” no sistema, momento em que o cidadão registra um dos sete tipos de manifestação possibilitados na Plataforma. O segundo passo se refere à “triagem da manifestação”, etapa em que o analista de triagem realiza a triagem da manifestação, de modo a averiguar duplicidades, compreensibilidade da manifestação, teor não vazio etc.

Na sequência, a terceira etapa compreende a “distribuição da manifestação”, momento em que o analista de distribuição encaminha a manifestação ao analista

¹⁹ Art. 13 [...] §4º Para os efeitos deste artigo, a pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.

responsável ou equipe interna para realizar a análise e o tratamento adequado da demanda. A quarta etapa, assim, é a de “análise inicial”, etapa em que o analista responsável – que pode pertencer ou não a uma equipe interna – toma conhecimento do teor da manifestação.

Em seguida pode ocorrer a quinta etapa, consistente na “contribuição complementar de resposta”, etapa facultativa, em que o analista responsável recorre ao auxílio de um terceiro, geralmente não pertencente ao quadro da ouvidoria, para complementar informações para a elaboração da resposta. Igualmente, poderá ocorrer a sexta etapa, de “execução de ações acessórias”, momento em que o analista responsável executa ações acessórias antes de dar uma resposta ao cidadão, tais como complementar, prorrogar, tramitar etc. Nota-se que, no encaminhamento da manifestação a outra unidade, o cidadão é notificado, isso não ocorre quando a manifestação é arquivada.

Há, por fim, a sétima etapa, de “elaboração de resposta ao cidadão”, momento em que o analista responsável responde ao cidadão, de forma não conclusiva. Estão aqui a resposta intermediária e o pedido de complementação, ou a oitava etapa, de “finalização da demanda”, situação em que o analista responsável finaliza a demanda, seja por resposta conclusiva ao cidadão, arquivamento ou encaminhamento para outra unidade.

Diante de tal fluxo de tramitação, uma manifestação de qualquer natureza do Fala.br, durante o seu ciclo de vida, pode passar pelos estados de manifestação (i) cadastrada,²⁰ (ii) arquivada,²¹ (iii) prorrogada, (iv) com complementação solicitada, (v) complementada,²² (vi) encaminhada para órgão externo – encerrada, (vii) encaminhada para outro órgão ou (viii) concluída.

É importante mencionar que, sempre que houver uma mudança de estado na manifestação, o manifestante receberá uma notificação por e-mail.

Dos estados supramencionados da manifestação, cumpre esclarecer que, quando esta é prorrogada, aplica-se o prazo da Lei nº 13.460/2017. Efetivamente, a mencionada lei determina que a ouvidoria deverá responder as manifestações de forma conclusiva em até 30 (trinta) dias, contados a partir do seu recebimento. Este prazo pode ser prorrogado por igual período desde que haja justificativa expressa.

Também de se destacar o *status* “complementação solicitada”, consistente no pedido de complementação de informações realizado pelo servidor de ouvidoria, suspendendo, assim, a contagem original e abrindo prazo de 20 (vinte) dias para que o usuário apresente as informações solicitadas. Se não houver retorno nesse período, a manifestação é arquivada automaticamente, ou seja, encerrada sem uma resposta conclusiva. Em caso de denúncia, tal etapa será possível ao *whistleblower* que opte por se cadastrar no sistema, tendo se identificado.

Passará à situação de “complementada” quando o cidadão fornecer a complementação requerida em resposta ao pedido de complementação. Poderá, ainda, ser

²⁰ É a primeira situação de uma manifestação; quando uma manifestação é registrada no Fala.br e, portanto, está passível de análise e tratamento pela ouvidoria.

²¹ Quando o servidor de ouvidoria encerra a manifestação sem o envio de resposta ao usuário. As causas mais comuns são falta de urbanidade, falta de clareza e insuficiência de dados, duplicidade de manifestação, manifestação imprópria ou inadequada, perda de objeto ou manifestação encaminhada com cópia para diversos órgãos apenas para conhecimento.

²² Quando o cidadão fornecer a complementação requerida em resposta ao pedido de complementação.

encaminhada para órgão externo e encerrada quando uma ouvidoria decidir enviar uma manifestação que não for de sua competência para outra ouvidoria. A primeira é denominada “ouvidoria origem”; a segunda, “ouvidoria destino”. É importante frisar que, ao encaminhar para uma ouvidoria destino uma manifestação, a ouvidoria origem perde acesso a ela.

Igualmente, possível que seja encaminhada por outro órgão, o que ocorre quando uma ouvidoria (destino) recebe uma manifestação de outro órgão (origem). Observe-se que, na ouvidoria destino, a manifestação não passará pelo estado de cadastrada. Finalmente, será concluída quando uma ouvidoria responder a manifestação de forma conclusiva ao cidadão.

O fluxo de manifestações entre ouvidorias pela Plataforma só é permitido àquelas que tenham aderido ao sistema, podendo assim ter manifestações redirecionadas a elas por competência.

2.6 Respostas às denúncias

Dessarte, a partir da breve síntese apresentada, cabe realçar que as respostas às denúncias, ou seja, aos reportes de *whistleblowers*, podem ser variadas e se adaptarão a depender da opção do informante por se identificar mediante cadastro na plataforma ou manter-se anônimo.

Efetivamente, o tipo de manifestação “denúncia” recebe um tratamento específico pelo Fala.br, principalmente por requerer uma análise mais profunda pela ouvidoria e pelas unidades de controle, além de exigir uma preservação dos dados do denunciante. Neste sentido foi editado o já mencionado Decreto nº 10.153/2019, que dispõe sobre as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciantes de ilícitos e de irregularidades praticados contra a Administração Pública federal direta e indireta.

As medidas protetivas adicionais no caso de denúncia implicam uma série de salvaguardas de ordem prática no portal. Por exemplo, isto significa que para os dados do cidadão serem exibidos é necessário ao servidor de ouvidoria inserir uma justificativa para tanto, a qual também ficará registrada no histórico.

Com isso, ao acessar a denúncia, o servidor que irá tratá-la – ou qualquer que tenha acesso a ela – é notificado pelo sistema Fala.br com a seguinte mensagem: “Esta manifestação pode conter informações sigilosas. Deseja continuar? Seus dados ficarão registrados, indicando que teve acesso a estes dados”. Assim, apenas com a confirmação pelo servidor e registro de seus dados ele terá acesso à denúncia para seu tratamento.

O campo de identificação do usuário, na denúncia, é pseudonimizado, de modo a não exibir os dados do cidadão de forma automática, cujo conteúdo está protegido por sigilo, de forma a atender ao Decreto nº 10.153/2019. Há também a demanda por inserção no sistema de justificativa pelo agente público para que acesse tais dados pseudonimizados, o que deverá se repetir a cada novo *login* do servidor, não bastando a apresentação e registro da justificativa cabível uma única vez.

Com isso, respeitadas as salvaguardas em caso de denúncia com identificação do *whistleblower*, quando da análise das informações deve-se observar o disposto na Lei nº 13.460/2017, pela qual a Ouvidoria deverá responder as manifestações de forma conclusiva em até 30 (trinta) dias, contados a partir do seu recebimento. Este prazo

pode ser prorrogado por igual período, desde que haja justificativa expressa conforme mencionado.

Sendo assim, as respostas que podem ser executadas para o *whistleblower* que se identificou abarcam algumas possibilidades distintas quando comparadas àquele que optou pelo anonimato. Uma das distinções é a possibilidade de solicitação de complementação de informações. Referido pedido suspende a contagem do prazo original, abrindo prazo de 20 (vinte) dias para que o usuário apresente as informações solicitadas. Se o usuário complementar a manifestação, o prazo para resposta volta a ser contado do ponto que parou, em virtude do pedido de complementação.

Ressalta-se que é possível a solicitação de mais de um pedido de complementação. Neste caso a suspensão de prazo para resposta à manifestação só ocorre no primeiro pedido de complementação. Caso a Ouvidoria solicite outros pedidos de complementação, o prazo calculado a partir da primeira complementação realizada pelo manifestante continua inalterado e a manifestação não será encerrada automaticamente caso o manifestante não responda aos demais pedidos de complementação.

Ademais é possível ao próprio servidor de ouvidoria complementar uma manifestação. Essa funcionalidade visa atender os casos dos atendimentos presenciais realizados nas ouvidorias que, eventualmente, necessitem de complemento. Os manifestantes que buscam o atendimento presencial normalmente não acessam internet, não sendo possível, portanto, a eles registrarem ou complementarem uma manifestação, seguindo as informações acessíveis no Fala.br.

Quando um pedido de complementação é usado como resposta, o estado da manifestação passa para “complementação solicitada”; quando o cidadão fornecer a complementação requerida, a manifestação passa para o estado “complementada”, como referido anteriormente. Além disso, o cidadão receberá um e-mail de notificação e será exibida em sua tela inicial a ação “complementar” para a respectiva manifestação. Caso o manifestante não responda o primeiro pedido de complementação em 20 (vinte) dias da solicitação, a manifestação será automaticamente encerrada por ausência de complementação, passando à situação de arquivada.

Há ainda a possibilidade de “resposta intermediária”, que se configura por uma interação da Ouvidoria com o manifestante que optou por se identificar, quando o servidor de ouvidoria decide enviar ao usuário informações sobre o andamento da manifestação. Não altera o prazo de resposta, nem abre possibilidade de complementação da manifestação. De igual modo, o cidadão também receberá um e-mail de notificação sobre a resposta dada pelo servidor de ouvidoria.

Outrossim, existe a possibilidade do “pedido de consentimento”. Este tipo de resposta existe somente na manifestação do tipo denúncia identificada e ocorre quando o servidor de ouvidoria a encaminha para outro órgão. Feito isso, imediatamente a plataforma emitirá uma mensagem informando que os dados de identificação do manifestante serão pseudonimizados, exceto se o manifestante tiver autorizado esse compartilhamento.

Neste caso, o cidadão receberá uma notificação por e-mail acerca da necessidade de manifestar ou não o pedido no prazo de 20 (vinte) dias. Caso ele autorize, a ouvidoria de destino será capaz de visualizar seus dados pessoais; caso contrário, ou seja, em caso de negativa ou ausência de manifestação pelo cidadão, a ouvidoria de destino não será

capaz de fazê-lo, recebendo a denúncia, portanto, de forma pseudonimizada. Ressalta-se que é permitido enviar somente um pedido de consentimento ao cidadão, não sendo possível reiterá-lo de modo a insistir no consentimento, por exemplo.

Vale registrar que o prazo de resposta reinicia para o órgão que recebeu a manifestação encaminhada, consoante o disposto no art. 16 da Lei nº 13.460/2017 e no art. 18 do Decreto nº 9.492/2018.

Ademais, há a resposta “conclusiva”. Para responder em definitivo e encerrar a manifestação, apontando a procedência ou não da manifestação, apresentando solução ou comunicando sua impossibilidade. Neste caso o estado da manifestação passa para “concluída”. Então, o cidadão receberá um e-mail de notificação e será exibida em sua tela inicial a ação “responder pesquisa” para que ele avalie o atendimento de sua manifestação pela ouvidoria.

Ao concluir a edição da resposta e, clicando fora da caixa de texto ou em outra funcionalidade na tela, a Plataforma analisa o teor da manifestação e busca prever a satisfação do manifestante, comparando o texto da resposta que está sendo produzida a outras respostas já emitidas e suas respectivas respostas às pesquisas de satisfação. Busca identificar, também, a previsão de percepção de atendimento da demanda por parte do manifestante. O analista pode refazer a resposta para que a Plataforma refaça a previsão de satisfação e resolutividade, ferramenta interessante disponível no sistema.

Ao responder conclusivamente a manifestação, o servidor da ouvidoria deverá informar também se a demanda do manifestante foi resolvida. Para isso, deverá utilizar o campo “demanda resolvida?”, em que deverá optar pelas respostas “sim” ou “não”, podendo facultativamente apresentar informações em um campo de texto, com comentários sobre a resolutividade da demanda. Esta funcionalidade permitirá à ouvidoria identificar as manifestações que já tiveram resposta conclusiva, mas que ainda carecem de alguma providência a ser adotada pelo órgão/entidade, o que igualmente é uma ação importante para constantemente aprimorar a assertividade do canal.

Como referenciado anteriormente, também são possíveis as funcionalidades de definir prioridade; prorrogar prazo; arquivamento, quando o servidor de ouvidoria encerra a manifestação sem o envio de resposta ao usuário, devendo registrar a justificativa no sistema; ou a função de encaminhamento, quando o servidor decide enviar para outra ouvidoria uma manifestação que não for de sua competência, situação em que a ouvidoria de origem perde acesso ao conteúdo da denúncia.

Por sua vez, as denúncias anônimas são tratadas como comunicação de irregularidade, nos termos do Decreto nº 9.492/2018, o qual prevê que estas, ainda que de origem anônima, serão enviadas ao órgão ou à entidade da Administração Pública federal competente para a sua apuração, observada a existência de indícios mínimos de relevância, autoria e materialidade (art. 23, §2º).

Assim, a denúncia anônima será registrada no sistema como “comunicação”. Por não se configurar uma manifestação no conceito adotado pela Lei nº 13.460/2017, a comunicação de irregularidade não é passível de acompanhamento pelo seu autor, já que ele optou por não se identificar, não sendo informado o número de protocolo nem o código de acesso ao cidadão que registrou a manifestação.

No entanto, havendo razoabilidade mínima no conteúdo narrado e documentos de comprovação ou informações que possibilitem a análise e a apuração dos fatos, a

comunicação deve ser recebida e, após análise prévia pela ouvidoria, enviada ao órgão ou entidade competente para sua apuração.

Diante da ausência de identificação, não cabem ações como complementação de informações, resposta intermediária ou solicitação de consentimento. Afinal, as ações disponíveis na denúncia anônima não permitem interação e não contam com dados pessoais do manifestante a serem anonimizados. Com isso, as ações possíveis são mais exíguas e envolvem a análise ou o encaminhamento do reporte ofertado.

Assim, o agente responsável pode encaminhar o reporte, o que se dá quando o servidor decide enviar para outra ouvidoria uma manifestação que não for de sua competência. Basta selecionar a esfera da unidade de ouvidoria (órgão destinatário) e preencher o texto de notificação ao órgão que receberá um e-mail de notificação dessa ação. Quando um encaminhamento é realizado, o estado da manifestação passa para “encaminhada por outro órgão”, sob a visão da ouvidoria destino, e a ouvidoria de origem perde acesso à denúncia.

Quando da análise da denúncia anônima no órgão competente, este deve ofertar resposta conclusiva, a qual permite responder em definitivo e encerrar a manifestação, apontando a procedência ou não da manifestação, apresentando solução ou comunicando sua impossibilidade. Neste caso o estado da manifestação passa para “concluída”.

Da mesma forma que na denúncia, na resposta conclusiva da comunicação há uma seção denominada informações adicionais. Nela o servidor de ouvidoria deve responder a quatro perguntas, sendo que apenas a primeira delas tem a resposta facultativa. O intuito é, por meio da ação da ouvidoria, fornecer o máximo de subsídios para as unidades de apuração competentes. As perguntas são: Apta? Há envolvimento de empresa? Há envolvimento de servidor público? Envolve ocupante de cargo comissionado DAS a partir do nível 4 ou equivalente?²³

Trata-se de mais uma medida para o balizamento do sistema, melhorando a sua assertividade para cumprimento de seu fim.

2.7 Funcionalidades de inteligência artificial

De se ressaltar, além de todo o exposto, que a Plataforma Fala.br contém funcionalidades de inteligência artificial que podem auxiliar no tratamento das manifestações. De fato, divulga-se que duas ferramentas estão sendo implementadas.

A primeira consiste na “sugestão para o tipo de manifestação”, funcionalidade que analisa o teor da manifestação e pode sugerir a alteração do tipo da manifestação. Caso a ferramenta avalie que o tipo está adequado, não emitirá sugestão.

A segunda consiste no “preditivo de satisfação do usuário”, instrumento que busca prever a satisfação do manifestante, comparando o texto da resposta que está sendo produzida a outras respostas já emitidas e suas respectivas respostas às pesquisas de satisfação. Busca identificar, também, a previsão de percepção de atendimento da

²³ A implementação atende ao disposto no art. 20, da Portaria CGU nº 581, de 9 de março de 2021 (<https://www.gov.br/ouvidorias/pt-br/central-de-conteudos/legislacao/arquivos/portarias/portaria-no-581-consolidada-v2.pdf>), onde determina que as unidades do SisOuv informarão ao órgão central, por meio de marcação em campo específico na Plataforma Fala.br, a existência de denúncia de ato praticado por agente público no exercício de cargos comissionados do Grupo Direção e Assessoramento Superiores – DAS a partir do nível 4 ou equivalente.

demanda por parte do manifestante. As sugestões apresentadas pelas funcionalidades são de uso opcional, cabendo à Ouvidoria decidir acatar ou não as sugestões apresentadas pelo sistema, não sendo dispensados os procedimentos de análise prévia previstos no art. 15 da Portaria CGU nº 581/2021.

2.8 Possíveis aprimoramentos conforme monitoramento da OCDE

Por fim, cumpre registrar que no Relatório de Monitoramento da OCDE foram realizadas observações que podem auxiliar no aprimoramento do sistema doravante. Registram-se, por exemplo:

31. Brazil's efforts, however, have not yet resulted in any detection or reporting of foreign bribery allegations by Brazilian public officials. No specific reason for this lack of reporting could be identified during the on-site visit. Panellists from the public sector indicated that they are not aware of a reporting threshold to implement their reporting obligation. When asked which reporting channel they would use to report a foreign bribery offence, most panellists referred to either the Ombudsman, the prosecutors or the "Fala.br Platform", a comprehensive online platform developed by the CGU, for receiving and handling complaints from officials or the public while protecting the reporting person's identity. The Platform has received up to 1.4 million reports, focussing mainly on crimes against local public administration. Its relevance to implement public officials reporting obligation in foreign bribery cases is unclear. The lack of implementation of these reporting obligations in foreign bribery cases shows a need for clarification.²⁴

Nestes termos, um aperfeiçoamento a se pensar para este sistema de *whistleblowing* no Brasil é o seu alcance no que tange a ilegalidades praticadas em detrimento da administração pública estrangeira. A sua consolidação como ferramenta para tal fim demandará análise acerca de sua acessibilidade para recebimento e tratamento de denúncias eventualmente em outras línguas, além da divulgação da Plataforma e conscientização dos cidadãos quanto às funções do Fala.br, competência da CGU e medidas protetivas aplicáveis ao *whistleblower*.

3 Conclusão

Apresentado em síntese o canal Fala.br e a sua robustez, é importante reconhecer que o Brasil assumiu internacionalmente compromissos de combater a corrupção através da incorporação de melhores práticas e aprimoramentos de seu ordenamento. É igualmente inequívoco que os ditos compromissos, expressos em convenções internacionais, apontam a denúncia qualificada e protegida via *whistleblowing* como uma das práticas possíveis.

Ainda, é indiscutível que o Brasil já incorporou o *whistleblowing* no ordenamento, o que é igualmente reconhecido pela OCDE em seu monitoramento e foi multicitado no 4º Relatório de Monitoramento emitido em 2023.

²⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO ECONÔMICA E O DESENVOLVIMENTO. Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil: Phase 4 report. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/brazil-oecdanti-briberyconvention.htm>. Acesso em: 29 fev. 2024.

O portal Fala.br é um importante instrumento nesse sentido, com relevante potencial de crescimento e consolidação como um canal de *whistleblowing* no Brasil, sobretudo considerando o protagonismo da Controladoria-Geral da União na disseminação de conhecimento e na atuação anticorrupção no país.

Referências

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 União de 19 de abril de 1991, página 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União de 18 de novembro de 2011, página 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Diário Oficial da União de 27 de junho de 2017, página 4. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017*. Regulamenta dispositivos da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, institui o Cadastro de Pessoas Físicas – CPF como instrumento suficiente e substitutivo para a apresentação de dados do cidadão no exercício de obrigações e direitos e na obtenção de benefícios, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário. Diário Oficial da União de 18 de julho de 2017, página 2. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9094.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO ECONÔMICA E O DESENVOLVIMENTO. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil: Phase 4 report*. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/brazil-oecdanti-briberyconvention.htm>. Acesso em: 29 fev. 2024.

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

RAINHO, Renata Costa. Fala.br: canal de *whistleblowing* gerenciado pela CGU. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 361-375. ISBN 978-65-5518-820-2.

A NOVA LINDB E O PROCESSO ADMINISTRATIVO: UM TOQUE DE REALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

RAFAEL RAMOS

1 Considerações iniciais

Durante muitos anos o estudo do processo administrativo não gozou da devida importância. Somente a partir da Constituição de 1988 é que o tema passa a constar definitivamente no vocabulário do dia a dia dos administrativistas brasileiros. E apenas em 1999, tardiamente, vem a lume a Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), verdadeiro monumento legislativo, baseado em trabalho de comissão de notáveis juristas. As leis gerais de processo administrativo, como se sabe, são instrumentos essenciais para o exercício da cidadania e para o aprimoramento do conteúdo das decisões administrativas. Por isso a necessidade da atualização de lei de tamanha relevância.

De outro lado, em razão de algumas disfunções no controle da Administração Pública, alguns estudiosos perceberam a necessidade da edição de lei para lidar com o quadro de paralisia decisória. Nesse cenário, nasce a Lei nº 13.655/2018 com o objetivo de promover segurança jurídica na criação e aplicação de normas de Direito Público, assim como aproximar a prática administrativa, muito ligada a idealizações, da vida real. Dessa forma, o presente artigo tem por finalidade analisar a influência da Lei nº 13.655/2018 no estudo do processo administrativo brasileiro, sobretudo, na Lei nº 9.784/1999.

2 Breve histórico do anteprojeto e do projeto da Nova LINDB (Lei nº 13.655/18)

Como se sabe, o controle da Administração Pública, em alguns casos, apresenta excessos e distorções. Diante desse quadro e de outras situações de insegurança e de ineficiência administrativa, os professores Carlos Ari Sundfeld (FGV Direito SP) e Floriano

de Azevedo Marques Neto (Faculdade de Direito da USP), especialmente apoiados em pesquisas acadêmicas e na experiência prática,¹ formularam um anteprojeto de lei com o objetivo de “elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público”.

Dessa forma, em 2013, no bojo de obra doutrinária (SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285), foi incluído artigo com o referido anteprojeto: “Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle”. Os principais problemas verificados pelos autores, no referido trabalho, foram os seguintes:

- o alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas;
- a relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma;
- a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;
- (...)
- a instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle;
- os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar o cumprimento de obrigações);
- o modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública.²

Em função de tais problemas, foram propostas, no anteprojeto, algumas medidas com base nas seguintes diretrizes (aqui resumidamente expostas).

- (...) É possível combater a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre questões jurídico-públicas pela adoção do paradigma de que as autoridades não podem tomar decisões desconectadas do mundo real; de que elas têm o dever de medir as consequências, de considerar alternativas, de analisar a necessidade e a adequação das soluções cogitadas, de pesar os obstáculos e circunstâncias da vida prática etc. Além disso, em nome da segurança jurídica, é preciso impedir que, por via de simples interpretação de normas totalmente indeterminadas, as autoridades instituem, sem um regime adequado de transição, deveres e proibições específicas para sujeitos certos, modificando situações jurídicas com efeitos em relação ao passado.
- (...) É preciso impedir que pessoas sejam pessoalmente responsabilizadas apenas por não terem adivinhado, à época, a futura orientação das autoridades finais de controle. O risco de, em virtude de incertezas jurídicas ou mudanças de orientação, ocorrer responsabilização ou perda patrimonial para o gestor ou para os particulares paralisa e distorce a atividade decisória. É preciso melhorar a proteção das pessoas envolvidas nessas situações.

¹ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 279; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. *Jota*, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-novadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em: 30 nov. 2018.

² SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 278.

- A outorga às autoridades de poderes para buscar soluções negociadas com particulares, em procedimentos passíveis de controle, é positiva para que se alcance um índice mais elevado de cumprimento de obrigações, para diminuir incertezas e para eliminar ou abreviar conflitos. (...)

- Os regulamentos administrativos são, na atualidade, os maiores responsáveis pelo surgimento de novas normas, sendo imenso seu impacto na definição dos direitos, deveres e proibições. (...) A edição de regulamentos em qualquer matéria (...) deve envolver consulta pública, para que a autoridade responsável tenha conhecimento, de modo organizado e democrático, dos problemas, ponderações e sugestões dos interessados que quiserem participar.³

O anteprojeto dos professores Carlos Ari e Floriano, em 2015, recebeu, no Senado Federal, apoio decisivo do Senador Antonio Anastasia (também professor de Direito Administrativo), responsável por apresentar tal projeto nessa casa legislativa (PLS nº 349/2015), e posteriormente tramitou na Câmara dos Deputados (PL nº 7.448/2017).

Como se vê, o projeto da Nova LINDB, à semelhança da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999), tem o DNA acadêmico, pois fruto do trabalho de dois professores. A Lei de Processo Administrativo Federal, por sua vez, é o resultado do trabalho de comissão de juristas formada por Caio Tácito, Odete Medauar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Almiro do Couto e Silva, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entre outros.

Em que pese a aceitação de boa parte da doutrina nacional, ainda que com críticas pontuais ao projeto, este, especialmente na parte final de tramitação legislativa, sofreu grande resistência notadamente dos integrantes dos órgãos de controle e de associações de classe (por exemplo, da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e da Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas (AUDICON)).

Um das principais críticas ao projeto, ao longo da sua tramitação no Congresso Nacional, diz respeito justamente à falta de discussão com todos os interessados e eventuais afetados por sua aplicação, à exceção dos favoráveis ao projeto.⁴ Assim, tal fato levou alguns críticos a falar no “déficit de legitimidade democrática” da proposta legislativa.⁵

Além disso, críticos do projeto viam nele uma inequívoca tentativa de fragilizar o controle sobre a atuação dos agentes públicos, “transferindo para o julgador a

³ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle*, p. 279/280.

⁴ NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018, p. 11.

⁵ Odilon Cavallari de Oliveira assim se manifestou: “Lamentavelmente, porém, os órgãos de controle não foram chamados a participar de nenhum desses debates, nem antes de sua chegada ao Congresso Nacional nem após. No âmbito do Senado Federal, houve apenas uma audiência, que contou com a participação de dois representantes do Poder Executivo e um dos municípios. Ou seja, os órgãos de controle não foram chamados a participar das discussões sobre esse projeto. Na Câmara dos Deputados, a sua tramitação seguiu toada mais grave ainda, pois não houve sequer uma única audiência, tendo o citado projeto sido aprovado somente nas Comissões, em caráter conclusivo”. OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Alterações à lei de introdução às normas do direito brasileiro e controle*. In: PINTO, Élica Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 25.

responsabilidade de antever as consequências advindas da omissão, imprudência, imperícia, negligência ou má-gestão do administrador público”, usurpação da competência constitucionalmente deferida às cortes de contas (arts. 70 e 71, CF/1988), além da “alta indeterminação jurídica e abstração terminológica”, entre outros argumentos. Dessa forma, eram favoráveis ao veto integral do projeto.⁶

Nada obstante tais críticas, o projeto acabou por ser aprovado nas duas casas do Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República com veto parcial “por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade” de alguns dispositivos, conforme Mensagem nº 212/2018.⁷ Foi vetado, por exemplo, integralmente, o art. 25 do projeto, que criava “ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia *erga omnes*”.⁸

Outro veto importante foi o dos §§1º, 2º e 3º do art. 28 (responsabilidade do agente público), permanecendo apenas o *caput*. O §1º do projeto de lei previa: “não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais”.⁹

Assim, em 25 de abril de 2018, foi publicada a Lei nº 13.655 incluindo, no Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público.

3 Reflexos da Lei nº 13.655/18 no Decreto-lei nº 4.657/1942 (LINDB)

A fim de acompanhar a evolução do Direito brasileiro, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), a partir de 2010,¹⁰ passou a ser denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (doravante LINDB). Como se sabe, a LINDB contém dispositivos de *sobredireito* que objetivam a “interpretação, a integração e a aplicação de outras leis no tempo e no espaço – e não o

⁶ Nesse sentido, a Nota Técnica nº 01/2018 da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON – e a Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas – AUDICON: <http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017Atricon-Audicon.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018. Ver também Parecer da Consultoria Jurídica do TCU: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>. Em resposta ao parecer da Consultoria Jurídica do TCU foi elaborado parecer assinado pelos professores Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, além de outros importantes publicistas brasileiros. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.

⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm.

⁸ “Art. 25. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia *erga omnes*. §1º A ação de que trata o *caput* deste artigo será processada conforme o rito aplicável à ação civil pública. §2º O Ministério Público será citado para a ação, podendo abster-se, contestar ou aderir ao pedido. §3º A declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.”

⁹ “§2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa. §3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o §2º deste artigo.”

¹⁰ Ver Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

de reger diretamente” a conduta das pessoas. Dito de outro modo, “dirige-se àqueles que tenham a competência de aplicar outras leis”,¹¹ como ocorre, por exemplo, com agentes públicos.

Assim, tendo em vista o conteúdo (dispositivos legais sobre a criação, interpretação e aplicação do Direito Público), assim como sua abrangência nacional (e não apenas federal), os idealizadores da Lei nº 13.655/2018 entenderam adequada, para sua veiculação, a LINDB.¹² Segundo Carlos Ari,

As novas normas são relativamente poucas e concisas, ao estilo da LINDB. Sua linguagem incorpora terminologia e concepções contemporâneas. Fala-se em gestão pública, em políticas públicas, em consequências práticas das decisões, em obstáculos e dificuldades reais do gestor, em circunstâncias práticas e em alternativas de decisão. Tudo a ver com uma visão mais atual e pragmática do direito público. Garantem-se direitos e mecanismos para a transição jurídica adequada em caso de mudanças, para a estabilização de relações jurídicas, para a eliminação de incertezas jurídicas, para a solução consensual de dificuldades ou conflitos e para a participação da sociedade na produção de normas administrativas. São ganhos significativos para o direito público.¹³

Dessa forma, por força da Lei nº 13.655/2018, foram incorporados 10 novos artigos à LINDB (arts. 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29 e 30), “publicizando”, por assim dizer, a referida lei. Ou seja, como constou expressamente da ementa da lei, incluíram-se na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público.

4 Linhas gerais da alteração legislativa

Os temas tratados nos dispositivos inseridos pela lei ora comentada não constituem, propriamente, uma inovação, pois, em maior ou menor medida, já são, há algum tempo, objeto de debate, seja no ambiente *doutrinário*, seja no *jurisprudencial*, assim como alguns encontram, até mesmo, posituação em leis de Direito Administrativo ou de Direito Público em geral.¹⁴ Explica-se.

O art. 20, por exemplo, considerado por muitos como o principal artigo do novo diploma legal, busca essencialmente tratar de três problemas, muito debatidos, mas ainda não resolvidos no Direito brasileiro: 1º) o uso abusivo de princípios jurídicos em

¹¹ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro – LINDB*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 13.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*, p. 281. Como dizem os autores, “a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), que é uma lei surgida há várias décadas para criar normas gerais dessa espécie no campo do direito privado e que agora tem de ser ampliada, em função da evolução jurídica, para abranger também o direito público, nela ainda não tratada adequadamente” (p. 281).

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. *Jota*, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-novadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em: 30 nov. 2018.

¹⁴ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld no prefácio da obra: RAMOS, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 9.

nossa doutrina e prática; 2º) a (falta de) motivação adequada da atividade decisória e controladora; e 3º) o *consequencialismo* jurídico.

Os princípios, nas últimas décadas, conseguiram ultrapassar a “crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”¹⁵ para alcançar *status* normativo ao lado das regras. Vale lembrar, no entanto, que o próprio art. 4º da LINDB ainda prevê os princípios como fontes auxiliares para o suprimento de lacunas.¹⁶

Pois bem. O abuso dos princípios, ou seja, a invocação aos princípios para afastar regras claras e completas, na verdade, acaba, muitas vezes, por encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses pessoais e, por conseguinte, avessas à legalidade e à constitucionalidade.¹⁷ Como diz Marcelo Neves, “a tendência a superestimar os princípios em detrimento das regras torna altíssimo o grau de incerteza e pode descambar em insegurança incontrolável, relacionada à própria quebra da consistência do sistema jurídico”.¹⁸

Além da complexidade que acompanha a aplicação dos princípios, soma-se a isso a ampla aceitação na doutrina da distinção entre *texto* e *norma*.¹⁹ A norma será o resultado da interpretação do texto. Portanto, não é algo dado, mas construído, respeitados, é claro, os limites semânticos do texto, pois os sentidos jurídicos não podem estar à disposição do intérprete/aplicador.²⁰

Nessa ordem de ideias, o art. 20, sem proscrever o uso dos princípios, exige que toda e qualquer decisão proferida por autoridade pública, inclusive a controladora, seja fruto de atividade racional. Ou seja, o referido artigo tem por objetivo preponderante evitar o chamado *decisionismo*, sobretudo dando ênfase à necessidade de motivação e ao dever de levar em consideração “as consequências práticas da decisão”. Em suma, a finalidade da lei é permitir um maior controle intersubjetivo da argumentação.²¹

A positivação da necessidade de motivação, da mesma forma, não é nenhuma novidade, como se pode verificar do texto constitucional (art. 93, IX, CF/1988), assim como da Lei nº 9.784/1999 (arts. 2º, *caput*, VII, e 50). Mais recentemente, recebeu assento privilegiado no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), no art. 489, §1º, sendo que os processualistas extraíram daí o *dever de fundamentação analítica*.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 148, abr. 2003.

¹⁶ Art. 4º, LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

¹⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. IX e X, 196.

¹⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*, p. XX. Ver também ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 43. No âmbito da doutrina administrativista, Carlos Ari Sundfeld faz o seguinte alerta: “vive-se hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. (2ª tiragem) São Paulo: Malheiros, 2017, p. 205.

¹⁹ Ver, por todos, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 30.

²⁰ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*, p. 538.

²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 45.

Por fim, o art. 20 “promete ser expressão legislativa” do *consequencialismo* jurídico²² ao postular 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*”.²³

No entanto, como já dito, o chamado *consequencialismo* não é propriamente uma novidade, pois os tribunais brasileiros, ainda que de maneira velada, já trabalham em suas decisões com argumentos *consequencialistas*, principalmente em casos nos quais, por exemplo, uma decisão judicial pode ter impacto significativo num determinado setor econômico a ponto de levar à quebra de empresas.²⁴

Cabem aqui duas observações. Primeiro, deve-se evitar, a toda evidência, a utilização do *consequencialismo* como mero argumento retórico para o afastamento das amarras legais. Ao contrário, o princípio da legalidade (juridicidade) continua a ter assento constitucional (art. 37, *caput*, 1988) e, por óbvio, deve orientar toda e qualquer interpretação e aplicação da normativa infraconstitucional. O que a lei prevê é apenas que o tomador da decisão *leve em consideração* as *consequências práticas da decisão*. Portanto, o art. 20 não pode ser utilizado como autorização legal para o descumprimento da lei.

Nessa mesma linha, o art. 22 procura dar balizas interpretativas para a aplicação de enunciados normativos sobre gestão pública ao dizer que, “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Eis aqui evidente exortação de postura deferente por parte dos órgãos de controle e dos juízes em relação às decisões administrativas. Essa *deferência* vai exigir uma autocontenção no que diz respeito às escolhas administrativas “legítimas”. Segundo Eduardo Jordão, há *deferência* quando os tribunais (incluindo aqui, também, os órgãos de controle) “se limitam a avaliar (por exemplo, na hipótese mais difundida) a *razoabilidade* da decisão realizada pela autoridade administrativa diante de uma questão substancial”.²⁵ Dessa forma, o art. 22 exige (portanto, não é mera recomendação) que o controlador se coloque, nem que seja por um instante, no lugar do gestor e das suas reais dificuldades e, por conseguinte, as leve em consideração ao motivar a sua decisão.²⁶ Ou seja, estamos diante de um verdadeiro *dever de contextualização*.

Essa questão é particularmente problemática no que diz respeito ao controle judicial das políticas públicas (a título de exemplo, casos envolvendo os direitos sociais à saúde e à educação). No que tange ao direito à saúde, essa questão assume contornos

²² MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (org.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2016, p. 34.

²³ O art. 21 da LINDB também dá expressão legislativa ao *consequencialismo*: “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas *consequências jurídicas e administrativas*”.

²⁴ Vale lembrar o art. 5º da LINDB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

²⁵ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 50.

²⁶ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 72, nov. 2018.

dramáticos, pois estará em jogo, em muitos casos, o próprio direito à vida de uma pessoa. Juízes e tribunais diariamente têm se colocado diante da difícil decisão de tutelar o direito subjetivo à saúde de uma determinada pessoa (por exemplo, com fornecimento de medicamento de alto custo)²⁷ em detrimento, muitas vezes, dos demais membros da sociedade, que serão atingidos reflexamente por tal decisão na medida da escassez de recursos públicos para atender a todas as demandas da população.²⁸

Assim, o art. 22, ao que parece, será um poderoso antídoto contra toda e qualquer forma de invasão indevida de competência, sobretudo do Poder Judiciário, frente às escolhas administrativas “legítimas”. Esse “ativismo judicial” sem limites, em muitos casos, é tão pernicioso quanto a omissão estatal, pois, enfatize-se, interfere, ao arrepio da Constituição, nas políticas públicas estabelecidas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

O art. 26, por sua vez, é “permissivo genérico” à celebração de acordos pela Administração Pública.²⁹ A dita *consensualidade* no Direito Administrativo, como ensinava Diogo de Figueiredo Moreira Neto no seu clássico “Mutações do direito administrativo”, conduz basicamente à “substituição, sempre que possível, da *imperatividade* pelo *consenso* nas relações Estado-sociedade e à criação de atrativos para que os entes da sociedade civil atuem em diversas formas de *parceria* com o Estado”.³⁰

Ao lado da consensualidade, outra tendência importante do Direito Administrativo está ligada à necessidade de maior *participação* do cidadão na atuação administrativa como requisito de legitimidade.³¹ Em razão disso, o art. 29 da lei prevê que a edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados.³²

Por fim, e como não poderia deixar de ser, até mesmo em razão da menção expressa na ementa, a Lei nº 13.655/2018 dá enorme atenção a dispositivos ligados à *segurança jurídica*: art. 23 (regime de transição quando houver o estabelecimento de interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado); art. 24 (proibição de aplicação retroativa de novas interpretações); art. 28 (segurança jurídica para balizar a eventual responsabilização do administrador público honesto)³³ e art. 30 (dever de respeito e promoção dos precedentes administrativos).³⁴

²⁷ Aguarda julgamento no STF caso envolvendo a controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. RE 566471 RG, Relator Min. MARCO AURÉLIO.

²⁸ Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 288 e seguintes.

²⁹ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 146, nov. 2018.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 26.

³¹ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “O que se pretende nessa vertente de transformação da administração pública é aproximar o administrado de todas as discussões e, se possível, das decisões em que seus interesses estejam mais diretamente envolvidos, multiplicando, paulatinamente, os instrumentos de *participação administrativa*, com a necessária prudência, mas decididamente com vistas à *legitimação* das decisões que, como ensina a Ciência Política, serão por isso mais aceitáveis e facilmente cumpridas pelas pessoas”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, p. 22.

³² No âmbito do processo administrativo, ver arts. 31-34, Lei nº 9.784/1999.

³³ Ver, a propósito, RAMOS, Rafael; MAFFINI, Rafael (coord.). *Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. Ver também a ADI 6421 em que se discutia a eventual inconstitucionalidade do art. 28 da LINDB.

³⁴ Ver RAMOS, Rafael; MAFFINI, Rafael (coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

Como se vê, em que pese a disciplina normativa trazida pela Lei nº 13.655/2018 não constituir propriamente inovação, assume relevante papel no sentido de consolidar tendências do Direito Administrativo (consequencialismo, consensualidade, participação, proteção da segurança jurídica etc.), assim como no intuito de ampliar os horizontes de soluções particularizadas.

Como refere Gustavo Binenbojm, “a promulgação da Lei nº 13.655/2018 representou, de certa forma, a consolidação do *giro pragmático* que já vinha sendo verificado há algum tempo no Direito Administrativo brasileiro. Em termos gerais, pode-se dizer que a Nova LINDB passou a contemplar preocupações da Academia e dos operadores do Direito Público com o adequado equacionamento de problemas concretos da Administração Pública, mediante análises contextuais empíricas, desvinculadas de idealizações irrealistas”.³⁵

Tendo isso em consideração, o êxito da nova LINDB depende, sobremaneira, da interdição de interpretações retrospectivas e da busca de soluções constitucionalmente adequadas para a resolução de problemas concretos da atividade administrativa e controladora.

5 Um toque de realidade no processo administrativo brasileiro

Passados mais de 20 anos de vigência da Lei nº 9.784, por iniciativa do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, foi formada comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojetos de proposições legislativas que dinamizem, unifiquem e modernizem o processo administrativo e tributário nacional.

A Subcomissão de Processo Administrativo, segundo a justificativa do anteprojeto, teve como foco de sua atuação a análise, o debate e a redação de uma proposta para o aprimoramento da legislação brasileira de processo administrativo. A referida subcomissão teve em sua composição os professores Valter Shuenquener de Araujo (relator e coordenador), Gustavo Binenbojm, Patrícia Ferreira Baptista, Flávio Amaral Garcia, Alexandre Aroeira Salles, Maurício Zockun e Andre Jacques Luciano Uchoa Costa.

O Projeto de Lei nº 2.481/2022 é o resultado dos trabalhos dessa comissão. Como constou da exposição de motivos enviada ao Presidente do Senado Federal, “o texto a seguir proposto tem o objetivo de atualizar, em diversos aspectos, a Lei nº 9.784/99, lei que ocupa o papel de competente protagonista no regramento do processo administrativo brasileiro. Assim, o esforço do grupo formado foi o de trazer para essa lei as diretrizes e matérias mais contemporâneas do Direito Administrativo encontradas em um cenário mais recente que o da sua entrada em vigor”.

Um dos pontos de destaque do projeto, sem dúvida alguma, é a inclusão de dispositivo prevendo que “as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aplicam-se aos processos administrativos”.³⁶ Por óbvio, as disposições da

³⁵ Trecho do prefácio da obra RAMOS, Rafael; MAFFINI, Rafael (coord.). *Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 1.

³⁶ Vale lembrar que a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) prevê que “na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, (...), assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”.

LINDB, enquanto normas de sobredireito, não necessitariam de dispositivo explicitando a sua aplicação ao processo administrativo. A aplicação da LINDB independe de menção expressa, porém, esse reforço legal inibe interpretações mais afoitas que desconsiderem, especialmente, os 10 artigos, inseridos pela Lei nº 13.655/2018, no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

No processo administrativo, a LINDB tem um impacto significativo, sobretudo, no campo da motivação.³⁷ A Lei nº 9.784/1999, como se sabe, investiu boa energia ao fixar o dever de motivar os atos administrativos. Primeiro, ao prever a motivação como princípio de observância obrigatória pela Administração Pública (art. 2º, *caput*). Segundo, ao dizer que a motivação deve ser explícita, clara e congruente (art. 50, §1º). E terceiro, o art. 50 traz um rol *exemplificativo* de atos administrativos que devem necessariamente ser motivados.³⁸

Da mesma forma, tem reflexo na seara do processo administrativo, o art. 489, §1º, por força do art. 15,³⁹ ambos do CPC/15. De acordo com tal dispositivo legal, não se considera fundamentada a decisão que: “I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.⁴⁰

A partir da Lei nº 13.655/2018 (Nova LINDB), a motivação não pode ser entendida apenas como a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão” (art. 2º, parágrafo único, VII, Lei nº 9.784/1999), pois deve ir além. No que tange à motivação, ganham especial importância os artigos 20, 21 e 22 da LINDB:

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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

³⁷ Ver NOHARA, Irene. Motivação do ato administrativo na disciplina de direito público da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess (org.). *A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 3-20.

³⁸ “I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo”. Demonstrando que a lista do art. 50 não é taxativa, por exemplo, HEINEN, Juliano; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 298.

³⁹ “Art. 15 Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

⁴⁰ Ver NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei 9.784/1999 comentada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 411.

Parágrafo único. 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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Esses dispositivos são, acima de tudo, nas certas palavras de Rodrigo Pagani de Souza e Letícia Lins de Alencar, “uma reação a uma cultura jurídica de descaso com a contextualização”⁴¹ e, acrescentaríamos, de pouca ou nenhuma preocupação com as consequências das decisões. A partir da Nova LINDB, toda e qualquer decisão administrativa ou controladora (por exemplo, realizada pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas) que não vier acompanhada da devida e pormenorizada contextualização será considerada inválida.⁴²

O art. 20 exige do gestor público uma ação planejada e, por óbvio, o planejamento deverá constar detalhadamente na motivação do ato decisório.⁴³ A escolha realizada deve estar apoiada em dados, informações e estudos técnicos constantes do processo. Como já dizia Ruy Cirne Lima, em lição muitas vezes repetida, a Administração Pública tem como traço característico “estar vinculada não a uma vontade livremente determinada, porém a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que a exercita”.⁴⁴

⁴¹ SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Letícia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do direito público. In: VALIATI, Thiago Priess. *A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 62.

⁴² SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Letícia Lins de. *O dever de contextualização na interpretação e aplicação do direito público*, p. 52.

⁴³ Destacando o papel do planejamento, PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 106.

⁴⁴ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1987, p. 21.

Aliás, o art. 20, parágrafo único, também exige que a ação administrativa passe por um *teste de proporcionalidade*. Ou seja, que a medida adotada seja adequada para, em tese, atingir a finalidade perseguida (*subprincípio da adequação*). Que, dentre as medidas adequadas, seja escolhida a menos gravosa (*subprincípio da necessidade*).⁴⁵ E, por fim, o *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito* “decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, mas, ainda assim, desproporcionais em relação ao custo/benefício”.⁴⁶

O art. 21, por seu turno, prevê que a fundamentação da “decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa *deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas*”.⁴⁷ E, além disso, consagra o dever de regularização e suas condições:⁴⁸ “quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

A prática administrativa brasileira esteve presa, durante décadas, a princípios abstratos e de constitucionalidade duvidosa, a exemplo do famoso e multicitado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado –, assim como o apego, em muitas situações, acrítico à literalidade do texto legal.

O art. 22 da LINDB, por sua vez, rompendo essa tradição e seguindo a inclinação pragmática do Direito Administrativo, consagra de forma irretorquível o primado da realidade.⁴⁹ O direito deve dar respaldo ao gestor público e ao cidadão de “carne e osso”, com seus obstáculos e dificuldades reais.⁵⁰ Ou, nas palavras de André Cyrino, “a legalidade precisa ser tomada em seu contexto real, para, a partir disso, avaliarem-se custos, riscos, consequências e necessidades”.⁵¹ Pense, por exemplo, na situação de

⁴⁵ Art. 20, parágrafo único. “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*”.

⁴⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 54/55.

⁴⁷ Como refere José Vicente Mendonça “em muitos casos, a consequência jurídica diz do dever ou do direito que surge a partir da decisão, e a consequência administrativa é a sua decorrência material. Com a invalidação da demissão do servidor estável surge o direito à reintegração; com o exercício do direito, consequência administrativa é o apostilamento do retorno ao cargo”. MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista De Direito Administrativo* – Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 48.

⁴⁸ Ver MAFFINI, Rafael. O art. 21 da LINDB e o novo regime consequencial das invalidades. In: RAMOS, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 56.

⁴⁹ Ver JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: o art. 22 da LINDB e o reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: JORDÃO, Eduardo. *Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública*. Salvador: Juspodivm/Malheiros, 2022, p. 46.

⁵⁰ De acordo com o enunciado 11 do IBDA sobre a interpretação da LINDB: “Na expressão ‘dificuldades reais’ constante do art. 22 da LINDB estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor”. Disponível em: <https://ibda.com.br/wp-content/uploads/2023/06/Enunciados-IBDA-publicacao-Forum-2.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2024. “Contextualizar, portanto, é abrir o processo decisório do agente público. É considerar os aspectos – não necessariamente jurídicos – que levam um agente público a escolher uma dentre as alternativas que se colocam”. MENDONÇA, José Vicente Mendonça; ALBUQUERQUE, Lucca. Art. 22 da LINDB: decifrando o dever de contextualização. In: RAMOS, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 75.

⁵¹ CYRINO, André. *Direito administrativo de carne e osso: estudos e ensaios*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 46.

um prefeito que teve que lidar com as questões graves e de extrema incerteza durante a pandemia de covid-19. Comprar ou não vacinas? As vacinas seriam seguras? Teriam efeitos colaterais?

Enfim, os arts. 20, 21 e 22 da LINDB, seguindo uma tendência de crescente prestígio da motivação, na esteira dos artigos 93, IX, CF/1988, 50 da Lei de Processo Administrativo Federal e do 489, §1º, do CPC/2015, consagram uma *motivação contextualizada*. Logo, uma decisão administrativa só se considera fundamentada e, por conseguinte, válida, se levar em consideração o contexto da decisão, assim como as respectivas consequências jurídicas e administrativas.

Da mesma forma, na linha de incentivo aos instrumentos consensuais de resolução de conflitos⁵² e à luz do art. 26 da LINDB, sempre que houver, no curso do processo administrativo, “irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”, a autoridade administrativa deverá justificar a possibilidade ou impossibilidade de realização de acordo, para dar fim a tal situação. Aliás, o Projeto de Lei nº 2.481/2022 prevê a inclusão de capítulo específico (Capítulo XVII-A), tratando “da consensualidade e dos métodos alternativos para solução dos conflitos”.

A Administração Pública, tardiamente, tem se dado conta de que deixar a resolução de seus conflitos com particulares ou, mesmo, com outro ente administrativo a cargo do Poder Judiciário, em muitas situações, é a pior solução, em decorrência da imprevisibilidade e morosidade das decisões judiciais. Na contramão, portanto, dos mandamentos constitucionais da eficiência (art. 37, *caput*) e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII). Dessa forma, pouco a pouco, a cultura do litígio tem sido abandonada em prol da crescente desjudicialização⁵³ e da ideia de uma Administração Pública não adversarial.⁵⁴

Demais disso, outra importante inovação é o enunciado normativo que permite que a autoridade administrativa imponha “compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos” (art. 27 da LINDB). Como refere Juliano Heinen, “processos nunca são gratuitos, e isso parecia ser ignorado pelo sistema jurídico nacional, notadamente no âmbito administrativo. Desse modo, o art. 27 da LINDB pretende regular essa omissão normativa e combater os processos movidos sem justa causa ou as decisões processuais indevidamente gravosas”.⁵⁵

⁵² Alguns exemplos: O CPC/15 (art. 174) prevê que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”. A Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) também segue essa tendência: “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”. Ver, a propósito, RAMOS, Rafael; EIDT, Elisa; GOULART, Juliana; SCHNEIDER, Patrícia (coord.). *Consensualidade na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2024 (no prelo).

⁵³ Ver, por exemplo, a Lei nº 17.324, de 18 de março de 2020 (Institui a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta no Município de São Paulo).

⁵⁴ Ver FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017.

⁵⁵ HEINEN, Juliano. Não existe processo grátis: âmbito de proteção do art. 27 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 144.

Tudo considerado, é a hora e a vez do processo administrativo do homem e da mulher da vida real, nos seus mais diversos papéis (gestor(a) público(a), cidadão(ã), controlador(a)) e cenários (falta de servidores, escassez de recursos, enfrentamento de pandemia, etc.). No século XXI, não há mais espaço (ou, pelo menos, não deveria haver) para figuras abstratas como a do “homem médio” ou do “administrador médio” (que alguns jocosamente vão chamar de administrador “médium”), mas, sim, para pessoas concretas (Joana, Paulo, Roberta, Solange etc.) com todas as suas circunstâncias.⁵⁶

A ideia que deve imperar, afinal, é de um produtivo e benfazejo “diálogo das fontes”, como diria no campo do Direito Privado a professora Claudia Lima Marques, entre a Lei nº 9.784/1999 e a Lei nº 13.655/2018, em prol de um processo administrativo mais participativo, promotor de segurança e realista.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr. 2003.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 6 ed. São Paulo: RT, 1987.

CYRINO, André. *Direito administrativo de carne e osso: estudos e ensaios*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

FORTINI, Cristiana; BUENO, Amaral Roque. A amplitude da segurança jurídica no processo administrativo correlacionada aos efeitos da Lei nº 13.655/18. In: MARRARA, Thiago; BITENCOURT NETO (coord.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 173-197.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017.

HEINEN, Juliano; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

HEINEN, Juliano. Não existe processo grátis: âmbito de proteção do art. 27 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 143-159.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: o art. 22 da LINDB e o reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: JORDÃO, Eduardo. *Estudos antirromânticos sobre o controle da Administração Pública*. Salvador: Juspodivm/Malheiros, 2022, p. 41-68.

⁵⁶ A respeito das implicações da Lei nº 13.655/18 no processo administrativo, ver FORTINI, Cristiana; BUENO, Amaral Roque. A amplitude da segurança jurídica no processo administrativo correlacionada aos efeitos da Lei 13.655/18. In: MARRARA, Thiago; BITENCOURT NETO (coord.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, especialmente, p. 186-196.

- MAFFINI, Rafael. O art. 21 da LINDB e o novo regime consequencial das invalidades. In: RAMOS, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 43-65.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (org.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. 1. ed. Rio de Janeiro: 2016.
- MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo – Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*, p. 43-61. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77649>.
- MENDONÇA, José Vicente Mendonça; ALBUQUERQUE, Lucca. Art. 22 da LINDB: decifrando o dever de contextualização. In: RAMOS, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 67-80.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018.
- NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei 9.784/1999 comentada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.
- NOHARA, Irene. Motivação do ato administrativo na disciplina de direito público da LINDB In: VALIATI, Thiago Priess (org.). *A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 3-20.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguranca-juridica.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de; GUERRA, Sérgio. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018.
- PINTO, Élica Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro – LINDB*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RAMOS, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- RAMOS, Rafael; MAFFINI, Rafael (coord.). *Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- RAMOS, Rafael; MAFFINI, Rafael (coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- RAMOS, Rafael; EIDT, Elisa; GOULART, Juliana; SCHNEIDER, Patrícia (coord.). *Consensualidade na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2024 (no prelo).
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do direito público. *In: VALIATI, Thiago Priess (coord.). A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 51-72.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. (2ª tiragem) São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. *Jota*, Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-novadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em: 30 nov. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285.

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

RAMOS, Rafael. A Nova LINDB e o processo administrativo: um toque de realidade no processo administrativo brasileiro. *In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 377-392. ISBN 978-65-5518-820-2.

A NOVA MARGEM DE PREFERÊNCIA PARA PRODUTOS E SERVIÇOS NACIONAIS PREVISTA NO DECRETO FEDERAL Nº 11.890/2024 E SEUS IMPACTOS SOCIOECONÔMICOS

LUCIANO ELIAS REIS

1 Introdução

O assunto da margem de preferência para produto manufaturado e serviços nacionais não possuía previsão na redação originária da Lei nº 8.666/1993, porém foi acrescentado nela por intermédio da Medida Provisória nº 495/2010, posteriormente convertida em Lei nº 12.349/2010, e também pela Lei nº 13.146/2015. À época surgiram vários decretos regulamentadores, porém de pouca, ou quase nenhuma, aplicabilidade direta e prática para as contratações administrativas no Brasil.

Como já dito em outras oportunidades, o uso efetivo da margem de preferência deve ser acompanhado de uma política pública de direção e incentivo (fomento) à produção nacional, o que por óbvio reflete a postura ideológica dos governantes. Nesse sentido, percebe-se que nefastamente o tema por diversas vezes é acompanhado de dogmas não fundamentados em teorias, e sim em achismos a partir das bandeiras levantadas por cada grupo ou partido político.

Superado isso, no quadrante atual normativo brasileiro, a Lei nº 14.133/2021, conhecida como nova Lei de Licitações, normatizou um dever inafastável de as licitações, e estendo aqui para as contratações em geral, promoverem a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável, consoante se deduz do inciso IV do artigo 11. Desde já, é imperioso recordar que inexistem palavras vãs ou inúteis, mormente quando o texto normativo expressa de maneira clara, literal e cabal quais são os objetivos do processo da licitação e da contratação em si. Dito isso, assevero que sempre deverão ser incentivados e focados a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

O dever de perseguir e buscar a concretização do desenvolvimento nacional sustentável enseja a imperiosidade da sua decifração *no tempo e na sociedade* a ser aplicado,

visto que a sua escorreita concepção é modificável.¹ Assim, e pela própria intelecção da nova Lei de Licitações, pode-se dizer que o desenvolvimento nacional sustentável é uma norma jurídica em suas espécies, regra e princípio jurídico.² Além de estar no suscitado artigo 11, também está elencado como princípio norteador no artigo 5º ao lado de outros inúmeros.

É justamente na regra e no princípio do desenvolvimento nacional sustentável que se pode consubstanciar em tese a margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais, além de outros amparos normativos, inclusive na Constituição da República Federativa de 1988 e outras legislações infraconstitucionais. Ciente desse substrato, a questão a ser debatida e refletida com o Decreto Federal nº 11.890/2024 é se ele representa um avanço ou retrocesso para a sociedade brasileira, motivo que gerou o interesse deste subscritor a esposar algumas ilações nesta respeitável coletânea de artigos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

2 O estado da arte da margem de preferência na nova Lei de Licitações

O artigo 26 da Lei nº 14.133/2021 estipulou que poderá ser fixada margem de preferência para dois objetivos, quais sejam: (i) bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras e; (ii) bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento. Compreende-se nos termos do artigo 6º, incisos XXXVI e XXXVII, serviço nacional como aquele serviço prestado em território nacional, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal e produto manufaturado nacional como o produto manufaturado produzido no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal.

Dita margem de preferência será definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal e poderá ser de até 10% (dez por cento) sobre o preço dos bens e serviços que não se enquadrem como bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras e/ou bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis. O referido percentual poderá ser estendido a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País previsto em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.

No tocante aos bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência poderá ser de até 20% (vinte por cento), diferenciando-se da Lei nº 8.666, que trazia o percentual de até 25% (vinte e cinco por cento).

¹ Sobre o tema do desenvolvimento “em desenvolvimento” para fins de definição, tal como ocorre também com a sustentabilidade, já tive a oportunidade de explanar no seguinte artigo: REIS, Luciano Elias. O polissêmico desenvolvimento “em desenvolvimento” e sua reinterpretação após a pandemia da Covid-19. In: ANDRADE, Giulia de Rossi; SAIKALI, Lucas Bossoni (org.). *Eficiência, subsidiariedade, interesse público e novas tecnologias*. 1. ed. Curitiba: Editora Ithala, 2021, v. 1, p. 245-260.

² Acerca da natureza das normas jurídicas em si e da sua eficácia, vide REIS, Luciano Elias. Princípios jurídicos e sua eficácia jurídica. In: NICZ, Alvair Alfredo; ANDREATO, Danilo. (org.). *Estado, Direito e Sociedade*. 1. ed. São Paulo: Iglu Editora, 2010, v. 1, p. 225-262.

A margem de preferência não se aplica aos bens manufaturados nacionais e aos serviços nacionais se a capacidade de produção desses bens ou de prestação desses serviços no País for inferior à quantidade a ser adquirida ou contratada ou aos quantitativos fixados em razão do parcelamento do objeto, quando for o caso.

Pode-se dizer que essa avaliação será realizada pelo Poder Executivo Federal quando da mensuração e da escolha da margem de preferência de acordo com o objeto/setor. Também será sopesada pelo órgão ou entidade licitadora quando da realização da fase preparatória (interna) da licitação, já que os estudos técnicos preliminares podem indicar potencial ofensa à competitividade e frustração da necessidade pública por previsão editalícia nesse sentido.

Está determinada a possibilidade de os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigirem que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

E, ainda, que o certame destinado à implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal poderá ser restrito a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País, produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176/2001.

Em que pese a novel legislação não disponha de uma periodicidade para a fixação de margem de preferência e os fatores que deverão ser sopesados para a confecção desta política pública, entende-se que é natural de qualquer política pública a existência daqueles fatores indicados na Lei nº 8.666,³ bem como outros diversos quando da escolha de uma alternativa para executar, por exemplo, uma política pública de favorecimento de produtos de tecnologia robótica ou nanotecnologia.

Ainda, considerando a competência legislativa sobre ciência, tecnologia e inovação, compreende-se que o regulamento do âmbito do Executivo federal cinge-se à Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Não alcança necessariamente os demais entes, que poderão legislar de modo diverso, e os demais poderes e órgãos constitucionalmente autônomos. Discorre-se “necessariamente”, porque nada impede deles adotarem por meio de ato administrativo formal o regulamento federal, inclusive isso foi ressaltado no Decreto Federal nº 11.890/2024 em seu artigo 3º, §4º.⁴

³ Art. 3º (...) §6º A margem de preferência de que trata o §5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: I - geração de emprego e renda; II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; IV - custo adicional dos produtos e serviços; e V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

⁴ Art. 3º Nos processos de licitação realizados no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os produtos manufaturados nacionais e os serviços nacionais que atendam aos regulamentos técnicos pertinentes e às normas técnicas brasileiras poderão ser objeto de margem de preferência normal, na forma prevista em resolução da CICS, de até dez por cento sobre o preço dos produtos manufaturados estrangeiros ou dos serviços estrangeiros. (...) §4º Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os demais Poderes da União poderão adotar as margens de preferência estabelecidas pelo Poder Executivo federal, previstas no art. 26 da Lei nº 14.133, de 2021.

Por fim, para fins de transparência e controle em geral, foi prescrito que a cada exercício financeiro deverá ser divulgada a relação de empresas favorecidas com a margem de preferência e indicação de volume de recursos destinados a cada uma delas, sendo que essa medida parece superinteressante para aferir quem são os destinatários da política pública, como e quantos representam os demais *players* do setor no mercado.

3 A regulamentação federal por meio do Decreto nº 11.980/2024

Para regulamentar a margem de preferência normal e a adicional de produtos manufaturados e serviços nacionais, o que dever ser compreendido como medida de compensação industrial, comercial ou tecnológica e as competências da Comissão Interministerial de Contratações Públicas para o Desenvolvimento Sustentável – CICS, foi editado agora Decreto Federal nº 11.980/2024.

Nele ficou consignado que:

(i) margem de preferência normal - diferencial de preços, a qual acontece entre (a) produtos manufaturados nacionais e produtos manufaturados estrangeiros, (b) serviços nacionais e serviços estrangeiros, ou (c) bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis e bens não enquadrados como tal, sendo que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais, de serviços nacionais ou de bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis;

(ii) margem de preferência adicional - diferencial de preços, a qual sucede entre (a) produtos manufaturados nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País e produtos manufaturados estrangeiros; ou (b) serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País e serviços estrangeiros; e permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais ou serviços nacionais;

(iii) o conceito de produto manufaturado como o produto manufaturado produzido no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas em resolução da CICS. Como se verifica, aqui reside uma diferença com o conceito do Decreto Federal nº 7.546, que anteriormente regulamentava a margem de preferência na Lei nº 8.666, uma vez que o decreto revogado relacionava produto manufaturado à noção de inovação, tal como defende o Manual de Oslo e Joseph Schumpeter, ou seja, produto que tenha sofrido qualquer operação que altere a sua natureza, a natureza dos seus insumos, a sua finalidade ou o aprimore para o seu consumo e tenha sido produzido no Brasil, conforme o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal, tendo como padrão mínimo as regras de origem do Mercosul. Agora, no atual Decreto, permanece adstringindo ao processo produtivo básico, mas deixa margem para uma definição a ser feita pela resolução da Comissão Interministerial responsável (CICS), desde que respeite as resoluções da Comissão Interministerial de Inovações e Aquisições do Programa de Aceleração do Crescimento (CIIA – PAC) e envie anteriormente a proposta de definição ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Este Ministério, por seu turno, submeterá ao Presidente da República, em coautoria com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços e o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação a chancela do conteúdo e dos elementos formativos para a definição de produtos manufaturados nacionais e dos serviços nacionais;

(iv) a margem de preferência adicional é um *plus* à margem de preferência normal e será concedida para dar maior benesse aos produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais que foram desenvolvidos e inovados tecnologicamente no país;

(v) fixou a instituição da Comissão Interministerial de Contratações Públicas para o Desenvolvimento Sustentável (CICS), de caráter permanente, com atribuições específicas relativas ao uso da demanda estatal para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, tendo como objetivos mobilizar e articular a demanda estatal para apoiar os objetivos de políticas públicas, promover o alinhamento entre diferentes políticas públicas e melhorar a qualidade da contratação pública;

(vi) previu claramente que a CICS será responsável para executar uma interlocução com outros vários atores governamentais, deixando evidente que a política pública de contratação administrativa é transversal e transcendental a todos os órgãos e entidades públicas, o que *per se* evidencia o poder e o uso da função socioeconômica dos contratos públicos;

(vii) a CICS estabelecerá critérios e elaborará proposições normativas para a aplicação de (a) margens de preferência normais e adicionais, (b) medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica e (c) instrumentos e políticas de fomento à inovação e ao desenvolvimento sustentável e inclusivo por meio de contratações públicas. Como se verifica, no decreto ora vigente se enaltece a ideia de instrumentos e políticas de fomento (incentivo) à inovação e ao desenvolvimento sustentável por meio das contratações públicas, o que me parece um reflexo claro e amparado pelo artigo 11 da Lei nº 14.133/2021;

(viii) as margens de preferência normal e adicional não serão aplicadas aos bens manufaturados nacionais e aos serviços nacionais se a capacidade de produção ou de prestação no País for inferior (a) à quantidade de bens a ser adquirida ou de serviços a ser contratados; ou (b) aos quantitativos fixados em razão do parcelamento do objeto, quando for o caso, podendo ser levados para avaliação da capacidade de produção ou prestação os investimentos em expansão. Neste ponto, espera-se sempre a existência de uma decisão administrativa pautada em um processo baseado em dados e relatórios desenvolvidos por meio de uma metodologia sindicável, assim como de uma avaliação de impacto regulatório no setor ou produto do mercado atingido;

(ix) nas contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia da informação e comunicação, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176/2001, desde que considerados estratégicos por resolução da CICS;

(x) a mensuração de preferência e de medidas de compensação observarão as diretrizes gerais das políticas industrial, tecnológica, ambiental e de comércio exterior vigentes, além de respeitar e atender outras políticas públicas.

Conquanto não se tenha indicado com precisão os fatores externos e incidentais a serem sopesados para a criação de uma margem de preferência como preceituava o §6º do artigo 3º da Lei nº 8.666, me parece que podem ser usados os critérios lá anteriormente indicados, além de outros. Isto quer dizer, por exemplo: potencial de geração de emprego e renda no País; o efeito multiplicador sobre a arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; o potencial de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

o custo adicional dos produtos e serviços; e em suas revisões, a análise retrospectiva de resultados.

Em especial sobre o monitoramento da margem de preferência, aqui é visível que a referida política pública proposta deve estar em plena consonância com a governança pública, notadamente a governança das contratações, a fim de existir processos e estruturas aptos para avaliar, direcionar e monitorar o seu sucesso ou não. Como já dito em outras oportunidades, é imprescindível que a margem de preferência para determinado setor ou produto seja temporária e constantemente reavaliada a partir de dados obtidos via monitoramento.⁵

4 Análise crítica para a fixação de uma margem de preferência

Para compreender sobre a margem de preferência, deve-se avaliar os custos marginais presentes na composição de custos e despesas de um objeto.

A imputação de uma diferença de valores durante uma disputa entre uma empresa beneficiada e outra não impregna peremptoriamente um favorecimento e nem *a priori* arrefece a concorrência efetiva.

Enquanto acobertada pelo manto da vantagem, a empresa nacional tenderá a aumentar a sua produção para atender a demanda do importante cliente que é a Administração Pública.⁶ Doutro lado a empresa estrangeira para perdurar na peleia comercial responderá com a diminuição do seu lucro, acirrando assim a questão no valor.

De imediato, constata-se que a Administração Pública será beneficiada com a diminuição do preço a ser pago pelo objeto, porém a visão, assim como defendida desde o início deste trabalho, deverá ser planejada, o que induz um espectro a médio e longo prazo, inclusive sustentável para o desenvolvimento nacional.

Como alerta Nuno Cunha Rodrigues, uma das maiores dificuldades que deverá ser obtemperada aqui é como fixar uma margem de preferência proporcional e razoável se existe um notável “desconhecimento da origem dos custos de produção das empresas” e uma assimetria informacional entre os custos de produção entre as nacionais e as estrangeiras e quais seriam as vantagens para o bem-estar nacional.

Ainda, manifesta que a principal fraqueza dessa posição imediata de protecionismo, sob o raciocínio ora esposado é que: (i) a análise é feita embasada num modelo de equilíbrio parcial; (ii) poderá haver a captura por grupos domésticos de interesses favoráveis às margens de preferência, e, com isso, anulará qualquer incidência de redistribuição por essa medida de política econômica; e (iii) a nível internacional a sua fixação provocará retaliações por outros países e afastamento de possíveis acordos bilaterais ou multilaterais.⁷

⁵ Como já defendido no meu livro: REIS, Luciano Elias. *Compras Públicas Inovadoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

⁶ Utilizar-se-á, neste tópico, a expressão empresa nacional para indicar a beneficiada por uma margem de preferência ou qualquer outro instrumento de política discriminatória horizontal e empresa estrangeira como aquela não alcançada.

⁷ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 36-41. A regulação do Estado no mercado de compras públicas se faz necessária, ainda mais no cenário de concorrência imperfeita. “Frente a la creencia de que el mercado puede por sí mismo ordenador los intereses de todos los operadores y los consumidores, establecer equilibrios perfectos entre la oferta y la demanda, la doctrina a que me refiero parte de la inexistencia de una competencia perfecta; por el contrario, lo normal son

Na mesma linha, Santiago Muñoz Machado aduz que o mercado possui falhas e é imperfeito, assim como o próprio Governo, o qual incorre por falta de informação (e assimetria informacional com o mercado) ou por possibilidade de captura por grupos de interesse.⁸

Somado a isso, a *public choice* seria mais uma causa para ser refratária à intervenção estatal, já que, na democracia representativa, quatro grupos de atores influenciam as iniciativas a serem adotadas nas funções ou missões estatais e poderão ser contaminados por interesses não públicos. Ao invés de agirem com propósitos coletivos e racionais, acabam ficando à mercê da manipulação. Referidos grupos são: (i) os cidadãos e a possibilidade até da ignorância racional em suas manifestações, (ii) a classe política e a forma de ascensão e manutenção de poder geram interesses sectários, (iii) a burocracia, que poderá servir para manobras e arranjos não públicos e (iv) os grupos de interesse e suas formas de captura para cooptar agentes políticos para as suas tomadas de decisões.⁹

Qualquer estratégia restritiva ou reguladora incidental sobre os preços praticados no mercado, no raciocínio de Joseph Schumpeter, gera a necessidade de revisitar o desenvolvimento a médio e longo prazo da produção e a compreensão das circunstâncias e do grau que a indústria se controla em cada caso.

Sobre a rigidez do preço, “um preço é rígido se menos sensível às alterações da oferta e da procura do que seria numa situação de concorrência perfeita”, sendo que o método de medição e o material utilizado poderão ensejar dúvidas quanto ao efetivo resultado. Vários motivos justificam a rigidez, como é o caso de uma mera política comercial. Vale ressaltar que o progresso tecnológico e a inovação contribuem para evitar qualquer tipo de excesso ou rigidez, isso porque a empresa poderá estar na condição de um monopólio ou de um cartel, porém o incentivo e a direção pelo Estado para que outros venham a conquistar condições similares, imitem ou criem novos produtos farão com que as empresas numa concorrência imperfeita não possam gozar a longo prazo, já que o próprio mercado se organizará para competir.

Por tais razões, o autor destaca que “a concorrência perfeita é não apenas sistema impossível, mas inferior, e de nenhuma maneira se justifica que seja apresentada como modelo de eficiência ideal”, logo, não se visualiza qualquer empecilho para que o Estado regule o mercado, desde que entenda que deverá contribuir e não sacrificar interesses do bem-estar social ao colaborar com interesses sectários daqueles que estão em condição privilegiada num monopólio ou num cartel.¹⁰

Via de consequência, a política pública para o desenvolvimento de margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais por intermédio das

las imperfecciones y los fallos del mercado. Ara corregirlos se justifica la regulación.” (MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*: Libro XIV – La actividad regulatoria de la Administración. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 29).

⁸ MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*: Libro XIV – La actividad regulatoria de la Administración. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 31. Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau complementam como causas da imperfeição as externalidades e a racionalidade limitada nas informações. (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 122).

⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 161-178.

¹⁰ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 116-136.

compras públicas deverá ser muito bem estruturada e fiel ao seu ciclo, acautelando-se de possíveis vícios que poderão gerar muito mais prejuízo do que benefício ao interesse público. Não se deve simplesmente rejeitar as funções estatais e a ampla participação democrática nas escolhas políticas pelo fato de serem passíveis de contaminação, mas que haja a máxima transparência e cuidados elevados para evitar qualquer disrupção na busca do interesse público.¹¹

Atinente a esse ponto, insta apresentar algumas observações críticas que deverão ser depreendidas:

- (i) a margem de preferência nunca poderá ser adotada de maneira uniforme em todos os setores e objetos, sob pena de se configurar um protecionismo sem finalidade;
- (ii) a feitura de um estudo técnico, indispensável de ser executado pelo Poder Público, para explicar a estrutura atual do mercado para aquele objeto e qual o arranjo jurídico (margem de preferência e/ou outras medidas), deverá ser proporcionado para o atingimento da finalidade da política horizontal proposta;
- (iii) abertura para que qualquer pessoa possa questionar, criticar ou apresentar soluções alternativas contra o estudo técnico;¹² e
- (iv) sempre a margem de preferência deverá ter duração limitada, a qual dependerá para a sua continuidade das avaliações da política pública, da reanálise das condições mercadológicas e da manifestação a ser disponibilizada para que qualquer pessoa possa se manifestar.

5 Margem de preferência é diferente de restrição à empresa estrangeira

Convém ponderar que jamais se entende como possível a restrição de empresas estrangeiras no mercado das compras públicas nacionais, salvo em situações excepcionalíssimas em que haja risco para algum dos elementos mínimos do Estado, sob pena de ser um atentado à concorrência, além de inserir a Administração Pública como uma potencial destinatária da captura do mercado, o qual poderá aleatoriamente alterar as condições de compra e venda de acordo com os seus interesses egoísticos.¹³

¹¹ De forma contrária e incrédula, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau aduzem: “a *public choice* propõe leitura mais pessimista dos processos democráticos. Sua análise leva em conta, de forma convincente, grande número de fenômenos e comportamentos que caracterizam a ordem política nas democracias representativas. Globalmente, inspira desconfiança a respeito do discurso do interesse geral, considerando as dificuldades das autoridades públicas de adotarem políticas que, honestamente, possam ser qualificadas como tal, e que não sejam mais do que a correção das imperfeições do mercado” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 179).

¹² Por óbvio tais manifestações em geral deverão ser respondidas sobre o porquê do acatamento ou não, não havendo qualquer possibilidade de a Administração Pública silenciar sobre toda e qualquer ilação apresentada. Os princípios da boa-fé, da confiança legítima, da motivação, da indisponibilidade do interesse público e da transparência determinam a oitiva, a análise e a resposta justificada do Poder Público.

¹³ Ainda que bastante antigo e dentro de uma realidade díspar da atual, J. Nascimento Franco e Nisseke Gondo explanam que a exigência de nacionalidade brasileira não ofenderia qualquer dispositivo legal e entenderiam como cláusula razoável e inofensiva à isonomia, desde que justificado no edital (NASCIMENTO, J. Nascimento; GONDO, Nisseke. *Concorrência Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 48-49).

Isso, além de gerar um enorme prejuízo financeiro à Administração Pública como consumidora, será deveras pernicioso aos demais consumidores, o que fará com que a Administração Pública induza e concorra com a perda de poder de compra das pessoas em geral com a possibilidade de aumento dos preços, majore a probabilidade de corrupção quando da captura de interesses, diminua o acesso das pessoas à satisfação das suas necessidades (mínimas, de subsistência, de comodidade ou até as voluptuárias) e frustre a felicidade, além de até impactar no valor da moeda (a depender do tamanho do setor protegido).¹⁴

A nova Lei de Licitações veda a inserção ou tolerância de qualquer ato que estabeleça preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes (artigo 9º, I, alínea 'b') e que o edital estipule condições de habilitação, classificação e julgamento que constituam barreiras de acesso ao licitante estrangeiro (artigo 52, §6º), ressalvadas as situações de margem de preferência e o *discrimen* de nacionais e estrangeiros para fins de desempate (artigo 60, §1º, I).

6 É possível atingir o ponto ótimo das políticas discriminatórias na margem de preferência?

Attingir o desenho ótimo das políticas discriminatórias é extremamente difícil.

Nesse sentido, a aplicação do segundo ótimo que gerou a teoria das distorções endógenas, cujo pioneiro foi Jagdish Bhagwati, pode ser utilizada para a explicação. Uma tarifa alfandegaria não é encarada como uma política de primeiro ótimo se as distorções de mercado forem originárias das condições econômicas do próprio Estado analisado. Caso o motivo da distorção seja a relação com os outros Estados, a aplicação de tarifas é considerada como uma política de primeiro ótimo. Todavia, se a causa for interna ao próprio Estado, em seu território, logo a adoção de políticas discriminatórias em nível internacional é qualificada como política de segundo ótimo.

Nuno Cunha Rodrigues conclui que “o desenho ótimo das políticas discriminatórias nos contratos públicos é muito difícil de materializar”, porém entender que é difícil não significa, de maneira alguma, que é impossível. Os custos marginais precisam ser mensurados e decifrados para que os ganhos fiquem mais claros e viáveis de serem explicados na adoção de políticas horizontais, tal como acontece na margem de preferência.¹⁵

¹⁴ Em geral, a captura de interesses sempre é preocupante para a livre concorrência, tanto que Agustí Cerrillo i Martínez em sua palestra no Congreso Español de Profesores de Derecho Administrativo alertou sobre essa possibilidade diante das compras públicas inovadoras a partir de uma determinada tecnologia ou produto (MARTÍNEZ, Agustí Cerrillo i. *Los servicios de la ciudad inteligente*. XV Congreso Anual de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, 07 e 08 de febrero de 2020, disponível no site <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2518-XV-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>. Acesso em: 9 fev. 2020).

¹⁵ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 44.

7 A teoria da agência nas escolhas administrativas pode ajudar a compreender a margem de preferência?

Nesse último ponto, pode-se aventar a teoria da agência para direcionar as escolhas da Administração Pública num ato convocatório ou num contrato público, mais precisamente para alinhar as suas preferências, a utilidade e os custos para obter o resultado pretendido.

Como dito por Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho, no âmbito dessa teoria, a “assimetria de informações significa que o principal não consegue saber se o nível de comprometimento do agente é compatível com o grau de maximização de utilidade desejada”, o que pode ser refletido na formulação da política pública horizontal para incentivo e direção para dado escopo.¹⁶

Assim, como os bens não são homogêneos ou têm algum custo de informação relevante e outros custos associados, o Estado pode preferir um fornecedor ou objeto doméstico a estrangeiro, o que também de fato contribuirá para diminuir “as assimetrias de informação, os custos de monitorização ou a probabilidade de uma falha pós-contratual que o obrigue a renegociar, o que justifica uma política discriminatória a favor dos produtores locais”.¹⁷

Como se constata, pode-se concluir que, quando a procura pública for inferior ou igual à oferta total nacional, os efeitos de uma política discriminatória por meio de margens de preferência serão iguais ao da proibição de importação; já se a procura pública é superior à oferta nacional, depende de como será a quantificação da margem de preferência: (i) se a margem é estabelecida de forma superior à diferença entre os preços nacional e estrangeiro, logo os contratos públicos serão ganhos apenas por empresas nacionais, o que gerará a consequência igual à proibição de importações; (ii) se a margem estatuída é inferior à diferença de preços, os preços e a margem de ganho das empresas nacionais de acordo com a proporção estipulada (lucro) a longo prazo serão afastados, pois o mercado ficará aberto e haverá acirrada competição, inclusive com a diminuição de lucros excessivos, o que engendrará um equilíbrio e futuro aumento de produção nacional, aumento de oferta nacional e diminuição de importações.¹⁸

¹⁶ PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da agência: problema agente-principal. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97-109, p. 103-105.

¹⁷ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 58.

¹⁸ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 52. Para complementar, recorda-se a explicação de Fernando Araújo: “as divergências fundamentais emergem de um entendimento distinto quanto às razões últimas para a existência de contratos: para a teoria da agência, as motivações básicas da contratação são a transferência de riscos e o alinhamento de incentivos, combinando-se num trade-off entre incentivos e seguro, em especial em relação em que o resultado envolva a dependência dos interesses de um parte (o principal) da conduta da contraparte (o agente), enquanto que para a Economia dos Custos de Transação o que avulta num contrato é, como vimos, uma combinação de soluções institucionais, como: - a estruturação de ajustamentos *ex post*, especialmente os modos de desincentivo à pressão oportunista que surge no <lock-in> contratual (seja a que termina num impasse de <hold-up>, seja a que chega à solução de renegociação); - a minimização de ineficiências *ex ante*, como <custos de busca> ou <dissipações de renda> que não tivessem senão efeitos redistributivos, sem incrementos do bem-estar total” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 216-217).

Em exemplo didático, Rodrigues explica como a imposição de uma margem de preferência favorável para o objeto nacional poderá representar efeitos positivos sobre a produção nacional:

Consideremos agora que a produção doméstica total equivale a 55 euros, e que esta é destinada a 50 euros da procura pública doméstica; 200 euros da procura privada doméstica; 50 euros do governo estrangeiro e 200 euros da procura privada estrangeira. Neste cenário, o governo determina uma política discriminatória em que se privilegia a aquisição doméstica (acrescendo mais 50 euros à procura pública inicial e 50 euros). Aqui os produtores nacionais irão enfrentar uma procura total de 550 euros (mais 50 euros comparativamente com a procura anterior). A procura privada doméstica e a procura do país estrangeiro permanecem idênticas mas a procura pública doméstica passa de 50 euros para 100 euros.¹⁹

Essas ponderações deverão servir quando dos estudos para a fixação de uma margem de preferência, evitando dessa maneira que haja deturpação no uso desta ferramenta da política pública das contratações.

8 A nova teoria do comércio internacional e a economia geográfica como parâmetro para a margem de preferência

Uma teoria que também tem sido utilizada para compreender o impacto de eventual preferência para os objetos nacionais em contratações públicas e as consequências em termos de aglomeração é a nova teoria do comércio internacional e a economia geográfica.²⁰

As três forças de aglomeração destacadas são: as externalidades tecnológicas, a especialização dos trabalhadores e economias de escala e os custos de comércio com o transporte.

A regulação que impõe uma política de discriminação em contratos públicos é uma externalidade positiva para as empresas periféricas, visto que poderão obter maiores vantagens econômicas a partir de menores custos para instalação e operação.

No entanto, nesse ponto, ainda mais num Estado tão extenso territorialmente como o Brasil, chama a atenção a questão da necessidade de infraestrutura para a distribuição dos objetos (seja para fornecer ou prestar), o que, *per se*, acaba sendo um óbice na realidade brasileira em virtude dos entraves logísticos e das péssimas e caras condições de transporte.

¹⁹ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 60.

²⁰ Como dito por Marius Brühlhart e Frederico Trionfetti: "A teoria do comércio internacional é dominada por dois grandes paradigmas. Um paradigma pertence ao mundo neoclássico com bens homogêneos e mercados de produtos perfeitamente competitivos (PC). O segundo paradigma, freqüentemente chamado de 'Nova teoria do comércio', assenta na hipótese de produtos diferenciados e mercados competitivos monopolisticamente (MC)" (BRÜLHART, Marius; TRIONFETTI, Frederico. A test of trade theories when expenditure is home biased. *European Economic Review*, n. 53, p. 830-845, 2009, p. 830. Ainda sobre o assunto, vide: TRIONFETTI, Frederico. Public Expenditure and Economic Geography. *Annales d'Economie et de Statistique*, n. 47, p. 101-120, 1997.

Doutro lado, se os custos fossem pequenos e se há especialização dos trabalhadores em várias regiões dentro do Estado, a aglomeração deve ser afastada, o que fará com que a política discriminatória inclusive regional e local seja vantajosa, pois “a ineficiência da despesa governamental pode ser compensada pelo ganho resultante da estabilização do equilíbrio simétrico em detrimento do equilíbrio de aglomeração”, gerando, assim, um aumento no bem-estar geral com o benefício a zonas economicamente mais ressentidas.²¹ Posto isso, figura como valiosa a conclusão de Nuno Cunha Rodrigues:

Quando aplicadas num país em vias de desenvolvimento, numa óptica de concorrência perfeita e economias de escala constantes e num sector que produz menos do que a procura pública verifica, a discriminação reduz as importações, aumentando a produção e a especialização doméstica. Em sectores com economias de escala constantes e concorrência monopolística, a discriminação gera uma perda de bem-estar social que é corrigível a longo prazo porque permite a entrada no sector de outras empresas (admitindo a inexistência de barreiras à entrada). Em sectores com economias de escala crescentes, a procura pública pode contrariar o efeito de aglomeração/dispersão do comércio livre, gerando um processo dinâmico que aumenta a produção local e o bem estar mundial.²²

9 Vantagens e desvantagens da proteção do mercado nacional por meio de compras públicas sob o viés econômico

Em artigo específico sobre a vantagem ou não da proteção por meio das compras públicas, Francis Ssenoga explica que o equilíbrio crítico entre a abertura de mercado e o alcance de seus objetivos socioeconômicos deve ser a pauta.

Para tanto, se de um lado a inexistência de proteção gera aumento de capacitação das autoridades públicas para efetuarem as suas aquisições, menores custos em razão da amplitude de competição e possibilidade de estímulo indireto para a indústria nacional para competir com a estrangeira e continuar vendendo ao Estado; doutro lado, as políticas nacionais, regionais ou locais de um Estado podem propiciar até um desestímulo da eficiência econômica e uma distorção limitativa na escolha, entretanto desencadeia uma transferência de recursos ao setor doméstico, inclusive com valores maiores (aumento do custo de aquisição) e possibilidade de lucros maiores para as empresas domésticas, o que deverá ser corrigido por meio de regulação estatal.

Como existem vantagens e desvantagens, para o encontro do dito equilíbrio, o autor sugere que a escolha perpassa por três critérios: (i) abordagem setorial e social, a fim de aferir qual solução importará em maior empregabilidade às pessoas no Estado; (ii) ambiente competitivo, para que se avalie qual será o melhor método para aprimorar e aumentar a competitividade das empresas nacionais num ambiente global; e (iii) exame

²¹ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 62-67.

²² RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 68-69. O mesmo autor enfatiza à fl. 67 sobre a postura num ambiente de concorrência perfeita e economia de escala constante: “a procura pública deve ultrapassar a oferta doméstica para que as políticas discriminatórias sejam eficientes, no sentido de garantirem um aumento de bem-estar nacional – ainda que se verifique uma perda de bem-estar nacional a curto prazo decorrente do aumento ineficiente do aumento da produção local – decorrente do aumento da produção nacional”.

por fases, que deverá sopesar as possíveis etapas que deverão ser vivenciadas pelo Estado para melhor crescimento, sendo que tal tarefa será executada gradualmente até atingir um ponto em que o Estado já consiga competir com os estrangeiros.²³

Rechaçando qualquer tipo de cota ou margem de preferência que vise à proteção nacional, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau explicam que a imposição regulatória nessa linha irrompe um abalo distorcido no mercado, isso porque os fornecedores “tutelados” tenderão a abusar dos preços, majorando-os a partir da proteção normativa, gerando um prejuízo aos fornecedores.²⁴

De qualquer maneira, como já esposado anteriormente, não se nega que num período curto haverá repercussão de aumento de custo de aquisição pelo Poder Público e de margem de lucro dos fornecedores amparados por esse cobertor normativo, contudo, a médio e longo prazos, a tendência é a de que o mercado faça a devida readequação, diminuindo o lucro a partir da efetiva competição, inclusive com a criação de novas empresas e nacionalização de empresas estrangeiras, e o escopo de desenvolvimento nacional sustentável merece esse sacrifício temporário.

Como se percebe, as compras públicas têm recebido uma atenção relativamente recente, até porque, antes, não eram tão bem tratadas para avaliar possível impacto positivo no ambiente socioeconômico de um país em uma factível intervenção estatal nessa diretriz.²⁵

O enfoque concorrencial e de melhorias sempre se lastreava pelo universo de consumidores privados, e não o consumidor público que é a Administração Pública. Por isso, cada dia mais se faz necessário o aprofundamento de pesquisas e investigações sobre o tema, porquanto o conhecimento contribuirá até mesmo para os cidadãos avaliarem a política estratégica comercial pretendida pelos futuros governantes em pleito eleitoral, para os formuladores e avaliadores de políticas públicas e para os gestores adotarem as suas tomadas de decisões.²⁶

De qualquer forma, não se pode dissociar a dificuldade deste tópico pelo fato de cada país estar situado numa realidade socioeconômica e num patamar de desenvolvimento sustentável.²⁷ Ao tempo em que é fácil defender a não discriminação para um ambiente da União Europeia em que os custos de transação e as externalidades são cotizados dentro de uma vivência de países desenvolvidos e com índices bons de

²³ SSENNOGA, Francis. Examining Discriminatory Procurement Practices in Developing Countries. *Journal of Public Procurement*, vol. 6, Issue 3, p. 218-249, 2006, p. 244-245. A respeito das tensões entre Estado e sociedade, bem como entre sociedade, mercado e Estado, por isso é necessário que se evitem riscos ou se controlem tais tensões, vide MIGDAL, Joel S. *Estados débiles, estados fuertes*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 164 e seguintes.

²⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 672.

²⁵ QIAO, Y.; THAI, K. V.; CUMMINGS, G. State and Local Procurement Preferences: A Survey. *Journal of Public Procurement*, n. 9, 2009, p. 371-410, p. 398.

²⁶ ABUTABENJEH, Sawsan; GORDON, Stephen B.; MENGISTU, Berhanu. International Trade Protectionist Policies and In-State Preferences: A Link. *Journal of Public Procurement*, vol. 17, issue 1, p. 31-52, 2017, p. 47.

²⁷ A título ilustrativo, Fukuyama explica ainda a diferença de concepção entre a busca do Estado mais forte para a Europa e para os Estados Unidos. O primeiro anseia o fortalecimento por critérios de justiça e o segundo por força. De qualquer maneira, o fato é que o Estado-nação soberano, forte e eficaz por intermédio da arte de construção revela-se essencial. (FUKUYAMA, Francis. *Construção de estados: governo e organização mundial no século XXI*. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005, p. 155-157).

competitividade do ponto de vista tecnológico, inovativo e científico, já em suportes fáticos de países subdesenvolvidos e países em desenvolvimento, a paisagem é diversa.²⁸

A mais das questões de desenvolvimento nacional sustentável, não se pode olvidar que as dimensões da procura pública, da estrutura de custos, da especialização da mão de obra, das externalidades tecnológicas e do conhecimento condicionarão a escolha pelo caminho protecionista ou não.²⁹

10 Ponderações finais: a escolha estatal equilibrada, clara e motivada para legitimar a margem de preferência

Além da questão da preferência pelo viés econômico e de possível influência sobre o mercado internacional, pode-se também avaliar alguns institutos específicos que são habitualmente usados na análise econômica do Direito, a qual pode ser definida como o “campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas”, em especial, quanto às suas consequências.³⁰

Vários ferramentais podem ser usados incidentalmente para enfrentar o tema de proteção do mercado nacional, ainda mais na questão da margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais, como, por exemplo, a incidência da teoria dos jogos na fixação de cláusulas especiais sobre compras públicas em convenções bilaterais ou multilaterais, a racionalidade limitada da escolha do governante e seu afastamento de questões ideológicas, a teoria dos leilões para a forma de precificação e orçamentação nas licitações, a própria definição de externalidades e custos de transação, a teoria da agência na definição do objeto, dentre outros.³¹

²⁸ “Os custos de transação são todos os encargos que impedem que uma troca (no sentido econômico) aparentemente desejável, seja feita. Incluem as despesas de organização, de pesquisa, de negociação, de fiscalização, incerteza, de precauções contra o potencial oportunismo da outra parte contratante, que aparece sob forma de desperdício, risco moral, baluarte” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 672).

²⁹ “De uma forma geral, nos países desenvolvidos, a procura pública é inferior à oferta local pelo que a adoção de política discriminatória é, na maior parte dos casos, desnecessária. Mas, nos países em vias de desenvolvimento – que produzem majoritariamente bens intermediários, matérias-primas e produtos agrícolas e em que a procura pública relativamente a estes produtos é praticamente nula – é de esperar que a procura pública seja superior à oferta privada quanto aos bens principalmente procurados pelo Estado. Consequentemente, será nestes países que se verificará maioritariamente o uso de práticas discriminatórias” (RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 50).

³⁰ GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Ribeiro; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26, p. 17-18. Em definição similar, “usando conceitos da ciência econômica, atualiza uma racionalidade subjacente das normas jurídicas e os principais efeitos previsíveis de suas mudanças. Propõe leitura das regras jurídicas que as avalie pelos seus efeitos de estímulo e pelas mudanças de comportamento das pessoas em resposta aos mesmos. Oferece elementos para julgamento iluminado das instituições jurídicas e das reformas propostas. É, por isso, ferramenta preciosa para o legislador, para o juiz e para a doutrina convidada a exercer a nobre missão de trazer à luz os fundamentos do direito e mostrar os caminhos para sua adaptação às novas realidades. Ao mesmo tempo oferece aos economistas uma ferramenta para compreender o direito” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 665). Em sentido similar, vide PASCUAL, Gabriel Domínech. Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, p. 99-133, sep./dic. 2014.

³¹ Irineu Galeski Júnior e Marcia Carla Pereira Ribeiro descrevem como premissas fundamentais para a aplicação da análise econômica do Direito a compreensão da: escolha racional, eficiência, falhas do mercado, teoria dos

Apesar de serem viáveis e ancilares tais instrumentais, percebe-se que a dificuldade reside na mensuração de dados para apreciar a vantajosidade ou não da política pública horizontal em tela, visto que também dependerá da averiguação de Estado para Estado e em conformidade com o setor mercadológico apurado.

Dentro de um país, é plenamente possível que se tenha a concorrência perfeita ou a concorrência imperfeita a variar do setor mercadológico. De todo modo, o que não se pode esquecer jamais é o enfrentamento dessa difícil e hercúlea missão de acordo com os propósitos da atuação estatal de bem servir à sociedade, e não a interesses sectários, como também recordar que o fundamento do Direito é a solidariedade social.³²

Tudo isso remonta ao ideal proposto por Ronald Coase de que se devem levar em consideração os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais e para a mudança do sistema, sendo que a escolha e a projeção a partir das opções devem ser executadas para o efeito total.³³ É a busca de uma decisão estudada sempre equilibrada e sem excessos.³⁴ O mesmo se espera quando o Estado regula via compras públicas para que se perscrute o desenvolvimento nacional sustentável por meio da margem de preferência.

De todo modo, compreende-se que o Decreto Federal nº 11.890/2024 e a Lei nº 14.133/2021 possuem notáveis avanços em relação ao Decreto Federal nº 7.546/2011 e à Lei nº 8.666/1993. Ainda, imperioso que o processo de tomada de decisão para a fixação da margem de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais seja realizado da maneira mais transparente, claro e motivado possível, assim como a própria atuação em si da Comissão Interministerial de Contratações Públicas para o Desenvolvimento Sustentável (CICS), a qual deverá aproveitar (e abusar) o convite a ser feito para outros órgãos, entidades, pesquisadores e especialistas visando ao apoio no desempenho de suas atividades e no subsídio de suas deliberações, conforme regra prevista no §3º do artigo 11 do Decreto Federal nº 11.890/2024.

custos de transação e teoria dos jogos. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 91-131).

³² - Quando discorre sobre o revisitar do serviço público, Jacques Chevallier explica que a imperiosidade de uma visão diferente do Estado, mais precisamente de como deve atuar e ser compreendido pela sociedade, já que se antes era erigido a uma ideia de instância superior, com poder incondicionado e irresistível, atualmente deve assujeitar-se ao direito e colocado à disposição e serviço dos cidadãos como um “comissário social”. Chevallier complementa que “seu papel não é outro senão fornecer as prestações reivindicadas pelo desenvolvimento da solidariedade social”, abandonando a ideia de mero árbitro para assumir a sua posição de protagonista ao lado da sociedade (CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Trad. Augusto Neves Dal Pozo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum 2017, p. 34-35). Na mesma linha de solidariedade social, Santiago Muñoz Machado a coloca como meta a ser alcançada pelos governantes públicos, tanto o seu desenvolvimento quanto a sua realização. (MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*: Libro XIV – La actividad regulatoria de la Administración. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 21).

³³ COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, n. 3, p. 1-44, 1960. Traduzido para o português em: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia*: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁴ Assim como propõe Emerson Baldotto Emery ao invocar a teoria de Posner para medir o custo de oportunidade na tomada de decisão em uma licitação sustentável, ainda que se deva tomar cuidado com a possibilidade de escolha do dano-eficiente ao operador econômico em detrimento da sociedade (EMERY, Emerson Baldotto. *Desenvolvimento sustentável*: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 108-109).

Referências

- ABUTABENJEH, Sawsan; GORDON, Stephen B.; MENGISTU, Berhanu. International Trade Protectionist Policies and In-State Preferences: A Link. *Journal of Public Procurement*, vol. 17, issue 1, p. 31-52, 2017.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BRÜLHART, Marius; TRIONFETTI, Frederico. A test of trade theories when expenditure is home biased. *European Economic Review*, n. 53, p. 830-845, 2009.
- CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Trad. Augusto Neves Dal Pozo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum 2017.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, n. 3, p. 1-44, 1960.
- EMERY, Emerson Baldotto. *Desenvolvimento sustentável: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FUKUYAMA, Francis. *Construção de estados: governo e organização mundial no século XXI*. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.
- GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Ribeiro; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26.
- MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: Libro XIV – La actividad reguladora de la Administración*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTÍNEZ, Agustí Cerrillo i. *Los servicios de la ciudad inteligente*. XV Congreso Anual de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, 07 e 08 de febrero de 2020, disponível em: <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2518-XV-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>. Acesso em: 9 fev. 2020).
- MIGDAL, Joel S. *Estados débiles, estados fuertes*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- NASCIMENTO, J. Nascimento; GONDO, Niske. *Concorrência Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- PASCUAL, Gabriel Domínech. Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 195, p. 99-133, sep./dic. 2014.
- PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da agência: problema agente-principal. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97-109.
- QIAO, Y.; THAI, K. V.; CUMMINGS, G. State and Local Procurement Preferences: A Survey. *Journal of Public Procurement*, n. 9, p. 371-410, 2009.
- REIS, Luciano Elias. *Compras Públicas Inovadoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- REIS, Luciano Elias. O polissêmico desenvolvimento “em desenvolvimento” e sua reinterpretação após a pandemia da Covid-19. In: ANDRADE, Giulia de Rossi; SAIKALI, Lucas Bossoni (org.). *Eficiência, subsidiariedade, interesse público e novas tecnologias*. 1. ed. Curitiba: Editora Ithala, 2021, v. 1, p. 245-260.
- REIS, Luciano Elias. Princípios jurídicos e sua eficácia jurídica. In: NICZ, Alvacir Alfredo; ANDREATO, Danilo (org.). *Estado, Direito e Sociedade*. 1. ed. São Paulo: Iglu Editora, 2010, v. 1, p. 225-262.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SSENNOGA, Francis. Examining Discriminatory Procurement Practices In: Developing Countries. *Journal of Public Procurement*, vol. 6, Issue 3, p. 218-249, 2006.

TRIONFETTI, Frederico. Public Expenditure and Economic Geography. *Annales d'Economie et de Statistique*, n. 47, 1997, p. 101-120.

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

REIS, Luciano Elias. A nova margem de preferência para produtos e serviços nacionais prevista no Decreto Federal nº 11.890/2024 e seus impactos socioeconômicos. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 393-409. ISBN 978-65-5518-820-2.

A IMPORTÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA NOS PROCESSOS DE CONTAS NO BRASIL: A NECESSIDADE DO ESTABELECIMENTO DE UMA PADRONIZAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

JUSCIMAR PINTO RIBEIRO

1 Introdução

O princípio do devido processo legal no Direito Administrativo brasileiro é de fundamental importância para caracterizar o desenvolvimento válido e regular do processo.

A Constituição da República, ao dispor sobre a Administração Pública e fixar os parâmetros de sua atuação, indica os princípios que deverão nortear o processo administrativo. De forma explícita, a Constituição estabelece em seu art. 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e no inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O princípio do devido processo legal refere-se a todo processo. Portanto, também diz respeito ao processo administrativo sancionador. Nesse caso, torna-se imprescindível a presença do devido processo legal, até porque este princípio, por ser o mais completo e estar relacionado aos demais princípios processuais, não pode deixar de merecer uma atenção especial do Administrador.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 71 que o controle externo da União, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, e estabelece suas competências, tendo o artigo 75 determinado que as normas sobre o TCU aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, a serem disciplinadas nas Constituições estaduais, que disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos.

O objetivo do presente trabalho é, a partir do exame do texto constitucional e da análise exemplificativa dos regramentos dos Tribunais de Contas, discorrer sobre a concretização da segurança jurídica e do devido processo legal no processo administrativo, tendo como foco a aplicação e a interpretação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo.

Em linhas gerais, a questão posta na presente discussão é a tutela da segurança jurídica e o cumprimento do devido processo legal, bem como da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos de controle externo por meio dos quais o Tribunal de Contas da União (TCU) e demais Tribunais de Contas examinam os processos administrativos de contas, por força de suas competências constitucionais.

2 A garantia constitucional do devido processo legal e da segurança jurídica nos processos administrativos junto aos Tribunais de Contas no Brasil

Não se tem dúvidas de que a atuação dos Tribunais de Contas na sua função constitucional de exercer o controle externo da Administração Pública se dá dentro de uma conformação constitucionalmente prevista e também não se tem dúvidas de que a Constituição estabeleceu a aplicação do contido seu art. 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e no inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do devido processo legal refere-se a todo processo. Portanto, também diz respeito ao processo administrativo sancionador. Nesse caso, torna-se imprescindível a observância do devido processo legal nos processos de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

Assim, a função dos Tribunais de Contas é o controle externo, que, como explica Lucas Rocha Furtado,¹ vem a ser o controle que “é feito por poder ou unidade administrativa (órgão ou entidade) distintos daquele de onde o ato ou atividade foram emanados”.²

Cabe observar que o termo controlar é sinônimo de fiscalizar, monitorar, submeter a exame. Dessa forma, a expressão controle externo pode ser entendida como a atividade, exercida por estrutura que não pertença àquela que será controlada, que tem por fim examinar, acompanhar e verificar se determinada finalidade perseguida pela Administração Pública foi realizada de acordo com o que foi predeterminado pelo aparato legal a que deve se submeter, ou se houve algum desvio que torne irregular o ato praticado.

Depois dessa análise, cabe ao órgão encarregado do controle externo emitir um juízo de valor onde constará a análise técnica que indicará se é caso de emitir orientação, proceder à correção ou, até mesmo, à punição dos responsáveis.

¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

² FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1054.

O processo de exame e validação ou não dos atos e atividades da Administração Pública, ou seja, o controle, atinge seu ápice por meio de auditorias. De acordo com a Declaração de Lima sobre as Diretrizes para Preceitos de Auditoria, aprovada em outubro de 1977 pela Intosai – Internacional Organization of Supreme Audit Institutions –³, documento que contém uma lista abrangente de todas as metas e questões relacionadas à auditoria governamental:

a auditoria não é um fim em si, e sim um elemento indispensável de um sistema regulatório cujo objetivo é revelar desvios das normas e violações dos princípios da legalidade, eficiência, eficácia e economia na gestão financeira com a tempestividade necessária para que medidas corretivas possam ter tomadas.⁴

O controle externo desempenhado pelos Tribunais de Contas se ramifica em diversas atividades: prestação de contas de governo, sujeita a emissão de parecer prévio (art. 71, I, da CF); julgamento da prestação de contas de ordenadores de despesas e de irregularidades que resultem em perda, extravio ou outra forma de prejuízo ao erário (art. 71, II, da CF); apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal, concessão de aposentadoria, reformas e pensões (art. 71, III, da CF); inspeções e auditorias (art. 71, IV, da CF); fiscalização das contas das empresas de cujo capital social a União (ou Estados e Municípios) participe (art. 71, V, da CF); fiscalização da aplicação dos recursos repassados pela União ou pelos Estados, no caso dos Tribunais de Contas estaduais, art. 71, VI, da CF), entre outras. As funções exercidas pelas cortes de contas são ora complementares (art. 71, incisos I, III, IV, VII e X, da CF), ora exclusivas (art. 71, incisos II, V, VI, VIII, IX e XI, da CF), sem qualquer restrição ou intervenção do parlamento.

Não reside dúvida de que o ordenamento constitucional pátrio estabelece que nos processos administrativos junto aos Tribunais de Contas deve ser observado o devido processo legal por ser garantia claramente estabelecida no texto constitucional.

Originário da expressão inglesa *due process of law*, o devido processo legal é uma garantia constitucional e um princípio que guia todos os outros referentes às faculdades das partes de exercitarem poderes processuais. O princípio do devido processo legal surgiu com a Magna Carta de João Sem-Terra, de 1215, e hoje se encontra consagrado em nível mundial.

A teoria geral do processo costuma incluir no âmbito deste princípio a garantia do juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, o equilíbrio dos litigantes no processo, a publicidade, o dever de motivar as decisões, a inadmissibilidade do uso de provas obtidas por meios ilícitos e a própria garantia do direito de ação. O Direito brasileiro, no entanto, também prevê especificamente diversos desses princípios, aqui citados, sem prejuízo do entendimento segundo o qual grande parte deles é decorrente, natural, do princípio do devido processo legal.

De acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves, o devido processo legal hoje é estudado sob dois pontos de vista. O primeiro trata do devido processo legal substancial

³ INTOSAI. *The Lima Declaration*. Disponível em: <http://www.intosai.org/documents/intosai/general/declarations-of-lima-and-mexico/limadeclaration.html>. Acesso em: 10 maio 2012.

⁴ INTOSAI. *The Lima Declaration*. Disponível em: <http://www.intosai.org/documents/intosai/general/declarations-of-lima-and-mexico/limadeclaration.html>. Acesso em: 10 maio 2012.

(“*substantive due process*”) e o segundo trata do devido processo legal formal (“*procedural due process*”). Neves explica que:

... no sentido substancial o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável dos princípios – ou como prefere parcela da doutrina, das regras – da razoabilidade e da proporcionalidade, funcionando sempre como controle das arbitrariedades do Poder Público.⁵

Já no sentido formal, o processualista esclarece que está presente a “definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais”. Neste sentido, completa Neves, estaria coligada a “ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos”.⁶

Do princípio do devido processo legal nasce o direito à ordem jurídica justa, que traz a legitimidade e a credibilidade das decisões emanadas pelo Poder Público. De acordo com Fredie Didier Jr.,⁷ o devido processo legal hoje está disseminado de maneira geral na sociedade atual:

Aplica-se o princípio genericamente a tudo o que disser respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade. Inclusive na formação das leis. Processo é palavra gênero que engloba: legislativo, judicial, administrativo e negocial. Atualmente, é pacífica a aplicação do devido processo legal nas relações jurídicas particulares.⁸

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIV, determina que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal. Na lição de Jacoby Fernandes,⁹ com a observância do devido processo legal, a parte “sabe de antemão que terá direito à defesa, ao recurso, com prazos previamente definidos. Não só acatamento à lei, como o desenvolvimento sem surpresas e atos inopinados ou arbitrários” (FERNANDES, p. 589, 2008).

Assim, o devido processo legal é inerente também aos processos da Corte de Contas, sendo a participação de interessados, representantes e denunciante no processo junto aos Tribunais de Contas, limitada pelas regras previstas na legislação pertinente ao órgão e intrinsecamente ligada aos direitos ao contraditório e à ampla defesa, isso por determinação constitucional.

Não bastasse, importante ressaltar que, nos processos junto aos Tribunais de Contas, deverá ser observado o princípio da segurança jurídica, sendo este postulado hoje tão aclamado tanto pela comunidade jurídica quanto por atores econômicos e sociais, é norma impositiva de observação pela Administração Pública.

⁵ NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 63.

⁶ Neves, Daniel Assumpção Amorim, *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 63.

⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 30

⁹ FERNANDES, José Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

O art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.794, de 29 de janeiro de 1999, estabelece:

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.

Segurança jurídica nada mais é do que estabilidade, previsibilidade. É a Administração Pública possuir transparência e profissionalismo a tal ponto de o cidadão ou o gestor público saber que frente àquela situação a resposta do Estado já é previamente conhecida.

Nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais de Contas apresenta um papel fundamental para garantir a segurança jurídica dos órgãos jurisdicionados. Ela representa a posição firmada do Tribunal de Contas sobre o tema colocado sob sua deliberação e demonstra não apenas a visão de um ministro ou conselheiro sobre o assunto, mas de todo o colegiado de julgadores e também das unidades auxiliares ao processo de julgamento, como as unidades técnicas e o Ministério Público de Contas.

Dito tudo isso, é importante que se atenham os Tribunais de Contas na condução de seus processos pela observância da garantia constitucional do devido processo legal e da segurança jurídica, de forma a revestir de legalidade suas decisões e qualificar o teor das decisões por eles emanadas.

3 A problemática da falta de uniformidade nos procedimentos processuais nos Tribunais de Contas

Acontece que hoje são existentes 33 Tribunais de Contas brasileiros, divididos em três níveis: União (TCU), Estados (nas 26 capitais e Distrito Federal), dos Municípios do Estado (Bahia, Goiás e Pará) e Tribunais de Contas do Município (São Paulo e Rio de Janeiro).

Cada Tribunal de Contas tem sua própria legislação procedimental, de forma que, são 33 leis orgânicas, regimentos internos, resoluções e outras normativas pulverizadas entre os diversos tribunais, de forma que cada um estabelece uma sistemática processual, com prazos, recursos, requisitos de admissibilidade e jurisprudências diferentes.

Essa pulverização normativa acerca da condução procedimental dos processos afetos aos Tribunais de Contas gera diversos problemas aos jurisdicionados, à Advocacia que atua nos feitos e para os particulares que figurem nos mencionados processos junto aos Tribunais de Contas.

Diante disso, o ordenamento jurídico brasileiro carece até hoje de uma regulamentação nacional orientada a uniformizar as garantias processuais das partes sujeitas ao controle externo (art. 73 c/c 96, inc. I, da CF), tanto no tocante ao exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio técnico do Tribunal de Contas da União, quanto no atinente ao desempenhado exclusivamente pelas cortes de contas.

Essa ausência de regramento geral ocasiona inúmeros dissabores de ordem técnica, tais como fragilidade da segurança jurídica, ausência de isonomia, fragmentação de esforços para o aperfeiçoamento normativo dos processos de contas, entre outros.

Nesse sentido, existente um regramento geral, fortificar-se-ia a fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial (art. 71, *caput* e incisos, da CF) desempenhada pelas cortes de contas em conjunto com os órgãos de representação político-legislativa, uma vez que, caso existente esse regramento geral, seriam instituídos parâmetros comuns para a conclusão dessas atividades, conforme elucidado por José Maurício Conti:

Relevante destacar que o sistema de controle externo das contas públicas, de titularidade do Poder Legislativo, exercido com o auxílio dos tribunais de contas, é organizado de acordo com nosso sistema federativo. [...] [as Cortes de Contas] atuam e se organizam de forma independente, uma vez que o Tribunal de Contas da União não é instância recursal das decisões dos demais tribunais de contas [...]. Com isso, os tribunais de contas têm elevada autonomia para decidir sobre suas questões internas [...] [isso] gera uma falta de uniformidade de organização e procedimentos, muitas vezes causando transtornos às partes envolvidas e insegurança jurídica. (CONTI, 2016)¹⁰

Hoje, como dito, cada unidade da federação tem sua regulamentação própria dos procedimentos de controle externo realizados pelas respectivas cortes de contas. Essa variação legislativa expressiva acentua a ineficiência da atuação do controle externo técnico, exercido pelas cortes de contas, uma vez que fragmenta os esforços de aperfeiçoamento desses órgãos, bem como gera percalços jurídicos aos gestores, sujeitos a regramentos distintos.

4 Apontamentos sobre a necessidade de uniformização dos procedimentos processuais nos Tribunais de Contas

Diante das dificuldades ocasionadas pela ausência de um regramento geral para a atuação processual dos Tribunais de Contas, nos posicionamos no sentido de que a elaboração de normas gerais para os processos de controle externo encontra respaldo constitucional no art. 163, V, da Lei Maior. A elaboração de uma lei nacional não feriria o pacto federativo, porquanto advém da Constituição Federal a possibilidade de disciplinar a fiscalização financeira da Administração Pública direta e indireta, exercida pelos Tribunais de Contas.

Com vistas a solucionar essa problemática jurídica, propôs-se no Congresso Nacional um Projeto de Emenda à Constituição¹¹ (PEC nº 40/2016, de autoria do Senador Ricardo Ferraço) que institui uma ordenação uníssona dos processos de controle externo. Por essa razão, recebeu a denominação de “PEC do padrão mínimo do controle externo”, uma vez que se orienta a regulamentar essa função estatal, tão cara à estrutura republicana.

Pelo projeto, se propôs a alteração dos arts. 24, 49, 72, 75 e 163 da Constituição Federal; e acrescenta o art. 73-A à Constituição Federal e o art. 101 ao Ato das Disposições

¹⁰ CONTI, José Maurício. PEC do padrão mínimo vai aperfeiçoar tribunais de contas. *Consultor Jurídico*, 26 jul. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-26/contas-vista-pec-padrao-minimo-aperfeiçoar-tribunais-contas>. Acesso em: 23 nov. 2016.

¹¹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126520>.

Constitucionais Transitórias, para estabelecer padrão nacional do processo de controle externo dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, visando criar condições para o Congresso Nacional dispor sobre a aplicação de normas simétricas aos Tribunais de Contas dos entes federados, visando estabelecer diretrizes fundamentais e assegurar as garantias processuais às partes sujeitas ao julgamento de contas; definir as atribuições dos agentes que conduzem a instrução e o julgamento do processo de controle externo a cargo do TCU e demais Tribunais de Contas.

Pelo projeto, a Lei Maior positivaria a competência concorrente da União para legislar acerca dos processos de controle externo, por meio da inclusão de um inciso no art. 24 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre [...] XVII: processo de controle externo no âmbito dos Tribunais de Contas.

Para tanto, competiria à União a elaboração de normas gerais (art. 24, §1º, da CF), por meio de lei complementar, destinada a consubstanciar prazos e procedimentos de controle externo não apenas dos Tribunais de Contas, como também dos órgãos do Poder Legislativo, no tocante ao julgamento dos pareceres prévios.

Acontece que tal proposição está arquivada ao final da legislatura, nos termos do art. 332 do RISF, desde 21.12.2018.

Por outro lado, temos o entendimento de que o ordenamento jurídico constitucional atualmente já admite a promulgação de um Código de Processo de Contas, nos termos do contido no art. 24, I c/c art. 163, V, da Constituição Federal.

Entendemos que inúmeros seriam os benefícios advindos de uma lei processual com eficácia nacional, aplicável a todos os Tribunais de Contas, tanto ao da União quanto aos dos Estados e dos Municípios. O primeiro e mais basilar propósito da uniformização da lei reguladora dos processos de controle externo assenta-se na necessidade de firmar diretrizes jurídicas uníssonas e comuns a todos os órgãos julgadores de contas como forma de concretizar a segurança jurídica e, de maneira homogênea, os direitos fundamentais.

Partimos da premissa de que o ordenamento jurídico se destina a conferir segurança jurídica à vida em sociedade, sendo essa a real essência do Estado de Direito, uma vez que elimina a possibilidade de arbítrio no exercício do Poder Público, porquanto o coloca como atividade legalmente vinculada e, conseqüentemente, ratifica os direitos individuais dos membros da sociedade. Assim, a segurança jurídica apresenta-se como via indicada para a pacificação dos conflitos, de forma a reduzir as arbitrariedades e as manifestações abusivas do poder, vez que estende a todos os aspectos da vida normativa de um Estado de Direito.

Devemos pugnar para o verdadeiro estabelecimento de um Estado de Direito, impondo-se como necessária a consolidação de procedimentos equânimes, de forma tal que o tratamento do mérito sob julgamento permaneça sujeito à mesma normativa processual. Nessa linha, o processo firma-se como meio procedimental de garantia ao indivíduo.

Nesse sentido, em paralelo à uniformização dos procedimentos processuais de controle externo, mostra-se igualmente necessária a padronização dos julgados das cortes de contas.

Entretanto, a ausência de lei uniformizadora de processos de contas impede, em muitos casos, a formação de um sistema de precedentes de controle externo (art. 93, IX, da CF c/c art. 926 e 927, do CPC). Essa impossibilidade decorre do fato de que, ante a existência de regramentos distintos em cada Tribunal de Contas, uma corte de contas não pode subsidiar seu entendimento em decisão de outra, quando se trata de um julgamento de algum instrumento processual não previsto no seu respectivo regramento.

Temos como solução possível a elaboração de uma lei nacional, que, por sua vez, possibilitaria a estruturação de um sistema de precedentes de controle externo, essencial à segurança jurídica dos gestores públicos, de modo a reforçar, inclusive, o caráter técnico dos julgamentos procedidos pelas cortes de contas.

Pretende-se que a regulamentação homogênea dos processos de controle externo consolide um tratamento isonômico dos Tribunais de Contas quando do julgamento dos gestores públicos. Tal afirmação não está a consignar que os julgamentos proferidos pelas cortes de contas do Brasil não são válidos ou mesmo que não se alicerçam, na prática, em normas isonômicas, mas tão somente querem dizer que o que se busca instituir é que a inexistência de norma regulamentadora comum aos processos de controle externo fragmenta em ritos distintos e específicos o que deveria ser uniforme nacionalmente, que é o processo de contas.

Nesse sentido, tal ausência de uniformidade abre margem a uma atuação díspar, decorrente de preceitos legais igualmente distintos, dando margem, com isso, a uma disfuncionalidade.

Temos, pois, que a isonomia não resta configurada no mais pleno e adequado sentido, quando se observa que os gestores públicos, todos dispendo da mesma condição de administradores públicos (art. 76 c/c art. 84, inc. II e art. 87, inc. I, da CF), e prestando contas por determinação constitucional expressa no art. 34, VII, “d”, da CF, sujeitam-se a regras procedimentais distintas.

Em outro giro, temos que o dever de prestar contas (art. 34, VII, “d”, da CF), geral e abstrato, não somente impõe estabelecer um tratamento igualitário dos Tribunais de Contas com relação aos gestores públicos, como também determina uma atuação simétrica das cortes de contas, em consonância com o preceituado na Lei Maior (art. 75 da CF).

No ordenamento constitucional, temos que o constituinte originário elevou o controle externo a uma função precípua do Estado republicano e, para tanto, subsidiou a criação de uma rede de controle, exercida tecnicamente pelas cortes de contas (art. 71 da CF), em condições de similitude (princípio da simetria) no tocante não meramente à estrutura orgânica, como também – e sobretudo – à fiscalização (art. 75, *caput*, da CF), isso de forma a seguir o princípio da simetria constitucional, devendo haver uma relação de simetria entre as normas do ordenamento jurídico brasileiro nas três esferas de governo: União, Estados e Municípios.

Outro ganho com a elaboração de uma lei geral, única e uniformizadora do procedimento processual no âmbito dos Tribunais de Contas seria o condão de reunir esforços no Congresso Nacional, tanto quando da sua elaboração quanto posteriormente, uma vez que o aperfeiçoamento dos procedimentos é intermitente, sem uma continuidade

perene. Vemos que no momento, em decorrência da fragmentação dos procedimentos em leis estaduais, os esforços de aperfeiçoamento normativo igualmente se desagregam, contribuindo para o isolamento dos Tribunais de Contas nos respectivos redutos estaduais.

Aliado à estruturação orgânica das cortes de contas, essa, sim, expressão da autonomia institucional desses órgãos (e, por isso, expressão da autonomia federativa), conforme define o art. 73 c/c art. 75, da CF, o controle externo se situa dentro do panorama de desenvolvimento nacional, por meio das funções estatais precípua e, por essa razão, tem-se como necessária a concentração de esforços para o seu aperfeiçoamento.

A inserção do debate acerca da necessidade de elaboração de normas gerais de processo de controle externo, dentro do panorama de aprimoramento institucional, apresenta relevo, uma vez que se constata no Brasil um cenário de “inflação legislativa, [...] decorrente quer da proliferação de demandas especializadas, quer da elaboração de propostas de lei sem relevância prática ou institucional”.¹²

Temos que pugnar por um controle externo técnico, função republicana essencial, exercido pelo Tribunal de Contas nas balizas da Constituição Federal (art. 70 c/c 71 da CF), não podendo sujeitar-se a realidades regionais quando da sua elaboração e aperfeiçoamento e, assim como em relação a outras funções estatais de caráter nacional (a função jurisdicional, por exemplo), o debate e o esforço para seu aperfeiçoamento devem dar-se de maneira uniforme e em nível nacional.

Ademais, a ausência de normas uniformizadoras do trâmite processual no âmbito de Tribunais de Contas apenas evidencia o distanciamento dos legisladores nacionais dos compromissos intrínsecos do regime republicano, cabendo questionar, nessa mesma toada, o compromisso do Poder Legislativo com essa pauta, dado que o controle se projeta justamente sobre o exercício do poder político.

Por todas essas razões, importante que tenhamos um aprofundamento da necessidade da uniformidade de normas regulamentares gerais de atuação dos Tribunais de Contas.

5 Conclusão

De tudo o que foi aqui apresentado para a efetivação dos preceitos constitucionais na mais ampla plenitude, cabe ao Brasil debater e elaborar uma estrutura normativa homogênea para os processos de controle externo, instituindo normas gerais de modo a criar uma rede comum de controle sustentado nas mesmas balizas legais e com vistas à efetivação isonômica das mesmas garantias e direitos constitucionais.

Não obstante as atuais normas de processos de contas apresentarem grande similitude, nada justifica o cenário legislativo de hoje, no qual cada corte de contas possui um regramento próprio. O controle externo a cargo do tribunal de contas firma-se em balizas objetivas, uma vez que tem caráter técnico, nos moldes preceituados pelo art. 71 da Lei Maior.

¹² LAURENTIIS, Lucas Catib de; SILVA, Roberto Baptista Dias da. A qualidade legislativa no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015.

As reflexões aqui trazidas foram objeto de discussão quando da realização do 37º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, que aconteceu no Centro de Convenções de Maceió (AL), entre os dias 26 e 28 de setembro de 2023, quando presidente do Painel sobre Tribunais de Contas na Lei nº 14.133/21, realizado no dia 28, das 14 às 15h30.

Referências

CONTI, José Maurício. *PEC do padrão mínimo vai aperfeiçoar tribunais de contas*. Consultor Jurídico, 26 jul. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-26/contas-vista-pec-padrao-minimo-aperfeicoar-tribunais-contas>. Acesso em: 23 nov. 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

FERNANDES, José Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

INTOSAI. *The Lima Declaration*. Disponível em: <http://www.intosai.org/documents/intosai/general/declarations-of-lima-and-mexico/limadeclaration.html>. Acesso em: 10 maio 2012.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; SILVA, Roberto Baptista Dias da. A qualidade legislativa no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

RIBEIRO, Juscimar Pinto. A importância do devido processo legal e da segurança jurídica nos processos de contas no Brasil: a necessidade do estabelecimento de uma padronização nos procedimentos processuais no âmbito dos Tribunais de Contas. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 411-420. ISBN 978-65-5518-820-2.

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: A REPERCUSSÃO DA NOVA SISTEMÁTICA DE INVALIDADES SOBRE O CONTROLE EXTERNO BRASILEIRO

RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES

1 Introdução

Os Tribunais de Contas (TCs) desempenham relevantes funções relacionadas ao controle externo da Administração Pública, entre as quais a fiscalização de atos e contratos administrativos. Adotando como parâmetro a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992 – LO/TCU), observamos na Seção IV, dedicada especificamente à “Fiscalização de Atos e Contratos”, inserida no Capítulo II, da “Fiscalização a Cargo do Tribunal”, do Título II, “Julgamento e Fiscalização”, que, para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal pode efetuar a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição (art. 41), devendo acompanhar os editais de *licitação*, os *contratos*, inclusive administrativos, e os *convênios*, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres (inc. I, “b”), além de realizar inspeções e auditorias (inc. II).

Embora haja questionamentos acerca dos limites dessa atuação, não se pode negar o amparo constitucional na atuação do controle externo sobre licitações e contratos administrativos, ao menos em relação ao aspecto legalidade. O Constituinte também admitiu a possibilidade de um controle pautado pelos parâmetros da economicidade e da legitimidade (art. 71, *caput*, CR), embora reconheçamos a existência de algumas divergências nesse âmbito.

A questão a ser colocada neste artigo, no contexto de uma legislação que recentemente entrou em pleno vigor, diante da revogação por completo da Lei nº 8.666/93, consiste em avaliar até que ponto a nova disciplina decorrente da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC) alcança a atuação dos Tribunais de Contas no exercício da fiscalização sobre as licitações e contratações realizadas pela Administração Pública.

Conforme já defendemos anteriormente, o novo regime impõe uma maior deferência dos Tribunais de Contas em relação às decisões legitimamente tomadas pelos gestores públicos.¹ Neste artigo, procuramos delimitar o foco sobre a sistemática de invalidades adotada pelo novo diploma legal. Entre as alterações mais destacadas, cujo exame será aprofundado ao longo do trabalho, identifica-se o condicionamento da declaração de nulidade a uma prévia avaliação da existência ou não de interesse público para tal medida, segundo critérios objetivamente indicados pelo legislador, em rol não taxativo.

Em outros termos, cabe indagar: no exercício da competência para assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade, prevista no art. 71, inc. IX, da Constituição da República (CR), haveria a vinculação dos Tribunais de Contas aos critérios estabelecidos no art. 147 da NLLC, ou a referida norma teria sua aplicabilidade restrita ao administrador público responsável pelo procedimento licitatório ou execução contratual?

A análise a ser empreendida será pautada pelo método dedutivo. A partir de revisão bibliográfica e documental será examinado, inicialmente, o regime jurídico atribuído aos Tribunais de Contas pelo Constituinte de 1988, em especial a competência para assinar prazo, bem como a interpretação conferida pela Suprema Corte ao tema. Em seguida, a nova sistemática estabelecida pela NLLC, quanto às invalidades, será avaliada, para ao final apresentarmos uma proposta de interpretação que seja condizente com a missão constitucional dessas Cortes.

2 A competência para assinar prazo e sustar atos, e a fiscalização de licitações e contratos administrativos

Os dispositivos constitucionais dos incisos IX e X do artigo 71 abrem a possibilidade para o Tribunal de Contas exigir a correção de irregularidades por parte do órgão ou entidade, sob o risco de suspender a execução do ato em questão. Nestes casos, o Tribunal detém um poder de orientação que lhe permite demandar uma conduta específica – necessária para a estrita conformidade com a lei – quando há ilegalidade, com a consequência de suspender diretamente a realização do ato. Nesse contexto, o critério é, em princípio, mais restrito, uma vez que a Constituição se refere apenas à legalidade e não à legitimidade ou à economicidade.²

Entretanto, é importante lembrar que a legalidade, atualmente, incorpora a ideia de *juridicidade*, não sendo viável descartar de imediato a aplicação da Constituição e a normatividade de seus princípios.³ Mesmo quando os critérios de legitimidade

¹ RODRIGUES, Ricardo Schneider. A lei n.º 14.133/2021 e os novos limites do controle externo: a necessária deferência dos Tribunais de Contas em prol da Administração Pública. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 3, p. 161-181, 2021.

² RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Mínimo Existencial em Educação: fundamentos para uma atuação forte*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 344 e ss.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 1-24, jan./mar. 2001, p. 2; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 48; BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 311-312, 125-194; KRELL, Andreas

e economicidade são excluídos, ainda assim é necessário considerar a aplicação de princípios gerais da Administração Pública, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Quanto ao critério da economicidade, vale destacar que a legislação muitas vezes impõe ao gestor o dever de observar seus preceitos, tornando a separação rigorosa entre os critérios de economicidade e legalidade menos simples do que parece.⁴

Destarte, dos enunciados mencionados, pode-se inferir que o Tribunal deve justificar de forma mais substancial sua demanda por determinada conduta do administrador (assinando prazo) e, se necessário, suspender o ato. Em casos de normas do tipo regra, as violações tendem a ser mais evidentes. No entanto, não se pode descartar completamente a possibilidade de, com base em normas do tipo princípio, extrair também comandos que fundamentem o exercício dessas competências pelo Tribunal de Contas. Daí a importância dos deveres específicos de fundamentação conforme estabelecidos pelos artigos 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 (NCPC).

Outra questão que merece ser abordada é a distinção entre a possibilidade de emitir decisões cautelares, baseadas numa visão sumária e na urgência, e decisões definitivas, baseadas numa análise mais aprofundada. Às vezes, para evitar danos iminentes, a suspensão de um ato não pode esperar pela realização do contraditório, e a audiência do gestor será necessariamente adiada. Nesses casos, a suspensão do ato terá natureza cautelar. Se, após a manifestação do responsável, realizado o contraditório e a ampla defesa, o Tribunal constatar a ilegalidade, estará diante de uma situação que requer uma análise definitiva. Nessas circunstâncias, o Tribunal também deve conceder ao gestor a oportunidade de corrigir a ilegalidade, estabelecendo prazos (art. 71, inc. IX, CR) e, caso não seja corrigida, suspender o ato (art. 71, inc. X, CR).⁵

Ao comparar as disposições sobre suspensão do responsável e a competência para estabelecer prazos, conforme estabelecido na LO/TCU, essas observações se tornam mais claras. Na primeira hipótese, a lei exige “indícios suficientes”, enquanto na segunda já há convicção, pois “verificada a ilegalidade de ato ou contrato” (arts. 44 e 45, LO/TCU). Se a ilegalidade ainda não estiver comprovada, mas houver indícios, a suspensão cautelar será fundamentada na teoria dos poderes implícitos, tal como preconiza o STF.⁶

Tudo o que foi discutido anteriormente sobre a suspensão de atos aplica-se também à suspensão de contratos, com algumas pequenas modificações estabelecidas pela Constituição. No regime constitucional anterior, diante de uma ilegalidade comprovada num contrato, em caráter definitivo (não cautelar), cabia ao TCU estabelecer prazos para o cumprimento da lei e, se não fossem atendidos, solicitar ao Congresso a suspensão do

J. *Discrecionariade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 76.

⁴ Barcellos faz a pertinente observação: “[...] ainda que aparentemente ‘legal’, um contrato administrativo poderá ser viciado caso preveja valores muitíssimos superiores aos praticados pelo mercado para bens ou serviços, ensejando revisão: a rigor, a própria legislação trata dessa situação para o fim de coibi-la, de modo que, em determinadas circunstâncias, a violação da economicidade será, em última análise, uma ilegalidade” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 312).

⁵ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Mínimo Existencial em Educação: fundamentos para uma atuação forte*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 350 e segs.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão no Mandado de Segurança nº 33.092. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de março de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 17 ago. 2015.

contrato. Se o Congresso não deliberasse em 30 dias, a impugnação do TCU ao contrato era considerada *insubsistente* (art. 73, §§5º e 6º, CR/1967; art. 72, §§5º e 6º, CR/1969). No novo regime, a partir de 1988, se o Congresso Nacional ou o Executivo não suspenderem o contrato, cabe ao TCU *decidir* sobre o assunto (art. 71, inc. IX, §§1º e 2º, CR).

Há um debate em curso sobre a possibilidade de os Tribunais de Contas sustarem contratos. Argumenta-se a favor da possibilidade de suspensão tanto de forma cautelar, pelas razões já expostas, quanto por meio de uma decisão definitiva. Neste último caso, por força do artigo 71, §§1º e 2º, da Constituição, o Tribunal não pode suspender diretamente o contrato, a menos que já o tenha feito de forma cautelar, cumprindo os requisitos específicos dessa medida (em resumo, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, conforme previsto no artigo 276 do Regimento Interno do TCU).

Numa decisão definitiva, é necessário que o Congresso Nacional seja acionado para que, se assim o entender, promova diretamente a suspensão do contrato, solicitando ao Executivo que tome imediatamente as medidas necessárias (artigo 71, §1º, CR). No entanto, se essas medidas não forem implementadas – ou seja, se o Congresso não suspender o contrato e o Executivo não tomar as providências cabíveis –, o TCU deverá tomar uma decisão a respeito (artigo 71, §2º, CR). É importante notar que, quando a norma estabelece “decidirá a respeito”, a referência é às “medidas previstas no parágrafo anterior”, ou seja, a suspensão do contrato pelo Congresso e as medidas apropriadas pelo Executivo.

A própria Constituição confere ao TCU a autoridade para deliberar sobre a suspensão de contratos, indicando uma mudança em relação ao regime constitucional anterior, no qual a inação do Legislativo resultava na desconsideração da ilegalidade apontada pelo TCU (artigo 71, §§1º e 2º, CR). No regime constitucional atual, o julgamento político eventualmente realizado pelo Parlamento dentro de 90 dias é respeitado pelo TCU. No entanto, em consonância com a ampliação dos poderes de controle atribuídos ao controle externo, a inação do Congresso ou do Executivo permite ao TCU exercer o controle de forma efetiva. Interpretar de forma diferente equivaleria a atribuir ao texto atual a mesma eficácia do texto anterior.

Em resumo, a inação do Parlamento resultaria, em ambos os casos (CR/1967 e CR/88), na continuidade da execução de um contrato considerado ilegal pelo controle externo, apesar da mudança significativa observada na redação dessa atribuição. Nesse sentido, o legislador ordinário agiu de forma acertada ao estabelecer que, “se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal *decidirá a respeito da sustação do contrato*” (artigo 45, §3º, LO/TCU).⁷

⁷ Adotando posição favorável à competência plena para decidir em caso de inércia superior a noventa dias, cf. FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 597; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233. Para José Afonso, após noventa dias de inércia, o conteúdo dessa decisão seria a declaração da nulidade do contrato e eventual imputação de débito e multa (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 730). Moreira Neto defendia que, embora a iniciativa da sustação seja reservada ao Poder Legislativo, devolve-se o *poder decisório* ao Tribunal de Contas se ocorrer omissão do Congresso Nacional ou do Poder Executivo (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 1-24, jan./mar. 2001, p. 20).

Em sede de fiscalização de atos e contratos, a Lei Orgânica do TCU estabelece expressamente a possibilidade de fazer uso dessa competência constitucional, nestes termos:

Seção IV

Fiscalização de Atos e Contratos

Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno:

[...] b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta Lei;

II - realizar, por iniciativa própria, na forma estabelecida no Regimento Interno, inspeções e auditorias de mesma natureza que as previstas no inciso I do art. 38 desta Lei; [...]

Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

§1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I - sustará a execução do ato impugnado;

II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei.

§2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

§3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato. (grifos nossos)

A fiscalização de licitações e contratos administrativos, quanto ao “exato cumprimento da lei”, é atribuída de forma expressa pela Constituição e por lei ao Tribunal de Contas da União e, por simetria, aos demais Tribunais de Contas do Brasil, nos termos do art. 75, *caput*, da CR. No desempenho dessa função, o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de o TCU determinar que o ente fiscalizado anule ato ou contrato administrativo eivado de nulidade. O que não se admite é a declaração de invalidade diretamente pelo órgão de controle, pois aí estaria usurpando a competência do agente público responsável pela prática do ato/contrato. Todavia, o descumprimento da determinação poderá trazer consequências negativas ao responsável, no âmbito da função sancionadora da Corte de Contas.

Com efeito, nos termos da jurisprudência do STF, “o Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou”.⁸

⁸ MS 23550, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 4.4.2001, DJ 31.10.2001. Cf. também MS 26000, Relator(a): Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 16.10.2012, Acórdão Eletrônico DJe-224, Divulg. 13.11.2012, Public. 14.11.2012.

A invalidação de licitação, ato ou contrato administrativo, embora não seja efeito da decisão do Tribunal de Contas, poderá ser determinada pela Corte, que, de forma cautelar ou definitiva, considere presente no caso analisado alguma ilegalidade. A deliberação, nesses casos, terá natureza mandamental. Não cabe ao Tribunal decretar a nulidade, mas emitir ordem direcionada ao responsável para que promova, por ato próprio, o “exato cumprimento da lei”, afastando a violação dos dispositivos legais expressamente indicados pelo Tribunal em sua decisão.

Considerando que a Corte não promoverá diretamente a invalidação do ato ou contrato, é necessário avaliar se as novas disposições da Lei nº 14.133/2021, no que se refere à nulidade de contratos e do procedimento licitatório, devem alcançar essa deliberação mandamental do Tribunal. Para tanto, será necessário perscrutar, a seguir, as principais mudanças promovidas pelo novo diploma legislativo.

3 A nova sistemática de invalidades em licitações e contratos instituída pela Lei nº 14.133/2021 e as necessárias mudanças na forma de atuação das Cortes de Contas

É difícil indicar, com rigor científico, as características que sejam rigorosamente encontradas em todas as espécies de invalidades, pois o sistema jurídico cria diversas exceções.⁹ A título exemplificativo, os sistemas de invalidades do casamento (arts. 1.548 e 1.550, CC), do processo civil e das relações de consumo (art. 51, CDC) têm regras próprias, particulares, diversas do regime comum dos negócios jurídicos.¹⁰ De igual modo observa-se em relação ao Direito Público, em especial o Direito Administrativo, permeado por princípios específicos que justificam uma disciplina diferenciada e que vêm, ao longo do tempo, sofrendo alterações substanciais.

A sistemática civilista, em linhas gerais, foi absorvida pela doutrina administrativista e pelo direito positivo, embora se reconheça a inviabilidade da transposição integral do regime das invalidades do Direito Privado para o Direito Público. Na sequência, analisaremos o tratamento conferido pelo legislador às invalidades no Direito Administrativo.

3.1 As invalidades no Direito Administrativo positivo: da Lei da Ação Popular à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

No âmbito da doutrina administrativista não há uniformidade em relação às diversas categorias de invalidades, oscilando desde a existência de atos nulos, anuláveis, irregulares e até mesmo inexistentes como uma categoria da invalidade.¹¹

⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 225-226.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil*: teoria geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 456; DIDIER JR., Fredie. *A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro*. Salvador, 14 jun. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/1771102/A_invalida%C3%A7%C3%A3o_dos_atos_processuais_no_processo_civil_brasileiro). Acesso em: 27 fev. 2024. p. 6.

¹¹ Celso Antônio identifica três posicionamentos quanto aos atos inválidos, o primeiro a defender que o vício sempre acarretaria a nulidade do ato, sustentado por Hely Lopes Meirelles; o segundo, de Oswaldo Aranha

Para Celso Antônio, a “invalidade é a supressão, com efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”.¹² A *invalidade* abrangeria qualquer caso de desconformidade com o Direito, não apenas a *anulação*, que se refere a uma das espécies desse gênero. Tampouco se confunde com a retirada por motivo de mérito, é dizer, por inconveniência ou inoportunidade, que caracteriza a revogação.¹³

A análise do regime jurídico das invalidades passa necessariamente pelo exame de dois diplomas legais, a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965 – LAP) e a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999).¹⁴ A primeira trata da ocorrência de *nulidade* a partir dos elementos do ato administrativo, nos casos de *atos lesivos ao patrimônio público* que incorram em vício de incompetência, inobservância de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos ou desvio de finalidade (art. 2º). Estabelece, ainda, outras situações ensejadoras de *nulidade* em seu art. 4º, cujo rol contempla diversas hipóteses, entre as quais “a empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando” (inc. II):

- a) o respectivo *contrato* houver sido celebrado *sem prévia concorrência pública* ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;
- b) no *edital* de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que *comprometam* o seu caráter *competitivo*;
- c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na *limitação das possibilidades normais de competição*. (grifos nossos)

A LAP também prevê como *anuláveis* os atos lesivos ao patrimônio público cujos vícios não estejam previstos nos casos do art. 2º, mencionados anteriormente, “segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles” (art. 3º).

No tocante à Lei do Processo Administrativo Federal, há a previsão geral do dever de a Administração Pública *anular* seus próprios atos, “quando eivados de vício de legalidade” (art. 53), admitindo-se, contudo, a *possibilidade* de *convalidação* nos casos de *defeitos sanáveis*, se “não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros” (art. 55).

Posteriormente, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também passou a tratar da temática. A primeira mudança relevante, prevista no *caput* do art. 20, recaiu sobre o uso de valores jurídicos abstratos pelas esferas administrativa, controladora e judicial para fundamentar suas decisões. A LINDB passou a exigir, nesses casos, a avaliação das *consequências práticas* das respectivas decisões, estabelecendo um verdadeiro ônus argumentativo a ser enfrentado quando as referidas esferas invocam princípios – ou regras de conteúdo aberto – como justificativa para decidir. No parágrafo único do

Bandeira de Mello, que distingue os atos entre nulos (não convalidáveis) e anuláveis (convalidáveis); e o terceiro, atribuído a Seabra Fagundes, para quem haveria atos nulos, anuláveis e irregulares. Em comum, todos negariam relevância jurídica à espécie atos inexistentes (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 420, 423-424).

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 421.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 420-421.

¹⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos Atos Administrativos Inválidos no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 59-80, out./dez. 2001. p. 69.

referido artigo, o legislador foi além e impôs a análise da proporcionalidade – avaliação da necessidade e da adequação, inclusive em face de possíveis alternativas – na motivação do ato decisório cujo conteúdo consista na decretação da *invalidação* de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Temos na LINDB, portanto, uma abertura da sistemática das invalidades administrativas ao *consequencialismo*, no sentido de que o juízo acerca da (in)ocorrência de eventual nulidade considere – em caráter não necessariamente determinante, ressalte-se –, além das consequências práticas que essa decisão poderá ensejar, a sua adequação e necessidade, inclusive se há outras opções menos drásticas do que a decretação da nulidade.

Outra disposição relevante, prevista no art. 24 da LINDB, refere-se às invalidades. Essa norma prevê que a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à *validade* de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado, deve levar em conta as orientações gerais da época – que são as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público (art. 24, parágrafo único, LINDB).

A referida disposição legal veda que, com base em mudança posterior de orientação geral, declarem-se *inválidas* situações plenamente constituídas. Busca-se preservar, desta forma, a segurança jurídica, evitando que haja a retroatividade de novo entendimento da Administração Pública, em prejuízo da validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa considerados válidos no momento em que foram praticados, segundo o entendimento vigente à época.

Outro dispositivo relevante que, embora não se refira diretamente às invalidades, também repercute sobre esse sistema, consiste no art. 22 da LINDB, segundo o qual, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Associado ao respectivo parágrafo primeiro – segundo o qual em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente –, constata-se que o legislador impôs à esfera controladora uma análise contextualizada acerca do exercício da função administrativa, mitigando o formalismo exacerbado e buscando soluções condizentes com a realidade vivenciada pela gestão pública.

Entre as circunstâncias inerentes ao dia a dia da Administração Pública brasileira, “estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor”,¹⁵ que precisam ser superadas diante das inúmeras necessidades sociais a serem atendidas.

¹⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB: Enunciado nº 11. Tiradentes, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/wp-content/uploads/2023/03/Enunciados-IBDA-publicacao-Forum.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2024.

Muitas das disposições da LINDB acabaram por influenciar também a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em especial a necessidade de se avaliar as consequências práticas e o contexto no qual se insere a Administração Pública ao decidir. O regime jurídico das invalidades na Lei nº 14.133/2021 passou a ter novos contornos específicos, não previstos anteriormente na Lei nº 8.666/1993.

Uma primeira modificação relevante consistiu no estabelecimento de regras uniformes para o controle das contratações para todos os atores responsáveis por esta atuação – inclusive com a previsão de três linhas de defesa, nos termos do art. 169, incs. I, II e III, da NLLC. Entre elas, o novo diploma estabeleceu como regra geral a predileção pelo *saneamento* das irregularidades e mitigação dos riscos de novas ocorrências, pelo aperfeiçoamento do controle preventivo e capacitação dos agentes públicos responsáveis (art. 169, §3º, inc. I).

Sem embargo, a novidade mais expressiva foi a previsão de um capítulo específico voltado à disciplina “da nulidade dos contratos”. O legislador ressaltou a ideia de que a nulidade deve ocorrer somente como *ultima ratio*, de modo que, se possível e havendo compatibilidade com o interesse público, deve prevalecer o *saneamento* sobre a “suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato” (art. 147, *caput*).

Em verdade, o critério do interesse público como justificativa para superar o princípio da estrita legalidade não é algo inovador no Direito Administrativo, nem no âmbito das licitações e contratos. O próprio TCU por vezes superou a nulidade por entender que a convalidação de atos irregulares melhor atenderia ao interesse público.¹⁶ A inovação da NLLC consiste em prever objetivamente diversos aspectos a serem considerados na avaliação do interesse público no caso concreto, em rol não taxativo, reduzindo sobremaneira a discricionariedade e a subjetividade desse exame, que passa a ser obrigatório. Confira-se:

Art. 147. Constatada *irregularidade no procedimento licitatório* ou na *execução contratual*, *caso não seja possível o saneamento*, a decisão sobre a *suspensão da execução* ou sobre a declaração de nulidade do contrato *somente* será adotada na hipótese em que se revelar *medida de interesse público*, com *avaliação*, entre outros, dos seguintes aspectos:

- I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- III - motivação social e ambiental do contrato;
- IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
- V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

¹⁶ “O perigo de dano ao erário pode justificar a convalidação de atos irregulares, a exemplo de ilícita desclassificação de propostas de licitantes, de forma a preservar o interesse público, mas isso não implica dizer que tais atos sejam lícitos nem afasta a necessidade da adequada apuração das responsabilidades” (TCU, Acórdão nº 2.143/2013, Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler, Boletim de Jurisprudência nº 4, de 26.8.2013).

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação *não se revele medida de interesse público*, o poder público deverá optar pela *continuidade do contrato* e pela solução da irregularidade por meio de *indenização* por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis (grifos nossos).

Os referidos parâmetros “são um misto de critérios políticos, econômicos e sociais” e “materializam a moderna ideia de *legalidade funcional*, o que implica admitir que a legalidade seja maleável, ajustável, buscando-se o balanceamento do interesse das partes”.¹⁷ A rigor:

O parágrafo único do artigo 146 resume a ideia geral dos incisos aqui comentados, qual seja, a *imposição de standards consequencialistas pelo legislador*, a fim *orientar* a atuação do *administrador* e dos *órgãos de controle* à busca pela acomodação dos interesses envolvidos/fragmentados no âmbito de uma contratação pública, autorizando-os, inclusive, a *não invalidar um contrato* que, *numa análise perfunctória e descontextualizada*, seria declarado *nulo*. Esse aspecto funcional da legalidade, respeitada a densificação mínima da lei, é o que se deve buscar. (grifos nossos)¹⁸

Inegavelmente, essa mudança de perspectiva exprime um juízo de valor do legislador no sentido de estabelecer como regra geral, em sede de licitações e contratos, a busca pela preservação das decisões administrativas, fortalecendo a noção de deferência do controle externo em relação à função administrativa, conforme já demonstramos anteriormente.¹⁹

Apenas se efetivamente demonstrado, após o exame dos referidos parâmetros, que se trata de medida de interesse público, a nulidade poderá ser decretada. Caso contrário, deve-se dar continuidade à execução contratual apesar do vício identificado, sem prejuízo de solucionar a irregularidade por perdas e danos e da apuração da responsabilidade (art. 147, parágrafo único).

Essa percepção é reforçada no art. 148, *caput*, da NLLC, ao prever que a declaração de nulidade do contrato administrativo *requer* análise prévia do interesse público envolvido, na forma do referido art. 147. Em outros termos, trata-se de norma impositiva, direcionada ao agente público no exercício da função administrativa, de caráter vinculante. É dizer, a avaliação dos aludidos parâmetros de interesse público não

¹⁷ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. A Teoria das Invalididades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021. p. 134.

¹⁸ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. A Teoria das Invalididades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021. p. 137-138.

¹⁹ RODRIGUES, Ricardo Schneider. A lei n.º 14.133/2021 e os novos limites do controle externo: a necessária deferência dos Tribunais de Contas em prol da Administração Pública. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 3. p. 161-181, 2021.

é uma mera faculdade para a Administração Pública. Eventual omissão poderá gerar a invalidade do ato administrativo que os desconsiderar.

Por fim, a NLLC ainda assegura a possibilidade de se preservar a eficácia, mesmo nos casos em que o interesse público recomendar a nulidade do contrato, com o objetivo de assegurar a continuidade da atividade administrativa, por até seis meses, prorrogável por igual período (art. 148, §2º). É possível, portanto, modular os efeitos da declaração de nulidade por razões de interesse público.

Trata-se de mudanças significantes, quando comparadas com as regras anteriores da Lei nº 8.666/1993, segundo a qual “a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato” (art. 49, §2º) e “a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos” (art. 59, *caput*). Não havia, no regime anterior, qualquer preocupação com as circunstâncias práticas da decisão, nem com evidências empíricas, tais como análise de riscos, impactos, despesas etc.²⁰

Ultrapassada a análise do direito positivo, o cerne da questão que ora se coloca, diante deste novo cenário normativo, consiste em avaliar se as referidas previsões, embora direcionadas ao agente público no exercício da função administrativa, também alcançariam as deliberações dos Tribunais de Contas, no exercício da fiscalização que exercem sobre licitações e contratos. Para tanto, será necessário avançar na compreensão da sistemática das invalidades do Direito Administrativo na perspectiva doutrinária.

3.2 A sistemática das invalidades no Direito Administrativo e a repercussão da NLLC na atuação dos Tribunais de Contas

Para Celso Antônio são atos inválidos os *atos inexistentes*, tais como as condutas criminosas, ofensivas aos direitos fundamentais, fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo Direito, que jamais prescrevem, nem podem ser objeto de conversão; os *atos nulos*, que a lei assim declarar e quando for racionalmente impossível convalidar; e os *atos anuláveis*, que a lei assim declarar e os que podem se repetir sem vício.²¹ Para o autor, os sujeitos ativos da invalidação são a Administração Pública ou o Poder Judiciário – diversamente do que ocorre com a revogação, privativa da autoridade no exercício da função administrativa.²²

Di Pietro assinala que os atos administrativos podem incorrer em *nulidade absoluta* (quando o vício não é sanável ou convalidável) ou em *nulidade relativa* (quando o vício é sanável ou convalidável).²³ Em relação à terminologia do Direito Privado, *nulidade relativa*

²⁰ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. A Teoria das Invalidades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021. p. 127-128.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 420-426.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 420-420-423.

²³ A convalidação ou saneamento “é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 281). É também o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, que segue a teoria dualista, segundo a qual os atos administrativos podem ser nulos ou anuláveis, de acordo com a maior ou menor gravidade do vício. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 146).

ou atos anuláveis, a autora reconhece expressamente que no âmbito administrativo não se aplica a exigência da provocação restrita ao interessado para fins de decretação dessa nulidade, por força do poder de autotutela, que assegura a possibilidade de a Administração Pública agir de ofício tanto em casos de nulidade absoluta quanto relativa.²⁴

Nessa perspectiva, para França, as invalidades dos atos administrativos podem ser sanáveis ou insanáveis. As sanáveis seriam as anulabilidades, que não alcançam de forma aguda o conteúdo do ato e permitem a preservação de seus efeitos pela convalidação. As insanáveis corresponderiam às nulidades, situações em que a repetição do ato é vedada, pois há o comprometimento do conteúdo do ato, que o torna ilegal ou ilegítimo.²⁵ O autor discorda da aplicação da classificação civilística que identifica negócios jurídicos nulos e anuláveis. A categoria dos atos anuláveis não existiria no âmbito administrativo. O autor prefere classificar os atos administrativos inválidos em atos nulos e atos convalidáveis.²⁶

Di Pietro reconhece a divergência existente na doutrina entre o caráter vinculado ou discricionário da anulação. Haveria, a seu ver, uma colisão entre os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular. Para a autora, o caminho seria considerar a anulação como um dever *prima facie* de anular atos ilegais, sob pena de comprometimento da legalidade. Todavia, admite que em certos casos – a nosso ver, após um juízo de ponderação, em concreto – ocorra a superação desse óbice em favor do interesse público, que deve considerar no contexto a aplicação dos princípios da segurança jurídica nos aspectos objetivo (estabilidade das relações jurídicas) e subjetivo (proteção à confiança) e boa-fé. Nessa análise defende, ainda, que a preservação do ato exige algumas condições, como não ter se originado de dolo, nem afetado direitos ou interesses privados legítimos, ou causado danos ao erário.²⁷

Em síntese, para a autora, “a convalidação é, em regra, obrigatória, se se pretende prestigiar o princípio da legalidade na Administração Pública”.²⁸ A única hipótese em que a convalidação seria discricionária, seguindo a lição de Weida Zancaner, seria diante do vício de incompetência em ato discricionário – nesse caso, não se pode obrigar a autoridade competente a aceitar a mesma avaliação subjetiva realizada pela incompetente.²⁹

Não é outro o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que igualmente adere ao pensamento de Weida Zancaner, para defender a inexistência de discricionariedade da Administração Pública perante atos inválidos e escolher se convalida ou não um ato viciado, ou para optar por sua invalidação ou não, ressalvada a única hipótese mencionada. Quanto às hipóteses que admitiram tanto a invalidação quanto a convalidação, assinala:

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 281.

²⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos Atos Administrativos Inválidos no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 59-80, out./dez. 2001. p. 69.

²⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos Atos Administrativos Inválidos no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 59-80, out./dez. 2001. p. 70-74.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 272-273.

²⁸ Anteriormente, a autora defendia o caráter discricionário da convalidação sob o argumento de que, no caso concreto, deveria avaliar o que melhor atende ao interesse público (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 281-283).

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 281-283.

A resposta é que *não há, aí, opção livre* entre tais alternativas, sendo cabível a *convalidação*, o Direito certamente a *exigiria*, pois, sobre ser uma dentre as duas formas de restauração da legalidade [invalidação e convalidação], é predicada, demais disso, pelos outros princípios referidos: o da *segurança jurídica* e o da *boa-fé*, se existente. Logo, em prol dela, afluem mais razões jurídicas do que em favor da invalidação. (grifos nossos)³⁰

Quanto ao teor do art. 55 da Lei do Processo Administrativo Federal, Di Pietro esclarece que, embora a convalidação apareça na norma como uma faculdade ou ato discricionário – “[...] *poderão* ser convalidados pela própria Administração” –, tal providência somente poderá ocorrer se não houver prejuízo ao *interesse público* nem a terceiros. Caso ocorra, a anulação será obrigatória.³¹ Celso Antônio vai além, ao defender a contrariedade dessa opção legislativa ante os princípios gerais de Direito. A previsão de uma mera faculdade quanto à convalidação feriria os princípios da legalidade – que esse instituto assegura – e o da segurança jurídica.³²

De forma semelhante, França afirma que a invalidação por anulabilidade seria inaplicável para o Direito Administrativo, pois, diferentemente do Direito Privado, em que somente o interessado pode aduzir o vício e dele se beneficiar, no Direito Administrativo não há invalidade que não seja relevante para o interesse público, de modo que as invalidades administrativas podem ser arguidas por todos. Assim, na esfera pública a convalidação não seria uma faculdade para o poder público, como é a ratificação dos atos anuláveis para os particulares no âmbito do Direito Civil. Com efeito, assinala: “se houver anulabilidade e se apresentarem os requisitos exigidos pela lei para a válida convalidação, não há outra demanda cabível para o interesse público da restauração da juridicidade com segurança jurídica que não seja a convalidação”.³³

Destarte, podemos afirmar que a violação ao interesse público configura hipótese de anulação obrigatória do ato administrativo, não se tratando, portanto, de mera faculdade ou discricionariedade, que atrairia a competência exclusiva da autoridade competente no exercício da função administrativa para decidir. Por outra via, havendo a possibilidade de se convalidar o ato administrativo inquinado de vício – quando, obviamente, não incorrer em lesão ao interesse público ou a terceiros –, essa providência também é medida obrigatória e não mera faculdade.

Desta forma, embora o Tribunal de Contas não detenha competência para, diretamente, decretar a invalidação de procedimento licitatório ou contrato administrativo, ao desenvolver o controle de legalidade que lhe compete na fiscalização dessa função administrativa deverá, necessariamente, considerar os critérios utilizados pelo legislador para pautar o juízo de interesse público especificamente estabelecido pela nova legislação. A invalidação e a convalidação não são, em regra, atos discricionários, mas vinculados e, por tal razão, estão ao alcance do controle exercido por essas Cortes.

Em outros termos, embora o comando do art. 147 da NLLC não pareça ter sido direcionado especificamente aos órgãos de controle externo – até porque a prerrogativa

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 433.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 282.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 434.

³³ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos Atos Administrativos Inválidos no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 59-80, out./dez. 2001. p. 73-74.

de anular os atos administrativos é da própria Administração Pública, por força da autotutela, e do Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição –, a decisão da Corte condiciona a atuação do agente público competente para a prática do ato de invalidação – ou de convalidação –, na medida em que ele se sujeita ao poder sancionador do Tribunal, em caso de descumprimento de suas determinações.

Ademais, não há justificativas para delimitar o juízo a cargo dos Tribunais de Contas de modo a ignorar os parâmetros legais definidos para a avaliação da nulidade de contratos e processos administrativos, como se a validade de tais atos pudesse ser considerada a partir de critérios jurídicos diversos, a depender da esfera que a avalia – se a esfera administrativa, de controle ou judicial. O juízo a ser empreendido pela Corte, portanto, é indissociável da consideração de todos os critérios normativos que pautam o regime jurídico das invalidades nas licitações e contratos administrativos.

Com efeito, compete ao legislador primordialmente avaliar quais vícios devem receber maior ou menor grau de reprovabilidade. A rigor, “é exatamente a diferença quanto ao repúdio que conduz à classificação de atos nulos e atos anuláveis. Não é desnecessário, porém, lembrar que a maior ou menor gravidade do vício resulta de exclusiva consideração do legislador, que emite, de fato, um juízo de valor”.³⁴

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não há graus de invalidade. Ato algum em Direito é mais invalido que outro. Todavia, *pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade*. Ou seja: a ordem normativa *pode repelir com intensidade variável* atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma *gradação* no repúdio a eles. (grifos nossos)³⁵

Desconsiderar tal juízo de reprovabilidade estabelecido pelo legislador resultaria, a um só tempo, na violação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica. Havendo um parâmetro legal claro – no caso, critérios objetivos para delimitar o conteúdo do interesse público apto a afastar a invalidação de licitações e contratos –, não se admite ao órgão de controle pautar sua atuação por critério diverso, surpreendendo a Administração Pública e aqueles que com ela se relacionam.

4 Conclusão

Os Tribunais de Contas possuem a competência constitucional para demandar a correção de ilegalidades em atos administrativos ou contratos, podendo até suspender sua execução caso não sejam atendidas suas determinações, conforme estabelecido nos incisos IX e X do artigo 71 da Constituição. Esta competência sublinha um papel significativo de orientação e intervenção, permitindo aos Tribunais exigir o cumprimento da lei, onde a legalidade se expande para abranger a juridicidade, implicando a observância dos princípios constitucionais gerais de Administração Pública.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 144.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 420.

No Direito Administrativo, a doutrina não apresenta uniformidade sobre as categorias de invalidades, variando entre atos nulos, anuláveis, irregulares e inexistentes. A Lei da Ação Popular e a Lei do Processo Administrativo Federal são o marco inicial da disciplina das invalidades, com a LAP focando na nulidade por vícios como incompetência e ilegalidade, e a segunda impondo à Administração o dever de anular atos ilegais, mas permitindo a convalidação em certos casos.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro adicionou uma dimensão consequencialista à análise das invalidades, exigindo a consideração das consequências práticas e a proporcionalidade nas decisões sobre invalidação. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos seguiu essa lógica, enfatizando a preservação das decisões administrativas e a análise do interesse público antes de decretar a nulidade de contratos, sugerindo a prevalência do saneamento das irregularidades. Essa mudança normativa reflete uma orientação para a legalidade funcional, permitindo uma flexibilidade que busca equilibrar os interesses envolvidos e demonstrando uma evolução significativa em relação ao regime anterior da Lei nº 8.666/1993, que automaticamente induzia a nulidade do contrato a partir do procedimento licitatório.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC) impõe aos Tribunais de Contas a observância de novos parâmetros durante a fiscalização de licitações e contratos. Esta legislação moderniza a sistemática das invalidades no Direito Administrativo e estabelece um critério de interesse público como norte para a decisão sobre a convalidação ou a invalidação de atos administrativos, sugerindo que a anulação deve ser considerada como último recurso. A inovação da lei reside na previsão de um conjunto de critérios objetivos para a análise do interesse público, reduzindo a discricionariedade e a subjetividade dessa avaliação, que passa a ser obrigatória, e enfatizando a preferência pelo saneamento de irregularidades para preservar os efeitos jurídicos desejáveis dos atos administrativos.

Dessa forma, os Tribunais de Contas, ao exercerem o controle de legalidade sobre licitações e contratos, devem alinhar suas avaliações aos princípios estabelecidos pela NLLC, considerando, no exercício da competência para sustar ato ou contrato, por razões de ilegalidade, tanto a possibilidade de convalidação de atos administrativos viciados quanto a necessidade de sua invalidação, sempre pautados pela preservação do interesse público. A nova lei demanda uma aplicação equilibrada dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, requerendo que os Tribunais levem em conta os critérios definidos pelo legislador para determinar o grau de reprovabilidade de cada vício e a adequação das respostas jurídicas a eles.

Apesar de o art. 147 da NLLC não ter sido direcionado expressamente aos Tribunais de Contas, que não detém a prerrogativa de anular diretamente os atos administrativos praticados no âmbito da função administrativa, a decisão mandamental da Corte de Contas, ao assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, diante de ilegalidade, condiciona a atuação do agente público competente para a prática do ato de invalidação – ou de convalidação –, dada a sua sujeição ao poder sancionador do Tribunal, em caso de descumprimento de suas determinações.

Por outra via, não há como os TCs deixarem de considerar *todos* os critérios normativos que pautam o regime jurídico das invalidades nas licitações e contratos administrativos, dada a opção do legislador pela incorporação de uma sistemática mais

maleável e permeável às circunstâncias de ordem prática que incidem sobre a atuação do poder público. Ignorar tais parâmetros legais ensejaria a violação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, não se admitindo ao órgão de controle exercer um juízo de acerca da invalidação ou da convalidação de um ato administrativo a partir de critérios diversos daqueles já incorporados ao sistema jurídico e seguidos pela Administração Pública.

Desta forma, a atuação dessas Cortes deve refletir um equilíbrio entre a restauração da legalidade e a manutenção da estabilidade das relações jurídicas, assegurando a continuidade da atividade administrativa em conformidade com os valores jurídicos abstratos e as exigências práticas delineadas pela NLLC.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão no Mandado de Segurança nº 33.092. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de março de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, 17 ago. 2015.
- CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 225-248, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.844.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DIDIER JR., Fredie. *A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro*. Salvador, 14 jun. 2012. Disponível em https://www.academia.edu/1771102/A_invalida%C3%A7%C3%A3o_dos_atos_processuais_no_processo_civil_brasileiro. Acesso em: 27 fev. 2024.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, edição especial, p. 87-109, dez. 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos Atos Administrativos Inválidos no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 59-80, out./dez. 2001.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB: Enunciado nº 11. Tiradentes, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/wp-content/uploads/2023/03/Enunciados-IBDA-publicacao-Forum.pdf>. Acessado em: 28 fev. 2024.
- KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 1-24, jan./mar. 2001.

NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Mínimo Existencial em Educação: fundamentos para uma atuação forte*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. A lei nº 14.133/2021 e os novos limites do controle externo: a necessária deferência dos Tribunais de Contas em prol da Administração Pública. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 3. p. 161-181, 2021.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. A Teoria das Invalididades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021.

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

RODRIGUES, Ricardo Schneider. Os Tribunais de Contas e a Nova Lei de Licitações e Contratos: a repercussão da nova sistemática de invalidades sobre o controle externo brasileiro. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 421-437. ISBN 978-65-5518-820-2.

LIMITES DA LIBERDADE DE CONFIGURAÇÃO/ CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR NA RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANDRÉ SADDY

SIDDHARTA LEGALE

Introdução

O presente artigo busca analisar as principais controvérsias em relação à temática da limitação da tomada de decisão pelo Poder Legislativo, principalmente no que se refere à restrição de direitos humanos fundamentais, apostando na supremacia do Legislativo em momentos de normalidade institucional. Poderia o Poder Judiciário assumir o papel do Poder Legislativo?

Neste sentido, apresentam-se no primeiro tópico conceitos-chave para a análise, como a liberdade de conformação ou configuração do Poder Legislativo, a sua supremacia, as problemáticas da sindicabilidade do jogo político ao Poder Judiciário, entre outros.

No tópico seguinte, passa-se à análise das contribuições jurisdicionais quanto à matéria, notadamente dos seguintes Tribunais: (i) Tribunal Constitucional da Espanha; (ii) Tribunal Constitucional de Portugal; (iii) Corte Constitucional italiana; (iv) Conselho Constitucional francês; (v) Tribunal Constitucional Federal alemão; (vi) Tribunal de Justiça da União Europeia; (vii) Tribunal Europeu de Direitos Humanos; e a (ix) Corte Interamericana de Direitos Humanos. Optou-se por não realizar uma análise aprofundada do Supremo Tribunal Federal, visto que já o fora feito em outros artigos.

Por fim, acaba-se chegando aos entendimentos que direcionam à impossibilidade de se restringir a atividade legislativa em sua tomada de decisão, e em quais graus há essa restrição, contextualizando com os padrões das cortes analisadas. Verifica-se, assim, o perigo de dar um maior papel “legiferante” ao Poder Judiciário no âmbito da legalidade.

1 Liberdade de configuração/conformação do Legislativo (ou discricionariedade legislativa)

É o legislador, como sujeito da atividade permanente e de caráter político de definição e elaboração de normas jurídicas com eficácia externa, quem conta com a mais ampla margem de valoração subjetiva para a definição e o estabelecimento de opções políticas e legislativas a partir da legitimidade com que conta por via da representatividade. Por isso, essa subjetividade inerente ao legislador, chamada por muitos de discricionariedade legislativa, é qualificada como política¹ ou fortíssima.²

A CRFB configura um âmbito submetido a essa discricionariedade legislativa ou, como se prefere, a essa liberdade de configuração ou conformação normativa do legislador.³ Não se pode negar a existência de uma margem de liberdade do legislador na aplicação de políticas sociais e econômicas. É o legislador quem deve encontrar remédios apropriados aos possíveis efeitos distorsivos do sistema, encontrando as opções mais convenientes e oportunas dentro de seu poder conformador ou constitutivo.

Apesar de possuir tal virtude, esse tipo de subjetividade não é ilimitado, devendo sempre respeitar a proibição da arbitrariedade. Ao não ser tal margem total, absoluta ou incondicionada, em princípio, não corresponde ao Poder Judiciário interferir nesse âmbito de liberdade, intrometendo-se na dita conveniência ou na oportunidade da eleição feita pelo legislador, mas tão somente se comprovar que se ultrapassou a margem de liberdade, dando lugar a uma ação arbitrária.⁴

Devido ao seu conhecimento direto da sociedade e de suas necessidades, as autoridades parlamentárias estão, geralmente, em melhores condições que o juiz para apreciar quais são os interesses públicos, e, por isso, o Poder Judiciário deve respeitar a decisão política do legislador, a menos que essa seja arbitrária.

A sindicabilidade ao Poder Judiciário existe, mas limitada a uma nova ponderação e se, analisando a questão, concluir que determinado princípio tem mais peso nas circunstâncias que aqueles que sustentou a criação legislativa, deverá declarar inconstitucional a lei. Porém, em face do princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário só estará legitimado a afastar a ponderação efetuada pelo legislador caso não haja dúvidas em relação ao erro desta ponderação, como será mais bem tratado

¹ ARAGÓN, M. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 8, n. 24, p. 9-46, sep./dic. 1988, p. 25.

² ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, ano 22, n. 85, p. 5-26, ene./mar. 1995, p. 25. Tal classificação deriva de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 84-85).

³ Sobre o tema, vide: SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

⁴ Para Tomás-Ramón Fernández Rodríguez (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 1998, p. 94 e 95): “por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titular, por mucho que quiera enfatizarse ese carácter discrecional repudiando, incluso, el empleo mismo del término discrecionalidad para subrayar la libertad de decisión que entraña, como suele hacerlo la doctrina iuspublicista de nuestros días cuando, al referirse al Legislador, prefiere aludir a su libertad de configuración (Gestaltungsfreiheit) para evitar que ésta se confunda con la mera discrecionalidad administrativa, ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque también debe contar inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como un poder legítimo”.

nos próximos tópicos. Há de se ter em consideração, aqui, a concepção da supremacia do Poder Legislativo.⁵

A supremacia do Poder Legislativo advém da primazia deste em relação aos outros poderes na organização da sociedade. Há de se ter em consideração que estão subordinadas à função legislativa as funções jurisdicional e executiva. Subordinadas no sentido de não poderem realizar opções essenciais da coletividade política, da necessidade de que suas decisões encontrem um fundamento nas opções políticas previamente fixadas e de que não se contrariem, bem como na necessidade de que suas decisões se reconduzam de forma coerente com o conjunto formado pelas opções constitucionais, políticas e legislativas. A supremacia do Poder Legislativo, portanto, estabelece uma carga valorativa maior à ponderação efetuada pelo legislador. Para que o Judiciário reveja essa ponderação, deve estar patente, evidente e manifesto o erro na ponderação por este efetuada, do contrário, estar-se-ia diante de uma violação da separação dos poderes.

Há de se recordar, aqui, que o Poder Judiciário também possui uma subjetividade ou autonomia pública em sua atuação, mas muito restrita. Afinal de contas, sua função se traduz, basicamente, à aplicação do Direito para dirimir conflitos de interesses. Serve para manter a paz social, declarando e realizando, de forma prática, a vontade das normas e opções políticas diante de uma situação jurídica controversa. Por mais que exista contorno e encontre-se limitado por normas jurídicas de aplicação imperativa e, mesmo estando obrigado, no exercício de seus poderes, a oferecer motivações justificadas mediante argumentos jurídicos, por sua vez fiscalizáveis, normalmente, por órgãos jurisdicionais hierárquica e organizativamente superiores, é preciso reconhecer que o Poder Judiciário possui uma margem de liberdade.⁶

⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 60.

⁶ Conquanto defenda a existência no modo de atuar do juiz, existe, na doutrina, uma forte divergência a respeito. Assim, Manuel Segura Ortega (ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 17-18) enuncia que existe um acordo quase total na hora de defender a ideia de que os juízes têm uma certa discricionariedade no exercício de sua atividade. Segundo o autor: *“Las posiciones que niegan el arbitrio judicial son claramente minoritarias y, a mi juicio, recurren a una ficción insostenible consistente en defender la existencia de una única respuesta correcta lo que quiere decir que siempre sería potencialmente posible el hallazgo de esta solución correcta, en el marco de los sistemas jurídicos, bien a través de las reglas o bien a través de los principios.*

[...]

Sin embargo, aunque se admitida la discrecionalidad judicial no existe acuerdo respecto de cuál es su verdadero significado y alcance. En este sentido hay una grandísima variedad de posiciones que, para simplificar, podrían resumirse en dos grandes tendencias; por un lado, los que consideran que la auténtica discrecionalidad se ejerce sólo en los llamados casos difíciles y, por otro, los que opinan que los jueces ejercen la discrecionalidad en todas las ocasiones con la consecuencia añadida de que su labor es auténticamente creadora. La posición que voy a defender, y que será desarrollada más adelante”.

No entanto há quem sustente que não existe discricionariedade na função judicial pelo menos na tipicamente judicial, sob o argumento de que a solução da coisa julgada é única. Ou melhor, por ser o Poder Judicial o último e máximo intérprete da lei, entende-se que a solução aplicada ao caso concreto é a única possível com base no Direito; uma vez tomada a decisão em determinada ação judicial, não cabe, a princípio, mais discussão sobre a interpretação adotada. Somente admitiria a discricionariedade quando o Poder Judicial atuasse como órgão administrativo. Afirmam que inclusive quando o julgador enfrenta conceitos jurídicos indeterminados não estaria praticando uma discricionariedade, pois sua tarefa é, única e exclusivamente, encontrar a única solução possível. Ademais, diz-se que o fato de que a autoridade judicial não tenha atribuída a formação de um juízo de oportunidade lhe impede de exercer o dever discricional. Afinal, a esta autoridade apenas lhe cabe o juízo de legalidade e de constitucionalidade, ou melhor, do Direito (STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Paris: LGDJ, 1973, p. 139-140).

Para María Isabel Garrido Gómez (GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. La discreción judicial en los Estados de Derecho contemporáneos. In: AA. VV. *La modernización de la justicia en España*: XXIII Jornadas de Estudio.

Nessa vertente, apenas quando ultrapassados os limites que começará a atuação jurisdicional. Sempre que se recorre ao Poder Judiciário, alegando que um direito foi lesionado por um ato de outro Poder, cabe a esse examinar se o direito existe e se realmente foi lesionado. Eximir-se desta função de controle com a escusa de estar diante de uma liberdade de conformação seria fugir do dever da tutela judicial efetiva que a Constituição lhe impõe.

Apesar de, há alguns anos, o juiz, idealizado como meramente a voz do Direito, já se ter tornado um efetivo agente político, inclusive, formulando e executando políticas públicas, mesmo que sobre bases excepcionais, até o momento, só se atreveu este a aplicar e executar políticas públicas em casos de órgãos estatais que não cumprem corretamente suas funções, especialmente quando as políticas públicas são definidas pela própria Constituição.⁷ Isso, até a presente data, ocorreu apenas quando as demandas

Madrid: Ministerio de Justicia, 2004, p. 127), há autores que entendem que a qualidade de sensatez e prudência do juiz, por conseguinte, a dificuldade de compreensão do Direito e da linguagem jurídica, concedem a este um discernimento nas decisões. Outros entendem que o Direito não outorga uma solução clara, necessitando-se um conhecimento da linguagem normativa para chegar a identificar a resposta jurídica correta. Também há quem entenda que a discricionariedade judicial é a margem de liberdade que possui o órgão de adjudicação na determinação dos fatos. Por fim, fala-se de discricionariedade judicial como “definitividade”, referindo-se ao caráter de algumas decisões judiciais, como as que não estão submetidas à revisão e fazem referência a atribuições de competência relativas à instância a que corresponde declarar no último grau, o que é concretado pelo ordenamento.

Pode-se assinalar que há quem afirme que a liberdade começa onde a norma, por uma ou outra razão, não chega ou não dá uma resposta precisa. Ao existir um vazio, o juiz deve preenchê-lo, pois possui a obrigação de resolver o litígio. Outros pensam que isso apenas se aplica aos casos difíceis. E, por fim, há quem sustente que não há discricionariedade, pois sempre existe uma resposta correta, que um juiz Hércules, que dispõe de toda informação, da máxima competência profissional e de tempo ilimitado, terminaria por encontrar. Este ponto de vista é defendido por Ronald Dworkin, ponto inclusive muito criticado por Neil MacCormick (MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 1994, p. 246 e ss.), ao afirmar que, em certos casos, pode ocorrer que a discussão acerca de um problema jurídico acabe em uma controvérsia de caráter prático que não tenha uma solução única possível. Apenas poderá oferecer a que o decisor creia que seja a mais correta. Afirma que sobre a decisão que ponha fim a uma controvérsia de caráter prático não caberá controle judicial algum. O autor parte da premissa inicial de que, a princípio, é possível justificar as decisões discricionais sobre a base de estándares. Nestes casos, geralmente, do que se tratará é de elucidar controvérsias de caráter especulativo (*speculative disagreements*). Esses tipos de controvérsias são certos. Trata-se de controvérsias que podem resolver-se objetivamente. No entanto, pode ocorrer que, quando se trata de questões normativas, as coisas se compliquem. A razão disso é porque normalmente as pessoas se movem no plano que escapam da determinação objetiva. Isso é assim porque as controvérsias podem ocorrer sobre os valores. Nesses casos, encontra-se com controvérsias de caráter prático (*practical disagreements*). Essas controvérsias são aquelas sobre as quais apenas se pode dizer que alternativa na qual se crê é a mais correta, mas não a que indiscutivelmente é a correta. Nesses casos, não se chegará a uma justificativa completa porque não se chegará forçosamente a um acordo, pelo contrário, cada um defenderá a que crê que seja a melhor opção. Para Neil MacCormick, o importante é justificar por que se crê que a opção escolhida é a mais correta. A justificação deve partir, a juízo do autor, de argumentos de caráter consequencialista e, a partir dessa perspectiva, determinar a mais correta das possíveis consequências da decisão. Isso sem esquecer dois fatores: as decisões devem ser coerentes e não devem entrar em contradição com as normas vigentes; e as decisões devem ser coerentes com os princípios ou analogias que possam ser consideradas de aplicação ao caso concreto. Sobre cada uma dessas posições, vide: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005, p. 37-38; ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006; LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, n. 25, p. 413-439, ene./dic. 2002; DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999; e, MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 1994.

⁷ Luiz Werneck Vianna (VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15/70) expõe as correntes da chamada juridicalização das políticas públicas, que encontram seus fundamentos no primado da supremacia da Constituição que apenas a aplica, exercendo sua função de aplicação das normas jurídicas, não invadindo, por conseguinte, o âmbito da função Executiva. Afirma o autor que a corrente procedimentalista entende que o incremento do controle judicial afeta o exercício da

que se apresentaram perante tais órgãos comprometeram a eficácia e a integridade de direitos constitucionais.⁸

Admitir o contrário é converter os juízes em legisladores, o que ferirá não apenas a legitimidade democrática, como também produzirá um esvaziamento da própria função do Legislador.

2 Posicionamento jurisprudencial a respeito do controle da liberdade de configuração/conformação (ou discricionariedade) legislativa

Em consonância à jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal a respeito do tema da liberdade de configuração/conformação (ou discricionariedade legislativa), já se teve a oportunidade de afirmar, em estudos específicos,⁹ que, desde 1963, essa Corte sustenta que a discricionariedade legislativa não pode ocorrer fora dos limites constitucionais, ou seja, não pode ultrapassar a linha que condiciona o exercício legítimo do poder (RMS nº 11.140, de 10.06.1963). Para o Egrégio Supremo Tribunal Federal, a liberdade de conformação do legislador é conferida pela legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade (HC 122694/SP de 10.12.2014; AR 2512 AgR/DF de 30.06.2017; MI 6556 AgR/DF de 16.06.2016; MI 1542 ED/DF de 17.03.2016; HC 125586/SP de 30.06.2015).

Não é apenas o Egrégio Supremo Tribunal Federal que assim entende, inúmeras jurisdições constitucionais ou supranacionais emitiram entendimento similar. Passa-se, então, a analisar algumas delas.

O *Tribunal Constitucional da Espanha (TCE)* também possui decisão no sentido de afirmar que o legislador, dentro de sua discricionariedade, pode estabelecer distintos

cidadania, pois envolve uma postura paternalista do Estado. Sugere que o cidadão seria um simples destinatário de direitos e não autor de direitos. Já a corrente substancialista entende que o juiz precisa adquirir um novo papel perante a função intervencionista do Estado e passar a ser o intérprete do justo na prática social. Se as políticas ganharam mais relevância que a própria lei, o Poder Judiciário necessitaria se constituir em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais, e não interesses hegemônicos específicos.

⁸ Sobre ativismo judicial, vide: GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>. Acesso em: 11 jun. 2009; TARANTINO, Antonio. Giudice penale e attività discrezionale. In: TARANTINO, Antonio. *Magistratura, informatica e attività discrezionale degli enti pubblici territoriali*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 17; 78; PÉREZ OLEA, Manuel. La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial. In: AA. VV. *Estudios en homenaje al Prof. López Rodó*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas [etc.], 1972, tomo II, p. 73 e ss.; NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. *Revista de Administración Pública*, Madrid, ano 14, n. 44, p. 147-162, may/ago. 1964; NIETO, Alejandro. *La organización del desgoberno*. Barcelona: Ariel, 1984; MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial. *Revista de Administración Pública*, Madrid, ano 33, n. 100-102, ene/dic. 1983; MOZO SEOANE, Antonio. *La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*. Madrid: Montecorvo, 1985; BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 67-74.

Já há alguns anos se fala de uma transição para um estado de juízes: MARCIC, René. *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*. Recht als Mass der Macht. Gedanken über den demokratischen Recht- und Sozialstaat. Wien: Springer, 1957; PUIGPELAT, Francesca. *Derecho del ser y Estado del juez*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1983.

⁹ Vide nosso: SADDY, André. *Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

métodos de valoração (STC 141/2014, Fj. 9; STC 218/2015). A Corte espanhola afirma que não cabe a ela interferir nesse espaço de liberdade nem julgar a conveniência ou oportunidade da escolha feita pelo legislador para ver se é a mais adequada ou a melhor possível, senão, somente garantir que não se excedeu à margem de liberdade, com isso, criando possibilidade de um agravo sem razão nem fundamento ou a criação de uma diferença de tratamento irracional ou arbitrária (STC 67/1989, Fj. 1 e, da mesma forma, STC 269/1994, Fj. 5). Por tal motivo, defende que a Corte tem o direito de determinar se o regime jurídico criado excedeu ou não aos limites de seu Poder Legislativo e dos princípios constitucionais (SSTC 27/1981, Fj. 4; 221/1992, Fj. 4; 214/1994, Fj. 5; 46/2000, Fj. 4).

Já o *Tribunal Constitucional de Portugal (TCP)* entende que há um grau razoável de margem de liberdade de conformação ou constitutiva do Poder Legislativo (Acórdãos nº 124/90; nº 444/97; nº 135/99, nº 176/17; outros). Esta corte apresenta inúmeras decisões sobre o controle judicial desta margem de liberdade legislativa.

Sublinha que, sob pena de atuar *ultra vires*, somente lhe compete controlar se o legislador exerceu tal margem com o devido respeito ao princípio da proporcionalidade (Acórdão nº 532/00). O TCP deve, sempre, ser capaz de avaliar se é, ao menos, plausível (ou se não for manifestamente inexistente) a decisão política, ou se houve violação dos limites da discricionariedade consentida ao legislador (Acórdão nº 683/06). Por fim, a posição consolidada deste Tribunal aduz que, mesmo sendo ampla a chamada discricionariedade legislativa, não é ela absoluta. Argumenta que o dever de fundamentação é uma garantia integrante do próprio conceito de Estado de Direito Democrático (Acórdão nº 61/88) e que este critério é naturalmente limitado pelos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da adequação (Acórdão nº 69/88).

O princípio da igualdade, provavelmente, é um dos princípios mais citados pelo TCP quando controla a margem de liberdade legislativa. No Acórdão nº 409/99, estabelece que esse princípio

[...] impõe que se dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que se trate diferentemente o que for essencialmente diferente. Na verdade, o princípio da igualdade, entendido como limite objetivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a adoção de medidas que estabeleçam distinções. Todavia, proíbe a criação de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, isto é, desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou sem qualquer fundamentação razoável, objetiva e racional. O princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se numa ideia geral de proibição do arbítrio (Acórdãos nº 546/11; nº 641/13; nº 93/14; nº 173/14; nº 697/16; nº 195/17).

No Acórdão nº 94/15, o Tribunal entendeu que:

[...] a proibição do arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo. No entanto, importa realçar que a vinculação jurídico-material do legislador ao princípio da igualdade não elimina a liberdade de conformação legislativa, pois a ele pertence, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente. Significa isto que só existirá infração ao princípio da igualdade quando os limites externos da discricionariedade legislativa sejam violados, isto é, quando a medida legislativa adotada não tenha adequado suporte material.

Significa que a teoria da proibição do arbítrio não é um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade. Trata-se de um critério de controle judicial do princípio da igualdade que não põe em causa a liberdade de conformação do legislador ou a discricionariedade legislativa. A proibição do arbítrio constitui-se em um critério essencialmente negativo, com base no qual são censurados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade. A interpretação do princípio da igualdade como proibição do arbítrio significa uma autolimitação do poder do juiz, que não controla se o legislador, num caso concreto, encontrou a solução mais adequada ao fim, mais razoável ou mais justa (Acórdão nº 188/90).

Aduz que existe violação do princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio, quando os limites externos de dita discricionariedade legislativa sejam enfrentados por ausência de um adequado suporte material (Acórdãos nº 40/88; nº 118/90; nº 43/92; nº 140/94; nº 409/99; nº 245/00; e muitos outros).

A *Corte Costituzional Italiana* (CCI) também possui inúmeras decisões particularizando que o legislador possui uma ampla discricionariedade. Algumas vezes coloca que é uma discricionariedade de conformação (*Sentenza* 2006/341). E sustenta que não se pode negar a existência da discricionariedade do legislador, bem como argumenta que é o legislador quem deve encontrar remédios apropriados aos possíveis efeitos distorcidos do sistema, buscando as opções mais convenientes dentro de seu poder discricionário (*Sentenze* 1981/137; 1983/205; 1983/214; 1983/274; 1984/25, 1984/70; 1986/99; 1987/156; 2017/178). Inclusive, já decidiu existir discricionariedade do legislador na determinação de base retributiva em matéria de pensões (*Sentenze* 1980/26; 1976/151; 1974/251).

Segundo a Corte Constitucional italiana, a discricionariedade legislativa não é absoluta nem incondicionada (*Sentenze* 2004/204; 2006/191; 2007/140). A Corte deixa claro que os limites existentes devem ser respeitados e que tais não escapam do controle da Corte Constitucional (*Sentenze* 1967/45; 1968/109; 1970/45; 1971/22). Para a Corte, a chamada discricionariedade do legislador não pode ser impugnada, exceto nos casos em que essa ultrapassar seus limites (*Sentenze* 1980/72; 1984/178; 1986/48; 1987/156) ou quando as escolhas sejam obviamente arbitrárias ou radicalmente injustificáveis, caso em que fica evidente o uso distorcido dessa discricionariedade (*Sentenze* 2016/148; 2016/23; 2014/81; 2006/394 e *Ordinanze* 2007/249; 2007/71; 2006/169 e 2016/45). Percebe-se, portanto, que a discricionariedade é limitada e controlada (*Sentenza* 1961/38). O legislador deve ser respeitoso aos preceitos constitucionais e, de maneira especial, ao cânone da igualdade e da racionalidade (*Sentenza* 1991/142).

A avaliação do princípio da igualdade, como garantidor da paridade de tratamento e respeito ao limite do razoável, está reservada à discricionariedade do legislador (*Sentenze* 1981/111; 1983/252). Esta Corte declarou, em reiteradas ocasiões, que a apreciação da diversidade de situações que justificam uma diferença de tratamento legal não pode ser reservada à discricionariedade do legislador ordinário (*Sentenze* 1957/3; 1957/28; 1957/118; 1958/53; 1960/6; 1962/1; 1962/7; 1962/8; 1965/44; 1967/45) a menos que, evidentemente, cumpra-se os limites estabelecidos na Constituição (*Sentenze* 1957/28; 1957/118; 1960/16; 1965/38).

Concede-se, também, especial ênfase aos limites da racionalidade/razoabilidade e é muito comum que seu exercício seja controlável em casos de aparente irracionalidade ou irrazoabilidade. A jurisprudência desta Corte é consistente ao afirmar que a discricionariedade e a insindicabilidade das escolhas feitas pelo legislador são limitadas pela

irracionalidade/irrazoabilidade (*Sentenze* 1967/45; 1968/109; 1970/114; 1971/22; 1973/142; 1975/119; 1977/5; 1979/71; 1980/51; 1980/72; 1995/295; 1996/65; 1997/451; 2004/206; 2006/341; 2007/237; 2012/304). O legislador, no exercício do seu poder discricionário, não pode exceder os limites da falta de irracionalidade/razoabilidade (*Sentenze* 2013/190; 2013/10; 2008/144). Há de destacar, ainda, que a discricionariedade do legislador está sujeita ao controle de manifesta irracionalidade/irrazoabilidade ou arbitrariedade (*Sentenze* 2017/20; 2016/152; 2012/138; 2011/141), além de encontrar limites na *ratio* da norma (*Sentenze* 1968/104; 1982/180; 1988/331; 1993/219; 1993/236). Ademais, já *sustentou* que o princípio da coexistência harmônica deve inspirar o exercício da discricionariedade do legislador (*Sentenze* 2006/257; 1993/306).

Em relação ao *Conselho Constitucional francês (CCF)*, há decisões em que este afirma que não cabe substituir a decisão legislativa pela sua própria apreciação (88-244 DC, 20 juillet 1988 e 94-343/344 DC, 27 juillet 1994). Segundo o Conselho francês, a avaliação feita pelo legislador não pode, na ausência de erro manifesto, ser contestada (81-132 DC, 16 janvier 1982).

Erro manifesto consiste na infração ao tomar uma decisão baseada em valorações ou qualificações flagrantemente incorretas. São os erros graves, grosseiros, visíveis até para um não jurista, ou seja, evidentes para qualquer laico.

Não são poucas as decisões que afirmam que o Conselho Constitucional não carece de um poder geral de apreciação e de decisão da mesma natureza que a do Parlamento, mas apenas a competência para se pronunciar sobre a conformidade à Constituição das leis que deve examinar. Ao legislador, em todos os momentos, corresponde-lhe, na sua área de competência, alterar ou revogar a legislação anterior. No entanto o exercício desse poder não pode supor de privar as garantias legais dos requisitos constitucionais. Não pertence ao Conselho Constitucional saber se o objetivo estabelecido pelo legislador teria ou não sido alcançado por meio de outros instrumentos, e não há como saber se os métodos utilizados pela lei são ou não manifestamente inadequados para o objetivo perseguido (90-280 DC, 6 décembre 1990; 74-54 DC, 15 janvier 1975; 80-127 DC, 20 janvier 1981; 86-218 DC, 18 novembre 1986; 93-331 DC, 13 janvier 1994; 96-372 DC, 6 février 1996; 99-416 DC, 23 juillet 1999; 2000-433 DC, 27 juillet 2000; 2001-446 DC, 27 juin 2001; 2003-468 DC, 03 avril 2003; 2007-554 DC, 09 août 2007; 2005-529 DC, 15 décembre 2005; 2008-564 DC, 19 juin 2008; 2009-585 DC, 06 août 2009; 2010-602 DC, 18 février 2010; 2010-604 DC, 25 février 2010).

Conforme o *Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE)*, o legislador, em geral, tem ampla discricionariedade legislativa ou ampla margem de configuração (BVerfGE 67, 329 (340-341); BVerfGE 39, 334 (366-367); BVerfG, 1 BvR 1054/01 de 03.28.2006, parágrafo 149; BVerfGE 8, 1; BVerfGE 10, 89; BvR 3217/07; BVerfGE 10, 234). Ainda, segundo o Tribunal alemão, a discricionariedade legislativa do Parlamento é mais ampla no âmbito das atividades do Estado que implicam a concessão dos direitos do que no âmbito das atividades que implicam restrições (BVerfGE, 1 BvR 2337/00 de 07.03.2001, parágrafo 38).

Para este Tribunal, quando se encontra diante dessa subjetividade ou autonomia pública legislativa, somente pode examinar se o legislador levou em consideração os limites de seu poder discricionário, ou seja, unicamente pode comprovar se o legislador transgrediu ou não os amplos limites de valoração aos quais está sujeito. O Tribunal não deve examinar se a eleição da forma de organização foi adequada aos fins ou se era ela necessária (BVerfGE 10, 234; 10, 354 (361e ss.); 12, 319 (323); 15, 235 (239)).

Desse modo, o legislador não pode atuar sem nenhum tipo de limitação à discricionariedade que possui, pelo contrário, deve preservar o conteúdo básico dos direitos contidos na lei, ao mesmo tempo, deve estar em consonância com todas as outras normas constitucionais (BVerfGE 31, 229 (240)). Argumenta, assim, que tal discricionariedade possui limites estabelecidos nas normas constitucionais, entre as quais estão os direitos fundamentais que, em particular, impõem limites à discricionariedade legislativa da legislatura (BVerfG, 2 BvR 1436/02 de 09.24.2003, parágrafo 34; BVerfG, 1 BvR 1644/00 de 04.19.2005, parágrafo 1 e 98).

Para o Tribunal, não é sua tarefa verificar se a legislatura escolheu a solução mais justa e razoável que melhor se adapta aos propósitos pretendidos (BVerfGE 103, 310). Em vez disso, a ampla discricionariedade do legislador limita-se a determinar se a lei é evidentemente inadequada ou inapropriada (BVerfGE 65, 141).

O Tribunal Constitucional não pode controlar uma lei no que compete à questão de saber se as regras que ela consagra são necessárias ou convenientes. Somente pode verificar se o legislador ultrapassou o limite do extenso âmbito da discricionariedade que ele possui (BVerfGE, 10, 234 (246); 2, 213 (224-5); 10, 340 (354)).

No âmbito supranacional, o *Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)* aceita e sustenta, em algumas decisões, que o legislador tem ampla subjetividade ou autonomia pública. Afirma que, no caso de exercício legislativo, de ampla faculdade discricionária, a medida adotada não deve ser manifestamente inadequada com relação aos objetivos buscados (assunto C-150/94 Reino Unido de Grã-Bretanha e Irlanda do Norte/Conselho [1998], parágrafo 74).

Já o *Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)* prefere utilizar outro termo diferente de discricionariedade para falar de uma margem de liberdade. Menciona, constantemente, que os Estados gozam de uma margem de apreciação para avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam um tratamento deferente da lei (Van Raalte v. the Netherlands n. 20060/92, 21 February 1997, §39; Stec and Others v. United Kingdom nos. 65731/01 and 65900/01, 12 April 2006, §§51-52; Gaygusuz v. Austria n. 17371/90, 16 September 1996, §42; Camp and Bourimi v. the Netherlands, n. 28369/95, 3 October 2000, §37, entre muitos outros).

Para o TEDH, a margem de apreciação refere-se à liberdade do legislador que não deve ser invadida, salvo que se adotasse uma norma tão carente de razão que nenhuma sociedade a adotaria (Dudgeon v. The United Kingdom n. 7525/76, 22 October 1981).

Segundo o próprio tribunal, as autoridades nacionais estão em melhor posição para avaliar as necessidades e condições locais que um tribunal internacional. Portanto, não cabe ao TEDH substituir sua visão do que seria a melhor política ou as políticas mais adequadas em determinado caso. O Tribunal deve respeitar a decisão do legislador, a menos que essa se produza por meio de um erro manifesto, ou seja, seja manifestamente, sem fundamentação razoável. Em particular, deve-se examinar se o processo de tomada de decisões que conduziu às medidas era justo e capaz de oferecer o devido respeito aos interesses protegidos do indivíduo (Buckley v. the United Kingdom n. 20348/92, 25 September 1996, §74-75; James and Others v. the United Kingdom n. 8793/79, 21 February 1986, §46; National and Provincial Building Society and Others v. the United Kingdom n. 21319/93, 21449/93 and 21675/93, 23 October 1997, §80; Stec and Others v. United Kingdom n. 65731/01 and 65900/01, 12 April 2006, §52; Immobiliare Saffi v. Italy,

n. 22774/93, 28 July 1999, §49; Zvolský and Zvolská v. the Czech Republic n. 46129/99, 46129/99, 12 November 2002, §67; National and Provincial Building Society and Others v. the United Kingdom n. 21319/93, 21449/93 and 21675/93, 23 October 1997, §80-82).

Por fim, há de se apontar para os *standards*¹⁰ extraídos de interpretações proferidas pela *Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)*, em razão da vinculação do Estado brasileiro à sua jurisdição desde 1992 e do curso do fenômeno da interamericanização do Direito pelo qual a academia jurídica brasileira vem se bem aventurando.¹¹ Imprescindível ter em mente, para além, de que ao longo de seu desenvolvimento institucional a Corte IDH vem se comportando como um Tribunal Constitucional Transnacional,¹² tendo como marco normativo principal a Convenção Americana de Derechos Humanos (CADH), a qual, por sua vez, vem se transformando numa espécie de Constituição Interamericana.¹³ Assim, para a Corte IDH, a temática da restrição à atividade legislativa pode ser observada mediante a lente de duas principais categorias: (i) leis que visam restringir direitos humanos¹⁴ e (ii) a suspensão de direitos humanos por parte de outros Poderes em situações de crise e emergência.¹⁵

O primeiro grupo categórico exprime que há uma tríade de critérios a serem observados ao se proferir uma atividade legislativa, lei em sentido amplo, que venha a restringir direitos humanos. A Corte IDH determina que esta reserva legal se traduz na observância de: (i) legalidade democrática; (ii) a finalidade pretendida; e Siddharta Legale e Natália Soprani demonstram um terceiro critério presente na jurisprudência: (iii) a proporcionalidade à situação.¹⁶ Este primeiro critério diz que esta restrição já deve estar legalmente prevista em lei própria, democraticamente referendada por um Poder Legislativo que perpassou por um processo eleitoral recheado de lisura e idoneidade. O segundo critério volta-se à finalidade da lei ou ato que visa restringir direitos humanos, não devendo esta estar em dissonância com o interesse público e o bem comum. O terceiro critério, por sua vez, relaciona-se com a proporcionalidade da medida à situação fática que, em tese, estaria motivando a restrição de direitos. Tais entendimentos podem ser extraídos, principalmente, da Opinião Consultiva nº 06/1987 e dos casos contenciosos Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), Ricardo Canese vs. Paraguai (2004),

¹⁰ Vide: LEGALE, Siddharta. *Standards: o que são e como criá-los?* *Revista de Direito dos Monitores*, n. 8, 2010. Disponível em: <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/101>.

¹¹ Vide: ANTONIAZZI, Mariela Morales; ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Inter-americanization: its legal bases and political impact. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (org.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. New York: Oxford University Press, 2017, p. 255-276.

¹² LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

¹³ LEGALE, Siddharta. La Constitución Interamericana: Los 50 Años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: OEA (org.). *Curso de Derecho Internacional XLVI*. Rio de Janeiro: OEA, 2019, v. 1, p. 121-171.

¹⁴ LEGALE, Siddharta; SOPRANI, Natália. A OC-06/86 da Corte IDH e as restrições de direitos humanos na CADH. *Casoteca do NIDH*, 13 fev. 2020. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc06/>.

¹⁵ LEGALE, Siddharta; SARDINHA, Danilo. As Opiniões Consultivas OC-08/87 e OC-09/87 da Corte IDH: a suspensão de habeas corpus e de outras garantias judiciais em estados de emergência. *Casoteca do NIDH*, 10 jul. 2018. Disponível em: <https://nidh.com.br/as-opinioes-consultivas-oc-08-87-e-oc-09-87-da-corte-idh-a-suspensao-de-habeas-corpus-e-de-outras-garantias-judiciais-em-estados-de-emergencia/>.

¹⁶ LEGALE, Siddharta; MUNIZ, Natália Soprani Valente. A OC-06/86 da Corte IDH e as restrições de direitos humanos na CADH. *Casoteca do NIDH*, 2020. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc06/>.

Palamara-Iribarne vs. Chile (2005), Claude-Reyes vs. Chile (2006); e López-Alvarez vs. Honduras (2006).

Aponta-se:

Outro ponto importante é o de que essa fundamentação produzida pela Corte IDH decorre do princípio da legalidade, que prevê a chamada “reserva legal” e determina que os direitos humanos só podem ser restringidos por leis uma vez que (e enquanto) estas constituam expressão legítima da vontade da nação, representando o desenvolvimento do direito numa sociedade democrática. Segundo a Corte IDH, a reserva legal é um elemento fundamental quando se relaciona com os atos de intervenção de liberdade, pois permite que os direitos humanos sejam juridicamente protegidos e efetivados na realidade. Sendo assim, a Corte IDH considera que não é possível interpretar a palavra “leis” no art. 30 como sinônimo de qualquer norma legal, pois isto implicaria dizer que os direitos fundamentais poderiam ser restringidos por qualquer determinação jurídica. *Isto ignoraria princípios do direito constitucional democrático e é incompatível com o Preâmbulo da CADH.* Segundo a Corte, o significado de “leis” atinge todo o seu potencial histórico e lógico se vista como uma forma de restrição da interferência estatal na área dos direitos e liberdades individuais.¹⁷

Há, então, certa contraposição à margem de apreciação nacional como elaborada pelo TEDH e é nesta seara que deve ser relida a segunda categoria de restrição à atividade legislativa, quanto às suspensões de direitos humanos em tempos de crise. Neste sentido, ainda, há quem fale num sistema interamericano de crises,¹⁸ quanto aos padrões estabelecidos pela Corte IDH em relação à temática.

Para tal, é necessário compreender que o que a Corte IDH entende por “crise” traduz-se em três aportes objetivos e cumulativos: (i) deve haver situação excepcional de emergência; (ii) que afete toda a população; e (iii) ameace à vida social. Assim, quanto a esta segunda categoria, a Corte IDH identifica, ao menos, três principais critérios para a restrição de direitos por parte dos Poderes, em geral: (i) quanto ao *acesso à justiça*, determina pela inderrogabilidade de garantias judiciais num geral, como o *habeas corpus* e o *juízo de amparo*; (ii) quanto à *liberdade pessoal*, determina pela sua inderrogabilidade principalmente em contextos de conflitos armados; e (iii) quanto à *restrição por leis*, deve-se observar os três critérios explicitados quando da primeira categoria. Portanto, para além de retomar os parâmetros anteriores, a Corte IDH urge pela preponderância dos direitos humanos à atividade legislativa ou administrativa que vise restringir direitos. Assim, tais padrões podem ser extraídos das Opiniões Consultivas n. 06/87, 08/87 e 09/87 e dos casos contenciosos *El Caracazo vs. Venezuela* (1999-2002), *Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru* (2006), *Zambrano Vélez vs. Equador* (2007) e *Osorio Rivera vs. Peru* (2013).

¹⁷ LEGALE, Siddharta; MUNIZ, Natália Soprani Valente. A OC-06/86 da Corte IDH e as restrições de direitos humanos na CADH. *Casoteca do NIDH*, 2020. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc06/>.

¹⁸ SARDINHA, Danilo. *A jurisdição anticíclica da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Interamericanizando os sistemas constitucionais de crise para proteção da democracia na América do Sul*. 141p. Monografia (Graduação em Direito – Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro, 2022, p. 127 e ss.

3 Impossibilidade do Poder Judiciário substituir a decisão do Legislativo

Após análise de todas as jurisdições, percebem-se alguns pontos coincidentes no que diz respeito ao limite à tomada de decisão do legislador, sendo eles o fato de que todas essas Cortes admitem a existência de limites à liberdade de configuração/conformação (ou discricionariedade) legislativa; não sendo ela absoluta nem incondicionada, não obstante ser tratada como uma subjetividade política e fortíssima. Entre esses limites, os principais citados na jurisprudência analisada são:

- (i) *a proporcionalidade* (STF), pois o legislador deve escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos;
- (ii) *a igualdade e a interdição à arbitrariedade* (TCE), visto que o legislador deve realizar escolhas adequadas ou a melhor possível, evitando exceder, bem como criando um agravo sem razão nem fundamento ou a criação de uma diferença de tratamento irracional ou arbitrário;
- (iii) *a proporcionalidade, a igualdade e proibição do arbítrio* (TCP), posto que o legislador não pode adotar medidas que estabeleçam flagrantes e intoleráveis distinções discriminatórias, isto é, desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou sem qualquer fundamentação razoável, objetiva e racional;
- (iv) *a igualdade, a racionalidade/razoabilidade e a coexistência harmônica* (CCI), pois o legislador deve evitar escolhas radicalmente injustificáveis, além de garantir a paridade de tratamento, o respeito ao limite do racional e do razoável e respeitar a coexistência harmônica dos poderes;
- (v) *o erro manifesto* (CCF), pois o legislador deve evitar a utilização de métodos manifestamente inadequados para o objetivo perseguido;
- (vi) *a proporcionalidade* (BVerfGE), dado que o legislador deve examinar se a eleição da forma de organização foi adequada aos fins ou se era ela necessária, decidindo de forma adequada e apropriada;
- (vii) *a decisão manifestamente adequada* (TJUE), haja vista que objetivos buscados pelo legislador devem ser apropriados;
- (viii) *a razoabilidade e o erro manifesto* (TEDH), na medida em que o legislador não deve adotar norma tão carente de razão que nenhuma sociedade a adotaria, além de decidir de forma manifestamente errada.
- (ix) *a legalidade, a finalidade, a proporcionalidade e a inderrogabilidade de direitos humanos* (Corte IDH), ao passo em que, para além de necessitar se ater a uma legalidade democrática nos termos dos arts. 26, 29 e 30 da CADH, bem como sendo necessário respeitar o fim necessário para lidar com determinada situação. A restrição deve, ainda, ser proporcional ao que a situação exige, não podendo o legislador derrogar determinados direitos humanos, como aqueles apontados no artigo 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Desse modo, conclui-se que esses limites são essencialmente negativos e podem ser utilizados apenas quando as escolhas forem obviamente arbitrárias ou radicalmente injustificáveis, caso em que fica evidente o uso distorcido dessa liberdade/discricionariedade. Exemplifica-se com a hipótese a seguir: sendo a opção de excluir os militares inativos e seus pensionistas uma decisão política plausível e manifestamente

justificável, evidentemente adequada ou apropriada, é tal decisão impossível de ser substituída, a não ser pelo próprio legislador. A distinção estabelecida entre a categoria de militar inativo e seus pensionistas e outras existentes não é uma distinção discriminatória, de flagrante e intolerável desigualdade, porque é fundada em fatos históricos e em adequado suporte material, sendo, à época da sua criação e ainda hoje, fundamentada de forma razoável, objetiva e racional.

Conclusões

O presente artigo buscou preconizar, como já apontado, a supremacia do Poder Legislativo em suas situações de normalidade. Apesar disso, entende-se que esta temática é, se não, ao menos complexa demais para se tecer qualquer posicionamento radical. Por óbvio, quando se assenta numa territorialidade instável e politicamente diferente ou diametralmente oposta ao que se entende por democracia, os critérios de restrição à atividade legislativa por parte dos Tribunais analisados são, assim, passíveis de consideração e, a depender, até mesmo necessários. No mais, frisa-se por um maior diálogo dos Poderes entre si e entre os Poderes e a sociedade, com a finalidade de se evitar que as situações de normalidade sejam abandonadas, como uma memória distante.

Referências

ANTONIAZZI, Mariela Morales; ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Inter-americanization: its legal bases and political impact. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (org.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. New York: Oxford University Press, 2017.

ARAGÓN, M. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 8, n. 24, p. 9-46, sep./dic. 1988.

ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, ano 22, n. 85, p. 5-26, ene./mar. 1995.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 1998.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. La discreción judicial en los Estados de Derecho contemporáneos. In: AA. VV. *La modernización de la justicia en España: XXIII Jornadas de Estudio*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEGALE, Siddharta; SOPRANI, Natália. A OC-06/86 da Corte IDH e as restrições de direitos humanos na CADH. *Casoteca do NIDH*, 13 fev. 2020. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc06/>.

LEGALE, Siddharta; SARDINHA, Danilo. As Opiniões Consultivas OC-08/87 e OC-09/87 da Corte IDH: a suspensão de *habeas corpus* e de outras garantias judiciais em estados de emergência. *Casoteca do NIDH*, 10 jul. 2018. Disponível em: <https://nidh.com.br/as-opinioes-consultivas-oc-08-87-e-oc-09-87-da-corte-idh-a-suspensao-de-habeas-corporus-e-de-outras-garantias-judiciais-em-estados-de-emergencia/>.

LEGALE, Siddharta. *Standards: o que são e como criá-los?* *Revista de Direito dos Monitores*, n. 8, 2010. Disponível em: <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/101>.

LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *DOXA: Cuadernos de filosofia del derecho*, Alicante, n. 25, p. 413-439, ene./dic. 2002.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasonig and legal theory*. New York: Oxford University Press, 1994.

MARCIC, René. *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*. Recht als Mass der Macht. Gedanken über den demokratischen Recht-und Sozialstaat. Wien: Springer, 1957.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial. *Revista de Administración Pública*, Madrid, ano 33, n. 100-102, ene/dic. 1983.

MOZO SEOANE, Antonio. *La discrecionalidad de la Administración pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*. Madrid: Montecorvo, 1985.

NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. *Revista de Administración Pública*, Madrid, ano 14, n. 44, p. 147-162, may/ago. 1964.

NIETO, Alejandro. *La organización del desgobierno*. Barcelona: Ariel, 1984.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2018.

PÉREZ OLEA, Manuel. La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial. In: AA. VV. *Estudios en homenaje al Prof. López Rodó*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas [etc.], 1972.

PUIGPELAT, Francesca. *Derecho del ser y Estado del juez*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1983.

SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

SADDY, André. *Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SARDINHA, Danilo. *A jurisdição anticíclica da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Interamericanizando os sistemas constitucionais de crise para proteção da democracia na América do Sul*. 141p. Monografia (Graduação em Direito – Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro, 2022.

SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Paris: LGDJ, 1973.

TARANTINO, Antonio. Giudice penale e attività discrezionale. In: TARANTINO, Antonio. *Magistratura, informatica e attività discrezionale degli enti pubblici territoriali*. Milano: Giuffrè, 1981.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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

SADDY, André; LEGALE, Siddharta. Limites da liberdade de configuração/conformação do legislador na restrição a direitos fundamentais. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 439-452. ISBN 978-65-5518-820-2.

A MODELAGEM GERENCIAL DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS IMPRÓPRIOS – A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO EM DESCOMPASSO COM UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMPROMETIDA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER

ESTER EMANUELE LIMA

1 Introdução

Na temática geral da presente obra, este artigo revisita o tema dos Serviços Sociais Autônomos a partir de uma perspectiva crítica, apontando como um importante desafio da Administração Pública atual a existência de tais entidades.¹

Os chamados Serviços Sociais Autônomos (SSAs) impróprios² constituem-se como entidades paraestatais que prestam serviços de interesse público não exclusivos do Estado, figurando como pessoas jurídicas de direito privado instituídas por lei, ou cuja criação decorra de autorização legal, com administração e patrimônio próprios.³ São figuras que surgem ao lado das Organizações Sociais (OS) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), sob a rótulo do *terceiro setor*, fenômeno que sucede especialmente a partir da Reforma Administrativa de 1995, em decorrência da ascensão do modelo gerencial de administração.⁴

¹ O presente artigo tem suas ideias principais referidas no trabalho “Os novos modelos de Serviços Sociais Autônomos (SSAs): a incidência da lógica gerencial e a fuga para o direito privado”, ainda no prelo.

² Assim como na obra citada na nota anterior, a nomenclatura referida é utilizada especialmente por Marçal Justen Filho. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 300.

³ SCAFF, Fernando Facury. Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado. *Revista Direito Administrativo*, 225, p. 273-297, jul./set. 2001. p. 208.

⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p. 279-280.

Tais entidades se aproveitam de uma modelagem já existente no Brasil desde a década de 40 – os Serviços Sociais Autônomos, que, em conjunto, compõem o que ficou conhecido como “Sistema S”, advindo da estrutura administrativa adotada no governo de Getúlio Vargas.⁵ Na modelagem original tais entes tinham sua criação autorizada pelo Estado e eram voltados para o fomento de atividades designadas estratégicas pelo Poder Público – originalmente, indústria e comércio.⁶

Já no advento da Reforma Gerencial dos anos 90, os novos entes se distinguem do Sistema S por atuarem em similaridade às OSs e OSCIPs quando na prestação de serviços sociais, de interesse público.⁷ Então é possível identificar a coexistência de modelos distintos de SSAs, sendo os mais recentes (impróprios) – implementados após a Constituição de 1988, sobretudo à Reforma Gerencial da década de 90 – não previstos expressamente no texto constitucional, ao contrário do modelo vanguardista.⁸

Buscando fazer essa distinção, o presente artigo tratará de identificar o surgimento dos Serviços Sociais Autônomos e sua transformação após a incorporação da lógica gerencial na estrutura administrativa brasileira, perpassando a escolha constitucional pelo modelo burocrático de gestão. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, pesquisa bibliográfica e legislação aplicável, pretende-se demonstrar que a escolha constitucional pelo modelo burocrático permite a realização das atividades administrativas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais.

2 A ascensão do gerencialismo na organização administrativa brasileira e a escolha constitucional pelo modelo burocrático

O passado brasileiro, tanto colonial quanto imperial, é caracterizado pelo latifúndio, nepotismo e corrupção como estrutura socioeconômica, aspectos presentes também após a Proclamação da República, sem haver distinção entre o público e o privado.⁹ O modelo patrimonialista de Administração Pública, então vigente, só viria a ser transformado tempos depois, ao término da Primeira República (República Velha).¹⁰

Pode-se dizer que houve na Era Vargas “uma tentativa de se adotar a burocracia como modelo de gestão administrativa”,¹¹ anseio decorrente, em especial, da aceleração da industrialização, cenário propício à implantação de um modelo burocrático de administração que garantisse a consecução de um capitalismo moderno no país.¹² Nesse período surge o serviço social autônomo modelo precursor do Sistema S, com a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI)¹³ pelo Decreto-Lei nº 4.048/1942, cuja finalidade era promover a formação profissional (ensino, aperfeiçoamento e

⁵ SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p. 281.

⁶ SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p. 281.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 353.

⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p. 281.

⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13-16.

¹⁰ Sob um contexto de imigração, industrialização e urbanização do país, cisão entre as elites dos Estados federados e o surgimento de uma classe média reivindicante. NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 16-19.

¹¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 33.

¹² NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 24-25.

¹³ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 257.

especialização) de trabalhadores da indústria¹⁴ – não se trata, como já referenciado, do modelo de SSA impróprio constatado a partir da década de 90.

Mas a aspiração burocrática dessa época não representava o esforço para se implementar o modelo racional e profissional propriamente dito.¹⁵ Por força dos vícios e do tradicionalismo político, manteve-se a lógica patrimonialista de Estado, de modo que o modelo burocrático em si não foi puramente aplicado.

Inclusive, por essas inadequações, a história registra tentativas de reforma da organização administrativa, tal como na Ditadura Militar com a reforma de 1967. Nesse momento, foi dada grande ênfase à descentralização “mediante a autonomia da administração indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada”.¹⁶

Houve a transferência de atividades administrativas estatais para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, sob o argumento de se garantir maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional,¹⁷ ao passo que essas estruturas eram regidas pelos princípios do planejamento e orçamento, da descentralização e do controle dos resultados.¹⁸ Ainda assim, nas palavras de Tarso Cabral Violin, “a descentralização e a criação de autarquias não podem ser consideradas como obrigatoriamente de ideário gerencial”.¹⁹

Na prática, viu-se a realização da antiga lógica patrimonialista e nepotista, com “a fuga do regime jurídico administrativo, em detrimento das garantias do interesse público”.²⁰ E a crise política do regime militar dos anos 70 agravou ainda mais a situação da Administração Pública. O modelo de administração da época passou a ser questionado sob o contexto da crise do petróleo na década na mesma época,²¹ desembocando, na década de 80, o que veio a ser registrado como uma “nova tentativa de reformar a burocracia e orientá-la na direção da Administração Pública gerencial”.²²

Aqui cabe destacar que as concepções negativas e a deturpação do modelo burocrático estatal têm origem no preconceito nascido após sucessivas falhas na implementação

¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942. Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI). Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/. Acesso em: 10 abr. 2022.

¹⁵ Tratava-se, em verdade, de uma Administração Pública cujos detentores dos cargos não eram necessariamente concursados, visto que a lógica era a de livre nomeação, segundo critérios políticos (a exemplo dos cargos da magistratura, em que não havia previsão de inamovibilidade e os juizes acabavam por exercer diversas funções entre os Poderes). SALVO MELHOR JUÍZO: Administração Pública [Locução de Gilberto Bercovici]. Gustavo Favini. [S.I.]: Salvo Melhor Juízo, 15 de out. de 2020. *Podcast*. Disponível em <https://anchor.fm/salvo-melhor-juizo/episodes/SMJ-99--Administracao-Pblica>. Acesso em: 30 jul. 2023.

¹⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, [S. I.], v. 47, n. 1, p. 7-40, 2015. DOI: 10.21874/rsp.v47i1.702. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 15 mar. 2024. p. 12.

¹⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos *et al.* Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Câmara de reforma do Estado: Brasília, 1995. p. 26.

¹⁸ *Ibid.* BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos *et al.* Plano... *Op. cit.*, p. 12-13.

¹⁹ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 86.

²⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 40.

²¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.* p. 60-61.

²² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos *et al.* Plano Diretor... *Op. cit.*, p. 27.

do modelo, decorrentes dos vícios já mencionados e que resultaram na formação de verdadeiro “estamento burocrático”. Emerson Gabardo argumenta que “o preconceito tornou-se resistência; a resistência tornou-se crítica; a crítica, mera negação. Sendo assim, (...) tornou-se corrente a busca por desburocratização”.²³

De toda sorte, em face dos desmandos experienciados nos períodos anteriores,²⁴ após o rompimento com a Ditadura Militar e sob a concepção do Estado Social e Democrático de Direito, o constituinte de 1988 sagrou o modelo burocrático estatal como orientador da organização administrativa, prevendo mecanismos democráticos e a vinculação do gestor público ao atendimento dos cidadãos e do interesse público através da estrita legalidade.²⁵

Para Romeu Felipe Bacellar Filho, a fixação de regras procedimentais de como a Administração deve atuar na sociedade representa uma condição indispensável à concretização da democracia.²⁶ Também justificava Max Weber que os anseios democráticos de igualdade perante a lei e a exigência de garantias legais contra a arbitrariedade do governante requerem a objetividade de uma administração formal e racional²⁷ e que “o progresso da burocratização na própria administração estatal é um fenômeno paralelo [ao] da democracia (...)”.²⁸

Isso porque, na época de seu surgimento (século XIX), o modelo burocrático de Estado delineou-se como um paradigma novo por fazer oposição ao absolutismo e ao patrimonialismo, buscando consolidar-se no racionalismo legal e impessoal, pois sua legitimidade determinava-se *a priori* pelo procedimento.²⁹ Significa dizer que “a racionalidade da burocracia relaciona-se com a adequação dos meios em busca do máximo de eficiência. Assim, ela representa um modelo de organização eficiente por excelência para a resolução de problemas na sociedade [...]”.^{30 31}

Porém, “a racionalidade que informou o constituinte de 1988, no que se refere à necessidade da burocracia como modelo de gestão administrativa, começou a ser questionada, no Brasil, quando chegam por aqui os ventos neoliberais (...)”.³² Desde a década de 70, em nível mundial, já começava a se instaurar a crise do Estado Social-Burocrático, o que demandava dos Estados Nacionais a abertura ao mercado internacional³³ e a retração da interferência estatal direta sobre o domínio econômico.³⁴

O excesso de demandas sociais assumidas pelo Estado brasileiro com a nova Constituição e a impossibilidade em atendê-las foram fatores significativos na crise

²³ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 44.

²⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.*, p. 40.

²⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.*, p. 40-41.

²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, 1998, p. 130, *apud* GABARDO, Emerson. *Op. cit.* p. 39.

²⁷ WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 42. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2016. p. 256.

²⁸ WEBER, Max. *Op. cit.*, p. 261.

²⁹ GABARDO, Emerson. *Op. cit.*, p. 31-32.

³⁰ NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 28.

³¹ Como exemplo de regras que a Constituição da República determinou para a consecução do Estado burocrático, cita-se o devido processo legal (art. 5º, LIV), a exigência de concurso para investidura em cargos públicos, salvo cargos em comissão (art. 37, II), e a exigência de processo licitatório para a contratação de bens e serviços (art. 37, XXVIII).

³² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.*, p. 41.

³³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.*, p. 41-42.

³⁴ NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 64.

do Estado Social.³⁵ Ao invés de traçar soluções que incrementassem a atuação da Administração Pública em prol da realização dos compromissos firmados em 1988, a solução escolhida foi, uma vez mais, a proposição de uma reforma voltada à diminuição do papel do Estado.³⁶

E a discussão volta a aflorar também num momento de grave crise econômica, sobretudo após o episódio da hiperinflação econômica na década de 90.³⁷ Em 1995 foi então publicado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), que ostentou os objetivos gerenciais na proposição de uma nova reforma administrativa.³⁸ O objetivo era redefinir o papel do Estado para que não mais atuasse como o responsável, mas como promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social do país,³⁹ e apontou-se na época a *ineficiência* como o principal defeito diagnosticado na estrutura administrativa contemporânea.

A reforma visava promover “o repasse para o chamado setor público não estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder do Estado, mas que devem ser por ele subsidiados (...)”,⁴⁰ revelando a busca pela criação de um sistema de parceria entre o Estado e a sociedade, que teria por base o financiamento e o controle.⁴¹

O PDRAE então repartiu a atuação estatal em quatro frentes ou dimensões: (i) núcleo estratégico, o governo *lato sensu*, (ii) setor de atividades exclusivas do Estado, (iii) serviços não exclusivos, correspondendo a atividades prestadas simultaneamente pelo Estado e organizações públicas não estatais e privadas, e (iv) setor de produção de bens e serviços, como área de atuação econômica com lucratividade e que permanecem com o aparelho estatal.⁴²

Emerson Gabardo identifica algumas orientações principais no modelo gerencial: a “técnica”, a economia, a política e a fuga de normas e procedimentos metodológicos rumo à administração por objetivos e resultados, como reação à burocracia clássica weberiana.^{43 44}

Então a implementação da Reforma de 1995 representou a materialização dos ideais neoliberais no Brasil, sobretudo ao deixar à iniciativa privada “o trato das questões sociais, e uma Administração Pública estruturada de forma gerencial, preocupada com o alcance de bons resultados, independente dos meios utilizados para alcançá-los”.⁴⁵

³⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.*, p. 40-41. p. 42.

³⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição ao retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 119.

³⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 77.

³⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 78.

³⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 79.

⁴⁰ NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 79.

⁴¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 80.

⁴² NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 83.

⁴³ GABARDO, Emerson. *Op. cit.*, p. 47.

⁴⁴ Veja-se que a “a técnica” é caracterizada pela: 1. passagem do controle de procedimentos para o controle de resultados; 2. tentativa de redução do custo do serviço público; 3. máxima preocupação com o controle financeiro; 4. grande relevância conferida à avaliação de desempenho dos funcionários; 5. disposição ao cumprimento de metas; 6. ampliação de autonomia de gestão; e 7. avaliação das performances. A “econômica” é pautada pela 1. alocação de um “controle por competição administrada”; 2. criação dos “quase-mercados”; 3. administração por contrato; 3. gestão pela qualidade total. E a “política” refere-se à existência de controle social e à consideração do cidadão como um cliente. In: GABARDO, Emerson. *Op. cit.*, p. 47.

⁴⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Administração... Op. cit.*, p. 45.

É nesse período de reforma e de incorporação do modelo gerencial, em que “a legitimação do sistema deixa de ser legal e passa a ser conferida pelo resultado eficiente”,⁴⁶ que surgem os SSAs impróprios com forma e organização distintos daqueles integrantes do Sistema S. No Estado do Paraná, cita-se a criação do PARANACIDADE (Lei Estadual nº 11.498/1996), PARANAEDUCAÇÃO (Lei Estadual nº 11970/1997) e o ECOPARANÁ (Lei Estadual nº 12215/1998).

No âmbito federal, foram instituídas posteriormente a Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil (Lei Federal nº 10.668/2003) e a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI (Lei Federal nº 11.080/2004), ambas estruturadas sob a modelagem de Serviços Sociais Autônomos.

Também o novo arranjo estrutural proposto pela Reforma de 1995 separou a Administração Pública em três setores,⁴⁷ aqui destacado o terceiro setor, que corresponde às Organizações Sociais (OS), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), entidades de apoio e serviços sociais autônomos (com previsão especial do Sistema S), responsáveis pela execução de serviços e atividades não exclusivas do Estado (a exemplo da educação, saúde e cultura), organizados exclusivamente através de mecanismos da administração gerencial.⁴⁸

Expostos os principais aspectos da estrutura da Administração Pública no Brasil, passar-se-á a analisar o SSA no contexto do terceiro setor e a evolução destas entidades após a reforma gerencial.

3 Os Serviços Sociais Autônomos impróprios, a lógica gerencial e a fuga para o Direito Privado

Viu-se que a Constituição de 1988 consagrou a decisão política fundamental pelo Estado Social e Democrático de Direito.⁴⁹ Mas o “aumento das funções públicas para a concretização das demandas coletivas”⁵⁰ demandou alterações administrativas e adequação da atuação estatal à expansão das relações entre a Administração Pública e o cidadão causada pelo Estado Social, de modo a torná-la mais eficaz,⁵¹ sobretudo porque essa prestação acabou não ocorrendo como previsto inicialmente pela Constituição.

Dentro dos obstáculos à construção do Estado Social sonhado pelo constituinte de 1988, que serviram inclusive de argumentos da aspiração gerencial outrora discutida, estão “o excesso de demandas sociais admitidas pelo Poder Público e a sua impossibilidade de atendê-las, a pesada carga tributária e o exagerado acúmulo de poder centralizado nas mãos do Executivo”.⁵²

⁴⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Administração... Op. cit.*, p. 46.

⁴⁷ O primeiro setor passa a ser composto pelo núcleo estratégico do Estado, formado pela cúpula dos três Poderes e Ministério Público; o segundo setor diz respeito às agências executivas e regulamentadoras, responsáveis pelos serviços e atividades exclusivas do Estado (como a fiscalização e cobranças de tributos, por exemplo).

⁴⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Administração... Op. cit.*, p. 47-48.

⁴⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Administração... Op. cit.*, p. 40.

⁵⁰ FINGER, Ana Cláudia. *Op. cit.*, p. 71.

⁵¹ FINGER, Ana Cláudia. *Op. cit.*, p. 71-72.

⁵² FINGER, Ana Cláudia. *Op. cit.*, p. 72.

Assim, após regular tramitação e aprovação da Emenda Constitucional nº 19/1998, foi instituído o *terceiro setor* como esfera intermediária entre o Estado e o mercado,⁵³ representando o exercício de atividades de interesse público prestadas por meio de organizações não governamentais, denominadas paraestatais,⁵⁴ e que “nem se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem integram a Administração Pública Direta ou Indireta”.⁵⁵

Fernando Mânica afirma que “o terceiro setor é formado pelo conjunto de pessoas jurídicas de direito privado voluntárias e sem fins lucrativos, que direcionam suas atividades prestacionais ou promocionais em prol do interesse público”.⁵⁶

Discorrendo sobre um apanhado de conceitos doutrinários, Tarso Cabral Violin constrói a ideia de que o terceiro setor representa *o conjunto de instituições privadas não governamentais e sem fins lucrativos, dotados de autonomia e administração própria, inspiradas por objetivos sociais e coletivos, que atuam junto à sociedade civil na promoção voluntária de atividades e de direitos sociais*.⁵⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta características comuns entre as paraestatais, tais como o fato de não serem criadas pelo Estado, o desempenho de atividades privadas de interesse público, o recebimento de incentivo do Estado – seja pela outorga de um título de qualificação, seja por meio de auxílios ou subvenções provenientes do orçamento estatal –, possuem vínculo jurídico com a Administração Pública Direta por intermédio de instrumentos de convênio ou contratos de gestão, e a operação sob regime jurídico de direito privado ao mesmo tempo em que se submetem a normas de Direito Público.⁵⁸

Di Pietro leciona então que o terceiro setor abrange todas as entidades “declaradas de utilidade pública, as que recebem certificado de fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI etc.), as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público”,⁵⁹ sendo o foco do presente os SSAs.

Os Serviços Sociais Autônomos são, na verdade, uma figura genuinamente brasileira,⁶⁰ conceituados por Hely Lopes Meirelles como “todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais”.⁶¹ E a diferenciação do seu financiamento merece destaque.

⁵³ VIOLIN, Tarso Cabral. *Op. cit.*, p. 123.

⁵⁴ Hely Lopes Meirelles conceitua entidades paraestatais como sendo “pessoas jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado. (...) As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime de iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando sujeitas apenas à supervisão do órgão da entidade estatal a que se encontrem vinculadas, para o controle de desempenho estatutário. São os denominados entes de cooperação com o Estado”. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 71.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 317.

⁵⁶ MÂNICA, Fernando. *Instituições do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 25.

⁵⁷ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor...* *Op. cit.*, p. 122-123.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 317.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 316.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 481.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 481.

Fernando Facury Scaff já havia diagnosticado, ainda nos anos 2000, que os SSAs representam apenas *um* dos tipos de sociedades públicas não estatais do terceiro setor.⁶² A ênfase dada ao modelo consolidado na década de 40 e o uso da mesma nomenclatura para tipos distintos de SSAs são fonte de “enorme confusão”, nas palavras de Scaff.⁶³

Evidente que a diferenciação precisa ser feita para melhor analisar a transformação do modelo ora discutido.

O modelo original dos SSAs foi concebido sob a vigência da Constituição de 1946⁶⁴ como entidades públicas vinculadas ao sistema sindical e criadas mediante autorização legislativa. A organização e administração das instituições e de suas atividades não sofrem interferência do Estado, a escolha de seus dirigentes é feita através de processos eleitorais próprios.⁶⁵ Atuam sem submissão à Administração Pública, mas sob seu controle, a fim de desenvolverem “atividades privadas de interesse público, ministrando assistência ou ensino a certas categorias sociais ou profissionais”.⁶⁶

Importante destacar que são mantidos por contribuições compulsórias ou parafiscais arrecadadas pelas próprias entidades⁶⁷ e são autônomos em sua gestão, sujeitas apenas ao controle finalístico do Tribunal de Contas quanto à aplicação dos recursos públicos recebidos.⁶⁸

Fernando Mânica leciona que o funcionamento das entidades componentes do Sistema S segue um modelo muito semelhante, o que, inclusive, justifica a denominação e o estudo em conjunto.⁶⁹

Uma vez que não integram a Administração Pública, os SSAs do Sistema S não se sujeitam ao regime jurídico administrativo do art. 37 da Constituição, o que significa que não é obrigatória a realização de concurso público ou licitação para aquisição de bens e serviços.⁷⁰ Ainda assim, por exercerem atividades de interesse público financiadas pelo Estado, devem observância aos princípios administrativos quando nas contratações gerais e de pessoal, sendo previsto regulamento próprio para a contratação de bens e serviços (TCU, Decisões nºs 907/97-Plenário e 461/98-Plenário; STF, RE 789.874, Min. Rel. Teori Zavascki, Pleno).⁷¹

Essa é a organização das entidades do Sistema S, prevista no art. 240 da Constituição de 1988,⁷² e cuja principal finalidade é a formação, qualificação e capacitação de profissionais, representando um veículo de fomento profissionalizante.^{73 74}

⁶² SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p. 276.

⁶³ SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p. 286. p. 287.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 384.

⁶⁵ MÂNICA, Fernando. *Op. cit.*, p. 95.

⁶⁶ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 262.

⁶⁷ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 262.

⁶⁸ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 266.

⁶⁹ MÂNICA, Fernando. *Op. cit.*, p. 94.

⁷⁰ MÂNICA, Fernando. *Op. cit.*, p. 96.

⁷¹ MÂNICA, Fernando. *Op. cit.*, p. 96-97.

⁷² “Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.”

⁷³ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 263.

⁷⁴ “(...) a participação do Estado, no ato de criação, se deu para incentivar a iniciativa privada, por meio de subvenção garantida pela instituição compulsória de contribuições parafiscais destinadas especificamente a essa

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “talvez seja em relação a essas entidades que melhor se aplique a expressão ‘entidade paraestatal’, que funciona paralelamente ao Estado sem nele se integrar”.⁷⁵

Noutro sentido, após o contexto já abordado de reforma depois da Constituição de 1988, identifica-se a (co)existência de SSAs *criados* por lei, ao que Marçal Justen Filho denomina como serviços sociais autônomos *impróprios*.⁷⁶ Mas estes têm características distintas das expostas anteriormente,⁷⁷ havendo casos, inclusive, de a própria lei que criou o SSA promover “a extinção de uma entidade estatal previamente existente que realizava as mesmas atividades do novo ente”.⁷⁸

Quanto a essa diferenciação, Di Pietro afirma que “a simples adoção da mesma denominação evidentemente não atingiu o objetivo pretendido, porque as hipóteses são completamente diferentes”, sobretudo quando se fala em *autonomia*.⁷⁹

Segundo entendimento proferido pelo Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, por oportunidade do julgamento do RE 789.874, os SSAs impróprios são entidades não sindicais, que não se destinam a prover prestações sociais ou de formação profissional, e são financiadas, majoritariamente, por dotações orçamentárias consignadas no orçamento do próprio ente federativo aos quais se acham vinculadas. Ainda, estão obrigadas a gerir seus recursos de acordo com os critérios estabelecidos em contrato de gestão (com termos definidos pelo próprio Executivo) e se submetem à supervisão do Executivo quanto à gestão de seus recursos.

O reconhecimento da constitucionalidade dos SSAs impróprios foi objeto também do julgamento da ADI nº 1.864/PR.⁸⁰ Além disso, a Corte acordou pela possibilidade de ser afastada a exigência de licitação e de concurso público, desde que celebrado um contrato⁸¹ entre o SSA e o Poder Público.⁸² Foi reconhecida, por derradeiro, “a opção legislativa de aproveitar uma denominação antiga e cunhada para outra realidade (serviço social autônomo), para tratar de uma nova espécie de entidade, diversa daquela, mas também não integrante da Administração Pública”.⁸³

Verifica-se, portanto, que as entidades constituídas sob os novos modelos não são vinculadas à assistência social ou ao ensino profissionalizante e, em geral, atuam como auxiliares da execução da função pública.⁸⁴ As regras de contratação e de gestão de pessoas aplicadas a esta categoria de SSAs são definidas pela lei que cria ou que autoriza sua criação.

finalidade. Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado (...). Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.” *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 349.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 349.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 300.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 351

⁷⁸ MÂNICA, Fernando. *Op. cit.*, p. 99.

⁷⁹ MÂNICA, Fernando. *Op. cit.*, p. 99.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.864-9/PR. Rel. originário Min. Maurício Corrêa. Rel. para o acórdão Joaquim Barbosa. Diário de Justiça, 2 maio 2008.

⁸¹ Geralmente, através de *contrato de gestão*. MÂNICA, Fernando. *Op. cit.*, p. 98.

⁸² MÂNICA, Fernando. *Op. cit.*, p. 100.

⁸³ MÂNICA, Fernando. *Op. cit.*, p. 100.

⁸⁴ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 265.

No âmbito da INVESTE SÃO PAULO (Lei Estadual nº 13.179/2013), SSA vinculado à Secretaria Estadual de Desenvolvimento e denominado Agência Paulista de Promoção de Investimentos e Competitividade, a realização de seleção pública para a contratação dos seus empregados é obrigatória, com a publicação dos editais de seleção em Diário Oficial, visando garantir a isonomia e a publicidade do procedimento.^{85 86}

No caso do PALCOPARANÁ (Lei Estadual nº 18.381/2014), vinculado à Secretaria Estadual da Cultura, que visa a promoção de atividades de produções artísticas e culturais, a contratação de empregados deve ser feita através de processo seletivo simplificado, cujas regras são estabelecidas em regulamento próprio, devendo ser observados os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade.⁸⁷

Na então AL (Alagoas) PREVIDÊNCIA (Lei Estadual nº 7.114/2009), extinto em 2015,⁸⁸ era previsto quadro próprio de cargos em comissão e a respectiva remuneração, demonstrando uma ingerência da Administração Pública que desconfigurava a *autonomia* da entidade.^{89 90} Ademais, “por não fazerem parte da Administração Pública Direta ou Indireta, a despesa de pessoal dos SSAs não é contabilizada para fins dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)”.⁹¹

Em relação às contratações, o procedimento é usualmente definido mediante regulamento próprio da entidade, devidamente aprovado por seu Conselho de Administração ou órgão similar, sendo comum a previsão de observância aos princípios gerais da lei de licitações públicas, inclusive quanto à publicidade dos atos através de publicação em Diário Oficial.⁹² Os regulamentos internos usualmente “adotam procedimentos similares aos da Lei nº 8.666/1993”, porém, mitigados quanto aos entraves e qualificados por flexibilidades. Exemplo comum é a adoção de dispensa dobrada ou em maior valor pelos SSAs.⁹³

A arquitetura de governança dos SSAs impróprios é delineada também através da lei de criação e regulamentos próprios, com a definição dos “órgãos de governança existentes, composição e competências, além das regras para nomeação e exoneração dos membros que exercerão as funções diretivas e consultivas”,⁹⁴ inclusive na previsão de mandato para seus dirigentes.

⁸⁵ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 289.

⁸⁶ SÃO PAULO [Estado]. Lei nº 13.179, de 19 de agosto de 2008. Autoriza o Poder Executivo a instituir Serviço Social Autônomo denominado Agência Paulista de Promoção de Investimentos e Competitividade – INVESTE SÃO PAULO, e dá outras providências. São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/original-lei-13179-19.08.2008.html>. Acesso em: 21 set. 2022.

⁸⁷ PARANÁ. Lei nº 18.381, de 17 de dezembro de 2014. Instituição do serviço social autônomo PALCOPARANÁ. Curitiba, 2014. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 21 set. 2022.

⁸⁸ ALAGOAS. Lei nº 7.751, de 9 de outubro de 2015. Reestrutura a unidade gestora única do regime de previdência social dos servidores públicos do Estado de Alagoas, altera a sua personalidade jurídica, e dá outras providências.

⁸⁹ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 270.

⁹⁰ ALAGOAS. Lei nº 7.114, de 5 de novembro de 2009. Dispõe sobre a reestruturação do regime próprio de previdência funcional do Estado de Alagoas, cria o seu órgão gestor, fixa os regimes financeiros e dá outras providências. Maceió, 2009. Disponível em: <http://transparencia.al.gov.br/media/legislacao/2009/>. Acesso em: 21 set. 2022.

⁹¹ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 270.

⁹² CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 271-272.

⁹³ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 272.

⁹⁴ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 273.

Um fator que mitiga a autonomia dessas entidades diz respeito à nomeação de seus dirigentes e conselheiros, feita diretamente pelo Poder Executivo, o que influencia o grau de autonomia e gestão.⁹⁵

A instituição do SSA impróprio é autorizada por lei, é fomentado e supervisionado pelo Poder Público, demonstrando ser tão flexível quanto as entidades de colaboração (como as OS e OSCIP), e acabam por operar ao lado do Poder Público, mas sem se submeterem ao regime publicista.⁹⁶

Fernando Mânica ainda aponta que a lei de criação dos SSAs impróprios “define minuciosamente o modo de organização e administração, atribuindo ao Poder Executivo a competência para nomear os cargos de direção”,⁹⁷ sendo que a autonomia dos SSAs impróprios fica adstrita, na prática, à possibilidade de afastamento do regime jurídico público administrativo.⁹⁸

A implementação deste tipo de entidade paraestatal está diretamente ligada à busca por meios *flexíveis* e ágeis para a execução de funções e atividades originalmente incumbidas ao Estado, sob o argumento da falta de eficiência da Administração Pública brasileira.⁹⁹ Essa lógica de afastamento das regras públicas consagradas pela legalidade e racionalidade burocráticas é característica do paradigma gerencial, conforme explica Bresser-Pereira:

O paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios de confiança e descentralização da decisão, exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade. Contrapõe-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional.¹⁰⁰

Ao que se constata, tal cenário indica uma forma de “privatização” das funções públicas, no sentido de transferi-las à iniciativa privada. Por isso mesmo, Di Pietro chama essa decisão de “fuga do direito administrativo”:

Verifica-se uma privatização de atividades estatais e uma fuga crescente do direito administrativo, com suas fórmulas rígidas tradicionais e a busca do direito privado que, por ser utilizado pela Administração Pública, acaba se mesclando com o direito administrativo, ficando a meio caminho entre o público e o privado.¹⁰¹

Ana Cláudia Finger explica que o entrelaçamento entre os dois regimes, público e privado, causa a fragmentação da estrutura pública e pode trazer riscos aos destinatários dos serviços sociais, pois “é exatamente aí que reside o problema da fuga da Administração do direito público para o direito privado: na retirada de vinculações jurídico-públicas às quais os entes prestadores sempre estiveram vinculados”.¹⁰²

⁹⁵ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 274-275.

⁹⁶ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 281.

⁹⁷ MÂNICA, Fernando. *Op. cit.*, p. 101.

⁹⁸ MÂNICA, Fernando. *Op. cit.*, p. 101.

⁹⁹ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 281.

¹⁰⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos *et al.* *Plano Diretor... Op. cit.*, p. 23.

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 7.

¹⁰² FINGER, Ana Cláudia. *Op. cit.*, p. 78-79.

Nesse cenário, a atividade estatal responsável pela satisfação das necessidades coletivas passa a ser executada, então, sob a lógica do mercado.¹⁰³ Mas, “diversamente do administrador público, ao administrador privado é lícito atuar sempre que não estiver proibido, ao passo que, na Administração Pública, a atuação está condicionada à permissão expressa legal”.¹⁰⁴

Di Pietro bem aponta a preocupação com a legalidade das inovações na Administração Pública, já que “não é possível, pura e simplesmente, ignorar o regime jurídico de direito público, sem que se promovam as alterações legislativas necessárias a essa finalidade”.¹⁰⁵ Tal observação mostra-se essencial, sobretudo se considerado que os SSAs impróprios dependem de repasses governamentais para a execução de suas atividades,¹⁰⁶ ou seja, são financiados com orçamento público, mas sua atuação não é vinculada às regras orientadoras do setor público.¹⁰⁷

Segundo Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior, André Saddy, Glauco da Costa Knopp e Eurípedes Aureliano Júnior, a lei que cria ou autoriza a criação dos SSAs impróprios pode dispor, ainda, de “cessão de servidores públicos para atuarem em SSAs, notadamente quando estas absorvem atividades até então prestadas por entidades públicas”.¹⁰⁸

Servidores que, ao integrarem o quadro do SSA, deixam de operar em uma cadeia hierarquizada (característica do modelo burocrático¹⁰⁹) e passam a ser gerenciados por um diretor-gestor; ou seja, tem-se uma estrutura concedida pelo poder público, mas gerida nos moldes da iniciativa privada, burlando-se a sistemática desenhada pelo constituinte de 1988.

Sob outro ponto de vista, Di Pietro explica que a Constituição de 1988 previu “exagerados formalismos” à Administração Pública, e que esse fator aliado “à tradição brasileira de desprezo à legalidade, de nepotismo, de apadrinhamento, somada aos ideais do neoliberalismo, do Estado subsidiário, levaram à procura de mecanismos de fuga ao regime jurídico administrativo”,¹¹⁰ sob o pretexto da ineficiência da prestação estatal.¹¹¹ Não obstante, o abandono do regime publicista consagrado pelo Direito Administrativo revela-se enganoso, pois, “(...) ao invés de procurar flexibilizar os meios de atuação da Administração Pública, pela alteração dos dispositivos legais e constitucionais que a emperram, prefere-se manter a rigidez do direito positivo e a procura de formas paralelas à margem desse mesmo direito”.¹¹²

A fuga para o Direito Privado é então velada pela manutenção do direito positivo como fachada, o que afronta o Estado de Direito e as garantias constitucionais quanto

¹⁰³ FINGER, Ana Cláudia. *Op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁴ BARBIERI, Carla Bertucci. *Regime jurídico aplicável aos serviços sociais autônomos: impactos sobre a atividade de controle exercida pelo Tribunal de Contas da União*. Brasília, 2013. 20f. Artigo (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. p. 17.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 400.

¹⁰⁶ SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.* p. 286.

¹⁰⁷ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 281.

¹⁰⁸ CUNHA JUNIOR; Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* *Op. cit.*, p. 268.

¹⁰⁹ MALISKA, Marcos Augusto. Max Weber e o Estado Racional Moderno. *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006. p. 15-28. p. 26

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 401.

¹¹¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 401.

¹¹² HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 403.

ao regime público.¹¹³ E não se pode sustentar “um regime paralelo ao direito positivo. (...) É imprescindível que tais situações sejam fiscalizadas e cerceadas, quando contrárias ao Direito, se se pretende ver preservado o princípio da legalidade. As alterações que se entendem necessárias têm que ser feitas por mudanças no direito positivo.”¹¹⁴

Para além da afronta às escolhas legítimas consagradas pela Constituição, a fuga para o regime privado em detrimento do regime publicista e o consequente encolhimento do Estado levam “ao aprofundamento da desigualdade e à exclusão social”,¹¹⁵ pois, para Ana Cláudia Finger, “a reestruturação na forma de atuar da Administração Pública faz com que as funções administrativas, revelem-se muito distantes dos fins que legitimam a existência do aparelho estatal, quais sejam, a promoção do bem-comum e a concretização da justiça social [sic.]”.¹¹⁶

As reflexões das professoras possibilitam compreender que a adoção dos SSAs impróprios e a imprecisão no estabelecimento de regras uniformes para eles não satisfazem, de forma legítima, o interesse público, uma vez que culminam na violação de preceitos estabelecidos na Constituição. Vale ressaltar que a organização por ela proposta oferece mecanismos eficientes para a concretização de tais atividades, sobretudo porque o modelo burocrático foi a escolha constitucional fundamental para a estrutura da Administração Pública brasileira e o exercício de suas funções, sendo este o modelo mais eficaz e eficiente por excelência.¹¹⁷

Apesar de as demandas sociais contemporâneas reclamarem a atualização dos instrumentos e da própria forma de atuação da Administração Pública,¹¹⁸ ainda que parcela da sociedade queira valorizar a participação de entes não estatais nos processos de decisão do Estado,¹¹⁹ não se pode olvidar a escolha do modelo de Estado adotado na Constituição da República de 1988.

4 Conclusão

O artigo abordou a ascensão do gerencialismo no quadro público e o contexto em que se encontrava a promulgação da Constituição de 1988 para compreender o surgimento da figura do terceiro setor e das entidades paraestatais após a Reforma Administrativa de 1995, destacando a escolha constitucional pelo modelo burocrático estatal como vinculante da organização administrativa. Como se viu, partiu-se da premissa de que este é o modelo compatível com a modelagem do Estado Democrático de Direito.

Em seguida, tendo sido identificados os SSAs impróprios como entidades paraestatais no âmbito do terceiro setor, analisada a evolução de tais figuras através da comparação dos modelos atuais com os criados originalmente na década de 40 e a influência do modelo gerencial de Estado na adoção deste modelo diverso, apontou-se

¹¹³ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 403.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 404.

¹¹⁵ FINGER, Ana Cláudia. *Op. cit.*, p. 81.

¹¹⁶ FINGER, Ana Cláudia. *Op. cit.*, p. 81.

¹¹⁷ VIOLIN, Tarso Cabral. *Op. cit.*, p. 79.

¹¹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 172.

¹¹⁹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000. p. 438.

a preocupação com a tendência à fuga para o direito privado quando da adoção desse modelo de entidade para a execução das atividades estatais.

Identificou-se que a fuga para o regime privado em detrimento do regime publicista, além de violar o princípio da legalidade e demais premissas constitucionais que vinculam o regime jurídico publicista, tem também o potencial de aprofundar desigualdades e a exclusão social, já que as funções administrativas passam a se distanciar dos fins que legitimam a existência da própria Administração Pública. O desafio, portanto, continua sendo a defesa de um modelo de gestão administrativa publicista, de modo a permitir à Administração Pública a realização dos direitos fundamentais.

Referências

ALAGOAS. *Lei nº 7.114, de 5 de novembro de 2009*. Dispõe sobre a reestruturação do regime próprio de previdência funcional do Estado de Alagoas, cria o seu órgão gestor, fixa os regimes financeiros e dá outras providências. Maceió, 2009. Disponível em: <http://transparencia.al.gov.br/media/legislacao/2009/>. Acesso em: 21 set. 2022.

BARBIERI, Carla Bertucci. *Regime jurídico aplicável aos serviços sociais autônomos: impactos sobre a atividade de controle exercida pelo Tribunal de Contas da União*. Brasília, 2013. 20f. Artigo (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942*. Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI). Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.864-9/PR*. Rel. originário Min. Maurício Corrêa. Rel. para o acórdão Joaquim Barbosa. Diário de Justiça, 2 maio 2008.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 47, n. 1, p. 7-40, 2015. DOI: 10.21874/rsp.v47i1.702. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos *et al.* *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Câmara de reforma do Estado, 1995.

CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira de *et al.* Serviço social autônomo: alternativa à implementação de políticas públicas não exclusivas de Estado. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 255-289, abr./jun. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

HACHEM, Daniel Wunder. Gestão pública e a realidade latino-americana. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 153-175, out./dez. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. Max Weber e o Estado Racional Moderno. *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, n. 1, p. 15-28, ago./dez. 2006.

MÂNICA, Fernando. *Instituições do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 11. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Altas, 2012.

PARANÁ. *Lei nº 18.381, de 17 de dezembro de 2014*. Instituição do serviço social autônomo PALCOPARANÁ. Curitiba, 2014. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 21 set. 2022.

SÃO PAULO [Estado]. *Lei nº 13.179, de 19 de agosto de 2008*. Autoriza o Poder Executivo a instituir Serviço Social Autônomo denominado Agência Paulista de Promoção de Investimentos e Competitividade – INVESTE SÃO PAULO e dá outras providências. São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/original-lei-13179-19.08.2008.html>. Acesso em: 21 set. 2022.

SALVO MELHOR JUÍZO: Administração Pública. [Locução de Gilberto Bercovici]. Gustavo Favini. [S.I.]: Salvo Melhor Juízo, 15 de out. de 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://anchor.fm/salvo-melhor-juizo/episodes/SMJ-99--Administrao-Pblica>. Acesso em: 30 maio 2022.

SCAFF, Fernando Facury. Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado. *Revista Direito Administrativo*, 225, p. 273-297, jul./set. 2001.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição ao retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WEBER, Max. *Ensaios de Sociologia*. 42. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

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

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; LIMA, Ester Emanuele. A modelagem gerencial dos serviços sociais autônomos impróprios – a fuga para o direito privado em descompasso com uma Administração Pública comprometida com os direitos fundamentais. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 453-467. ISBN 978-65-5518-820-2.

REGULAMENTOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS: IDEIAS CONCRETAS PARA A SUPERAÇÃO DE OPORTUNIDADES PERDIDAS

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

1 Introdução

O objetivo deste ensaio é apresentar algumas ideias concretas para o aperfeiçoamento dos regulamentos de licitações e contratos das empresas estatais.

O ponto de partida da análise reside na constatação de que as empresas estatais podem ter procedimentos de contratação e instrumentos contratuais bastante inovadores e diferentes daqueles utilizados pela Administração Pública em geral, dada a sua natureza empresarial e a relativa liberdade que a legislação – notadamente a Lei das Estatais – lhes confere. Entretanto, esse potencial, na prática, é muito mal aproveitado.

Em grande medida, os regulamentos de licitações e contratos das empresas estatais acabam repetindo a legislação, sem inovar nem mesmo nos espaços de liberdade que lhes são conferidos, ou mesmo adotando modelos antiquados, que são incapazes de lidar com a complexidade dos mercados em que atuam.

Há, portanto, uma série de oportunidades perdidas, que precisam ser devidamente aproveitadas. Tudo com amparo na legislação.

A exposição seguirá um roteiro.

Primeiro, serão feitas algumas considerações iniciais sobre a necessidade de “desautarquização” das empresas estatais e de desburocratização dos seus procedimentos de contratação.

Depois, serão examinadas propostas concretas de implementação de inovações no âmbito das contratações pelas empresas estatais. As propostas serão divididas por fases a que se referem: fase pré-contratual, fase contratual e governança.

As conclusões farão fechamento da apresentação.

2 A premissa essencial: necessidade de “desautarquização” das empresas estatais e de desburocratização dos seus procedimentos de contratação

As ideias aqui defendidas partem de uma premissa essencial: há a necessidade de “desautarquização” das empresas estatais e de desburocratização dos seus procedimentos de contratação.

O problema da “autarquização” das empresas estatais não é novo. Já foi examinado e discutido de modo mais abrangente em excelentes obras doutrinárias,¹ bem como pelo autor, que defende a noção de uma “Administração Pública Empresarial”, em contraposição à “Administração Pública não-empresarial”.² Aqui, busca-se fazer uma exposição mais sucinta e voltada à questão das licitações e contratações pelas estatais.

2.1 A necessidade de adoção de práticas “naturais” de mercado

De um lado, é necessário que os procedimentos de contratação se aproximem tanto quanto possível das práticas naturais de mercado.³

Isso se aplica inclusive à Administração Pública direta.

Não se está a dizer que a Administração Pública deva realizar contratações sem um procedimento previamente definido. Nem que as empresas estatais tenham liberdade total e irrestrita para a definição dos seus contratados. Não é isso. É evidente que a Administração Pública deve seguir certos rituais de contratação. Essa proceduralização do agir da Administração Pública é uma ferramenta destinada a garantir que haja escolhas fundadas na isonomia e na objetividade, o que é essencial para a boa gestão dos recursos estatais.

Nem mesmo na iniciativa privada é assim. Uma empresa privada, ainda que não tenha nenhuma participação estatal em sua composição acionária, também tem os seus mecanismos internos de controle e gestão, bem como seus procedimentos de aquisições. Ademais, prestam contas aos seus controladores e aos seus acionistas em geral.

Entretanto, formas artificiais de seleção, que não observam um mínimo de lógica, tendem a ter resultados negativos. Os procedimentos se tornam excessivos – e excessivamente caros – e os resultados raramente são positivos. Mesmo quando o são, os custos de transação derivados de procedimentos irracionais tendem a consumir qualquer resultado positivo que tenha sido alcançado.

É nesse sentido que se afirma que o ideal é que os procedimentos de contratação sejam próximos do que seriam as práticas “naturais” de mercado. Não podem se converter numa gincana de formalidades sem sentido, afastando-se do seu objetivo final, que é a realização da contratação mais vantajosa.

¹ Por todos, consulte-se: PINTO, Henrique Motta. *Empresa estatal: modelo jurídico em crise?* Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2010.

² SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado Acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 80-88.

³ NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/01/A-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas.pdf>, acesso em 29.2.2024; CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise econômica das licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 171 e ss.

2.2 O desenvolvimento de novas práticas de contratação

De outro lado, a estrutura estatal não pode fechar os olhos à realidade das novas (ou não tão novas) práticas de seleção e contratação.

O mercado adota diversas práticas de contratação que não podem simplesmente ser ignoradas. Alguns exemplos podem ser citados.

As pesquisas de preço são a forma mais simples e, de certo modo, rudimentar de se realizar contratações. É algo intuitivo: o mínimo que se faz em uma aquisição consciente de produtos ou serviços é pesquisar os preços de mercado de modo a ter uma ideia das opções disponíveis e avaliar o custo-benefício da contratação pretendida. Tais pesquisas de preços devem ser realizadas de modo célere, inteligente e, na medida do possível, informal, para que as informações levantadas sejam atualizadas e úteis à decisão daquela entidade que fará a aquisição pretendida. Formalidades excessivas ou demoras no levantamento e processamento das informações fazem com que as pesquisas se tornem inúteis, ao menos em grande medida.

Outra prática bastante usual nas contratações em geral diz respeito à análise da reputação do fornecedor. Quem pretende fazer uma aquisição deve examinar a confiabilidade dos pretendentes a fornecedor. Eventualmente, um produto mais barato não será o mais vantajoso porque o fornecedor representa um risco potencialmente inaceitável, dado o seu passado de má prestação ou de inadimplementos obrigacionais. Daí a utilização de mecanismos de *signaling*, em que o pretendente adota providências justamente para demonstrar que é confiável (como a apresentação de um seguro, por exemplo).⁴ Entretanto, existem modos mais informais e também úteis para a aferição da reputação dos fornecedores – como pesquisas simples de mercado para tanto (não à toa, os *sites* de *marketplaces* possuem essa ferramenta em que qualquer interessado pode não só consultar a imagem do fornecedor como também exprimir opiniões públicas sobre como foi o seu atendimento).

Por fim, apenas para ficar em alguns exemplos, mencionem-se os contratos inteligentes (*smart contracts*), em que as partes definem todas as cláusulas que são executadas automaticamente, sem a intervenção de uma terceira parte, nem mesmo o Poder Judiciário – o que provoca uma grande mudança nos postulados tradicionais da teoria contratual.⁵

2.3 O abismo entre as práticas de mercado e a realidade das contratações pelas empresas estatais

Os exemplos mencionados demonstram que há um verdadeiro abismo entre as práticas de mercado e as contratações pelas empresas estatais.

O mercado tem, com grande vigor, adotado mecanismos mais desenvolvidos de seleção e contratação, valendo-se de tecnologia de informação e até mesmo de inteligência

⁴ NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova lei de licitação e o problema da seleção adversa. In: NÓBREGA, Marcos (org.). *Um olhar além do óbvio: temas avançados de licitações e contratos na Lei 14.133/21 e outros assuntos*. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 101-102.

⁵ CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo; NÓBREGA, Marcos. *Smart contracts* ou “contratos inteligentes”: o direito na era da *blockchain*. *Revista Científica Disruptiva*, vol. II, n. 1, p. 91-118, jan./jun. 2020.

artificial. Os contratos inteligentes já são uma realidade. Além disso, medidas mais simples, que proporcionam compras conscientes a um menor custo e maior celeridade, igualmente estão cada vez mais difundidas.

Em sentido contrastante, a Administração Pública em geral, inclusive as empresas estatais, apresenta, no geral, um excesso de burocratização nos seus procedimentos, além de fórmulas estanques em seus contratos. Os controles internos e externos muitas vezes são excessivos e pautados por uma análise muito mais de natureza procedimental do que preocupada com os resultados efetivos.

O resultado disso é a realização de procedimentos de contratação que muitas vezes têm resultados deficitários. Nesse sentido, estudo da CGU de 2022 demonstrou, por exemplo, que “cerca de 9% dos processos de contratação realizados por meio de pregão eletrônico não são eficientes, onerando a administração pública federal em R\$ 217.546.406,36” e que “cerca de 15% dos pregões eletrônicos realizados não são eficazes, onerando a administração pública federal em R\$ 387.857.717,27”.

Os resultados negativos, aliás, não são uma novidade. Ainda em 2017, a CGU já havia realizado outro estudo destinado a aferir os custos administrativos decorrentes dos processos de contratação e compará-los com a economia gerada pelo certame (diferença entre o preço estimado e o preço final). A partir da análise de 16.188 pregões realizados em 2016, a CGU constatou que 85% dos pregões dos órgãos federais são considerados deficitários, o que significa que mais de 30% dos pregões realizados por eles têm custo administrativo superior à redução no preço decorrente da disputa.^{6,7}

É claro que esses estudos levam em conta apenas os pregões e ainda assim aplicados à Administração Pública em geral. Desconhecem-se estudos similares no âmbito das empresas estatais. De todo modo, é intuitivo que as licitações e contratações pelas empresas estatais apresentam dificuldades similares. Ainda que não haja licitações propriamente deficitárias, certamente há muito o que melhorar em termos de eficiência nas contratações pelas empresas estatais.

No âmbito das empresas estatais, aliás, há um fator que de certa forma deve impeli-las a ser ainda mais eficientes. Trata-se do fato de que boa parte das empresas estatais atua em mercados concorrenciais. A existência de competição com empresas privadas sem qualquer participação estatal aprofunda ainda mais a exigência de que seus processos de licitação e contratação sejam mais eficientes. Afinal, de nada adianta que o Estado assuma o figurino empresarial no desenvolvimento de certas atividades se as empresas constituídas para essa finalidade não puderem se valer de instrumentos típicos de Direito Privado para lhes conferir maior eficiência na gestão dos negócios.⁸

Justamente com foco no que pode ser implementado, e também com base em algumas experiências bem-sucedidas, ainda que pontuais, é que se passa a expor alguns dos mecanismos que podem ser implementados no âmbito das contratações pelas empresas estatais.

⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal>.

⁷ A Nota Técnica referente ao estudo de 2017 da CGU (Nota Técnica nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC) está disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc.pdf>.

⁸ Sobre o figurino empresarial e sua utilização pelo Estado, confira-se: SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado Acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017.

3 Mecanismos de eficiência na fase pré-contratual

Alguns mecanismos que podem conferir maior eficiência nas contratações pelas empresas estatais são aplicáveis à fase pré-contratual, ou seja, antes que se definam exatamente os termos de um contrato que será celebrado.

Sem nenhuma pretensão de esgotamento do tema, evidentemente, podem ser mencionados dois mecanismos que nos parecem fundamentais: os *roadshows* e as exigências de programas de integridade por parte dos contratados.

3.1 Os *roadshows*

Quando uma empresa está no mercado e deseja realizar uma contratação estratégica específica – por exemplo, o desenvolvimento de uma oportunidade de negócios ou a alienação de uma companhia por ela controlada –, é frequente que ela vá ao mercado para verificar a receptividade do negócio pretendido e ouvir sugestões. Isso pode ocorrer de forma pública ou mais reservada.

No caso das empresas estatais, algo similar pode ser feito. Se uma empresa estatal pretende realizar um determinado negócio, ela pode consultar o mercado para medir o interesse naquela oportunidade, bem como para receber contribuições a respeito da questão, de forma a tornar mais atrativo o objetivo almejado.

Além disso, há outros dois aspectos positivos envolvidos nesse tipo de providência. O primeiro é que se confere maior publicidade ao negócio, de modo a ampliar o número de potenciais interessados. O segundo é que, por decorrência, ampliam-se as chances de obtenção de propostas mais interessantes à própria empresa estatal.

Nesse contexto é que se realizam os *request for proposals*, *request for information* ou, de modo mais geral, os chamados *roadshows*.

Por meio desses instrumentos, uma empresa estatal pode divulgar amplamente ao mercado o negócio que pretende realizar, de modo a receber um retorno a respeito não só da sua receptividade, mas também sugestões para melhorar a própria operação pretendida.

Os *roadshows* são procedimentos pelos quais a Administração Pública (no caso, as empresas estatais) divulga amplamente ao mercado o negócio pretendido (por exemplo, a celebração de uma parceria societária ou a alienação do controle de uma companhia específica), de modo que os interessados poderão contribuir com sugestões de aprimoramento.

Os *roadshows*, portanto, são mecanismos em que a empresa estatal, de modo mais ativo do que faria numa audiência pública, busca expor as características do negócio pretendido, de modo a ter um retorno a respeito da sua formatação e atratividade. Por meio de um *roadshow*, a empresa estatal realmente vai ao mercado, buscando eventuais parceiros para o negócio pretendido. Não se trata de meramente ouvir interessados num único ato formal previamente marcado.

Diversas empresas estatais já utilizam os *roadshows* em situações específicas, quando o esforço de tempo e recursos nesse tipo de atividade provavelmente contribuirá para a obtenção de melhores condições num negócio pretendido.

Como exemplo, pode ser citada a Codemge – Companhia de Desenvolvimento de Minas Gerais, que realizou um *roadshow* para a alienação de sua participação acionária na empresa Datora, que é a empresa de telecomunicações considerada a maior operadora virtual de rede móvel no Brasil, atuando inclusive com “Internet das Coisas” (IoT) e com comunicação máquina a máquina (M2M).

Os *roadshows* podem ser utilizados para esse tipo de negócio ou qualquer outro que envolva o estabelecimento de parcerias contratuais ou societárias, oportunidades de negócios, dentre outros. Trata-se de um mecanismo que pode contribuir para a obtenção de propostas mais vantajosas, com ampla possibilidade de negociações e de discussões, num ambiente mais aberto e produtivo do que o de uma licitação. Ainda que a formatação final do negócio eventualmente tenha de passar por um processo de licitação, o que ocorrerá em certas situações, o *roadshow* pode contribuir para que as condições do negócio sejam melhores e mais vantajosas à empresa estatal.

3.2 Exigência de programas da integridade pelos potenciais contratados

Outro mecanismo que pode contribuir para melhores contratações pelas empresas estatais consiste na exigência de que os potenciais contratados disponham de programas de integridade.⁹

Basicamente, antes que se contrate uma empresa, a estatal poderá exigir que ela tenha um programa de integridade. Essa exigência pode ser feita inclusive em procedimentos pré-contratuais.

Trata-se de uma medida que é comum no mercado em geral. Diversas empresas privadas condicionam a própria participação de fornecedores em seus processos seletivos à existência de um programa de integridade por parte dos interessados. Parte-se do pressuposto de que a existência de um programa de integridade reduz os riscos de uma contratação inadequada, uma vez que o interessado dará uma demonstração de seriedade na sua atuação. Assim, contribui-se para um ambiente mais saudável nas relações das empresas estatais com seus fornecedores e contratados.

É claro que o teor dos programas de integridade deverá ser efetivo e sério. Programas de integridade meramente formais, que destoem do que se compreende como programas sérios, não terão o efeito esperado.

Além disso, a exigência de programas de integridade deverá ser condizente com o porte dos fornecedores e com as práticas de mercado. Não é cabível exigir programas de integridade altamente complexos, que sejam incompatíveis com a realidade do fornecedor. Exigências desse tipo serviriam apenas para reduzir o número de potenciais interessados, tendo-se por efeito uma redução das chances de se receber propostas mais vantajosas.

⁹ Sobre o assunto, confira-se: SCHWIND, Rafael Wallbach; TONIN, Mayara Gasparoto; SOVIERZOSKI, Ana Paula. Programas de integridade na Lei 14.133/2021. In: NIEBUHR, Karlin Olbertz; POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. *Novas questões em licitações e contratos (Lei 14.133/2021)*. São Paulo: Lumen Juris, 2023, p. 513-542.

4 Mecanismos de eficiência na fase contratual

Os instrumentos contratuais celebrados pelas empresas estatais têm um grande potencial no sentido de incorporação de práticas inovadoras. É nesse contexto que se fala sobre os mecanismos de maior eficiência na fase contratual.

Serão mencionados três desses mecanismos: as contratações compartilhadas, a exigência de seguro-garantia com cláusula de retomada (*step-in*) e a adoção de métodos eficientes de resolução de conflitos (com menção mais detalhada à “adjudicação decisória”). Entretanto, é evidente que se trata apenas de alguns poucos exemplos, já que as possibilidades existentes são numerosas.

4.1 As contratações compartilhadas

Um mecanismo muito interessante, mas bem pouco explorado na prática, consiste nas contratações compartilhadas.

As contratações compartilhadas consistem na realização de contratações cujo objeto atenderá a mais de uma empresa, quando existe certa sinergia entre elas. Com isso, evita-se a realização de processos seletivos isolados, que representam uma multiplicação de recursos na sua realização, e amplia-se a atratividade da contratação, aumentando-se as chances de obtenção de propostas mais vantajosas às empresas estatais que decidirem pela realização de contratações compartilhadas.

Em suma, as contratações compartilhadas representam a junção de solicitações com vistas à obtenção de propostas mais vantajosas.

Um exemplo de contratações compartilhadas é a previsão contida no item 8.25.1 do Regulamento de Licitações e Contratações da Cemig – Companhia Energética de Minas Gerais S.A. O dispositivo tem a seguinte redação: “A Cemig poderá realizar contratações compartilhadas com outras empresas, estatais ou do setor privado, visando à sinergia de esforços, diminuição de processos repetitivos, redução de custos, economia de escala, melhor planejamento das necessidades, padronização de equipamentos e de soluções adquiridas conjuntamente”.

Alguns pontos chamam a atenção em relação a esse instrumento.

Primeiro, pode haver uma dificuldade na padronização das necessidades e do objeto buscado. Não sendo possível, provavelmente a contratação compartilhada não será um instrumento adequado. Entretanto, pode-se partir do pressuposto de que uma certa padronização seja possível, o que faz com que a possibilidade de uma contratação compartilhada seja efetivamente avaliada em cada situação.

Segundo, as contratações compartilhadas podem ocorrer entre empresas estatais, ou entre elas e empresas do setor privado, sem qualquer participação estatal (ou com uma participação minoritária). É claro que contratações compartilhadas com empresas puramente privadas tendem a ser mais difíceis, na medida em que essas empresas já têm uma liberdade maior de seleção e contratação, o que pode fazer com que elas não precisem optar por uma contratação compartilhada. De todo modo, o instrumento em tese é possível. Já em relação às empresas privadas com participação estatal minoritária, as contratações compartilhadas tendem a ser mais numerosas. Assim, por exemplo, a Cemig e uma empresa de que ela seja acionista minoritária podem realizar procedimentos

de contratação compartilhada em que os objetivos comuns sejam alcançados por meio de uma padronização previamente estabelecida.

Enfim, as contratações compartilhadas representam um interessante instrumento voltado a proporcionar contratações mais vantajosas, em que os recursos da empresa estatal sejam empregados de modo mais eficiente. Dado seu caráter empresarial, é possível inclusive que as empresas estatais formalizem instrumentos negociais com empresas (estatais ou não) voltadas à implementação desse instrumento.

4.2 A exigência de seguro-garantia com cláusula de retomada (*step-in*)

Os seguros-garantia com cláusula de retomada têm sido cada vez mais utilizados na prática das contratações. Por meio dessa sistemática, havendo o inadimplemento da obrigação contratual pelo contratado, a seguradora pode concluir a execução ou pagar o seguro. Isso faz com que os riscos para o contratante sejam significativamente menores, ainda que o seguro represente um custo para a contratação.

Essa sistemática do seguro-garantia com cláusula de retomada (ou *step-in*) inclusive foi positivada no art. 102 da Lei nº 14.133/2021.¹⁰ Pode ser utilizada pela Administração Pública em geral. Entretanto, os regulamentos de licitações e contratações das empresas estatais normalmente não preveem nada a respeito dessa possibilidade, o que gera dúvidas e incertezas.

Parece-nos que ao menos a previsão de seguros-garantia com cláusula de retomada nos regulamentos de licitações e contratações de empresas estatais é uma medida salutar. É evidente que a sua efetiva utilização dependerá de uma avaliação em cada caso concreto, uma vez que o seguro representa um custo cuja assunção pode não valer a pena, dependendo da contratação pretendida. Entretanto, o instrumento é inequivocamente útil como forma de redução de riscos, o que é um objetivo plenamente compatível com as contratações pelas empresas estatais.

A regulação prevista no art. 102 e seguintes da Lei nº 14.133/2021 não precisa ser seguida à risca pelas empresas estatais, que dispõem de liberdade para adotar regras diversas em seus regulamentos. Entretanto, as previsões da Lei nº 14.133/2021 a respeito do seguro-garantia são bastante razoáveis e, em princípio, podem ser adotadas pelas empresas estatais.

Em síntese, para que a seguradora aceite a assunção do risco envolvido, é necessário assegurar a ela certos poderes e deveres, tais como: assinar o contrato e os seus termos aditivos como interveniente, fiscalizar a execução contratual com os meios que lhe cabem, ter acesso a certas informações e ter o direito de executar a obra não finalizada ou pagar o seguro, a seu critério.

O envolvimento de uma seguradora nesse contexto faz com que passe a haver um regulador a mais sobre o contrato, mas cujo olhar segue uma lógica privada. Há uma distribuição de incentivos no qual a seguradora tem interesse direto em que o contrato seja bem executado. Com isso, existe uma camada a mais de controle que,

¹⁰ A respeito do assunto, confira-se: SCHWIND, Rafael Wallbach; RASSI, Gabriela Sasson. O seguro-garantia na Lei 14.133/2021. In: NIEBUHR, Karlin Olbertz; POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. *Novas questões em licitações e contratos (Lei 14.133/2021)*. São Paulo: Lumen Juris, 2023, p. 295-308.

sem burocratizar demasiadamente a relação jurídica, pode proporcionar vantagens significativas às contratações pelas empresas estatais.

No limite, é possível inclusive que a presença de um seguro-garantia com cláusula de retomada gere uma simplificação dos procedimentos licitatórios das empresas estatais. Exigências mais complexas e de difícil cumprimento podem dar lugar à exigência justamente do compromisso de se apresentar um seguro-garantia. Com isso, simplificam-se as análises necessárias e agilizam-se os procedimentos, proporcionando vantagens relevantes à empresa estatal.

4.3 Adoção de métodos eficientes de resolução de conflitos e o caso da adjudicação decisória

Têm sido utilizados com maior frequência os chamados métodos eficientes de solução de conflitos: arbitragem, mediação e *dispute boards*. Trata-se de métodos de resolução de conflitos aplicáveis a certas situações e que dependem da concordância das partes de um contrato.

A Lei nº 14.133/2021, nos arts. 151 a 154, consagrou a previsão desses mecanismos de resolução de conflitos para a generalidade das contratações administrativas.

Entretanto, nota-se que os regulamentos de licitações e contratações das empresas estatais não costumam prever essa possibilidade. Boa parte dos contratos celebrados pelas empresas estatais também não, muito embora sejam métodos eficientes e úteis para uma série de conflitos.

A mediação e a arbitragem são métodos mais frequentes há bastante tempo, mesmo em contratos administrativos. Os *dispute boards* ainda têm uma utilização menos frequente, seja sob a modalidade de *dispute review board* ou *dispute adjudication board*.

Além da utilização desses mecanismos de resolução de conflitos, as empresas estatais têm a liberdade para prever mecanismos similares.

Nesse contexto, chama a atenção a previsão da figura da “adjudicação compulsória” presente no Regulamento de licitações e contratações da Cemig.

O Regulamento prevê o seguinte:

14.2.9. A decisão proferida terá natureza de obrigação contratual e efeito imediato, devendo ser cumprida pelas partes tão logo proferida, sem vedação para que estas transacionem a respeito da matéria decidida.

14.2.10. As partes poderão acordar, prévia ou posteriormente, à adjudicação decisória, vinculação ao conteúdo da decisão, mediante renúncia ao direito material sobre o qual se funda a controvérsia.

A adjudicação compulsória, tal como prevista no Regulamento de licitações e contratações da Cemig, é uma sistemática de certa forma híbrida de resolução de conflitos. Guarda semelhança com os *dispute boards* ao prever que a decisão terá natureza de obrigação contratual – o que permite o questionamento do mérito perante o Judiciário, diferentemente do que ocorre numa arbitragem. Entretanto, de certo modo vai além ao possibilitar que as partes, inclusive previamente à decisão, vinculem-se ao seu conteúdo mediante renúncia ao direito material sobre o qual se funda a controvérsia. Esse tipo

de renúncia, embora pareça possível na escolha de um *dispute board*, certamente não é comum previamente à decisão tomada.

O fato é que as empresas estatais podem ser envolvidas em conflitos complexos dada a natureza da sua atuação. A adoção de mecanismos eficientes de resolução de conflitos é plenamente compatível com essa realidade, mas ainda é pouco utilizada e normalmente nem mesmo é prevista em regulamentos de licitações e contratações das estatais.

5 Mecanismos de eficiência na governança das empresas estatais

Há também mecanismos ainda pouco utilizados em relação à governança das empresas estatais, mas que podem ser utilizados com maior frequência.

5.1 Avaliação de desempenho contratual

O primeiro mecanismo é o da avaliação de desempenho contratual. Consiste em avaliar a performance que o interessado teve em contratações anteriores com a empresa estatal promotora do certame, de modo a verificar se esse interessado realmente reúne os predicados indispensáveis para uma boa contratação.

Sob certo ângulo, a avaliação de desempenho contratual é um mecanismo intuitivo. Qualquer pessoa, mesmo não integrante da Administração Pública, tende a buscar informações sobre o histórico do seu potencial fornecedor a fim de avaliar os riscos envolvidos na contratação. No limite, a avaliação pode ser tão negativa que a própria possibilidade de contratação desse fornecedor pode ser afastada, ainda que ele tenha condições de apresentar uma proposta econômica aparentemente mais vantajosa. Isso ocorre porque a avaliação de custo-benefício deve necessariamente envolver uma análise reputacional do fornecedor.

A possibilidade de se adotar a avaliação de desempenho contratual como requisito de qualificação nas licitações realizadas por empresas estatais já foi reconhecida pelo TCU no Acórdão nº 1312/2023-Plenário (rel. Min. José Jorge, j. 28.6.2023). De acordo com a decisão:

REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. CONTRATAÇÕES DE EMPRESAS PARA FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO À PETROBRAS. UTILIZAÇÃO DE ÍNDICES DE DESEMPENHO CONTRATUAL (ÍNDICE DE DESEMPENHO DO FORNECEDOR - IDF E BOLETIM DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO - BAD) E DE RANKINGS PUBLICOS PARA AFERIÇÃO DA HABILITAÇÃO TÉCNICA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES. IMPROCEDÊNCIA. INDEFERIMENTO DE CAUTELAR. RECOMENDAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO À SEGECEX. ARQUIVAMENTO. O art. 58 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) confere flexibilidade às empresas públicas e sociedades de economia mista para definir parâmetros de aferição da qualificação técnica de empresa licitantes, sendo possível a utilização de indicadores com o registro da avaliação de desempenho dessas empresas em contratações prévias, desde que devidamente previstos no ato convocatório e restritos às parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes.

Portanto, o TCU concluiu que (1) é possível a utilização de índices de desempenho contratual para efeitos de habilitação técnica em licitações de empresas estatais; (2) podem ser utilizados inclusive *rankings* públicos para essa aferição; e (3) o fundamento legal para a avaliação de desempenho contratual como requisito de habilitação é o art. 58 da Lei nº 13.303/2016, que estabelece no seu inciso I, de forma bastante genérica, a “exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contratação de obrigações por parte do licitante”.

Segundo o TCU, esse dispositivo estabelece uma margem significativa de liberdade para que as empresas estatais estabeleçam critérios para a avaliação do desempenho contratual pretérito dos licitantes para fins de habilitação nos certames.

5.2 Regras sobre o gerenciamento de riscos e a elaboração de mapa de riscos

Outra possibilidade ainda pouco explorada pelas empresas estatais consiste na definição de normas a respeito do gerenciamento de riscos e da elaboração de mapa de riscos.

Como é intuitivo, qualquer contratação, pública ou privada, envolvendo empresas estatais ou não, representa um risco. É absolutamente impossível que exista uma contratação sem riscos para as partes. O risco de inadimplemento, por exemplo, não pode ser totalmente afastado, mesmo que o fornecedor tenha um histórico irreparável de cumprimento contratual.

Sob certo ângulo, as licitações e contratações representam uma gestão de riscos. Os requisitos de participação que são previstos em cada caso concreto destinam-se justamente a mensurar esses riscos. Por isso é que se exigem informações mais precisas sobre a qualificação econômica do interessado, sobre sua qualificação técnica. Da mesma forma, é por isso que se exigem certas garantias contratuais. Como não se pode afastar integralmente todo e qualquer risco, a solução reside na adoção de certas providências destinadas a reduzir esses riscos e, assim, fazer com que a contratação seja bem-sucedida.

Um exemplo do gerenciamento de riscos pelas empresas estatais consiste no chamado “*due diligence* de integridade” (DDI). Na DDI, a empresa estatal que esteja interessada em contratar um fornecedor analisa (1) a estrutura organizacional e de negócios do interessado e (2) o histórico de integridade, dentre outros fatores eventualmente considerados.

O objetivo da DDI consiste em subsidiar a tomada de decisão sobre (1) o início ou a continuidade do relacionamento comercial com um fornecedor e (2) a definição do nível de monitoramento dos riscos potenciais de fraude e corrupção identificados.

O resultado da DDI é a atribuição de um Grau de Risco de Integridade (GRI) que definirá, dentre outros fatores, como será o acompanhamento da execução de um contrato.

5.3 Utilização de *e-marketplaces* para aquisição de certos bens e serviços

Há ainda uma possibilidade pouquíssimo explorada, mas que pode ser bastante relevante e inovadora para agilizar os procedimentos de compras pelas empresas estatais. Trata-se da utilização de *e-marketplaces*.

Na prática, isso consiste na aquisição de bens por meio de plataformas digitais, possivelmente abertas ao público. Tal mecanismo permite compras mais ágeis e rápidas, mas demanda controles eficazes – e, evidentemente, que não comprometam as vantagens do mecanismo.

6 Encerramento

A exposição buscou demonstrar que há diversas práticas já consolidadas que poderiam ser utilizadas nos procedimentos de licitações e contratações pelas empresas estatais. Há espaço de liberdade para a adoção desses mecanismos, mas, por enquanto, tais oportunidades estão sendo majoritariamente perdidas. Cabe uma revisão dos regulamentos de licitações e contratações das empresas estatais, buscando sua modernização e a incorporação de ferramentas já tradicionais.

Referências

CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise econômica das licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo; NÓBREGA, Marcos. *Smart contracts* ou “contratos inteligentes”: o direito na era da *blockchain*. *Revista Científica Disruptiva*, vol. II, n. 1, p. 91-118, jan./jun. 2020.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace: o turning point* da inovação nas compras públicas. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/01/A-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas.pdf>, acesso em: 29 fev. 2024.

NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova lei de licitação e o problema da seleção adversa. In: NÓBREGA, Marcos (org.). *Um olhar além do óbvio: temas avançados de licitações e contratos na Lei 14.133/21 e outros assuntos*. São Paulo: Juspodivm, 2023.

PINTO, Henrique Motta. *Empresa estatal: modelo jurídico em crise?* Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2010.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado Acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017.

SCHWIND, Rafael Wallbach; RASSI, Gabriela Sasson. O seguro-garantia na Lei 14.133/2021. In: NIEBUHR, Karlin Olbertz; POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. *Novas questões em licitações e contratos (Lei 14.133/2021)*. São Paulo: Lumen Juris, 2023, p. 295-308.

SCHWIND, Rafael Wallbach; TONIN, Mayara Gasparoto; SOVIERZOSKI, Ana Paula. Programas de integridade na Lei 14.133/2021. In: NIEBUHR, Karlin Olbertz; POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. *Novas questões em licitações e contratos (Lei 14.133/2021)*. São Paulo: Lumen Juris, 2023, p. 513-542.

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

SCHWIND, Rafael Wallbach. Regulamentos de licitações e contratos das empresas estatais: ideias concretas para a superação de oportunidades perdidas. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 469-480. ISBN 978-65-5518-820-2.

OS DESAFIOS DOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE NA IMPLEMENTAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: UM CONFLITO ENTRE A ERA DIGITAL E CULTURA LOCAL

ODILON DOS SANTOS SILVA

1 Introdução

Antes de falar sobre as dificuldades dos municípios de pequeno porte no que tange à regulamentação, implementação e operacionalização da nova Lei de Licitações¹ e contratos administrativos, demonstra-se necessário apontar que a eficiência na gestão pública, especialmente com relação à aplicação dos recursos financeiros, é uma preocupação constante em todos os níveis administrativos do Brasil, desde às grandes contratações realizadas pela União, Estados, Distrito Federal e grandes municípios, até às dispensas de licitações por pequeno valor, realizadas no âmbito de pequenas Câmaras Legislativas Municipais.

Nesse contexto, as licitações como instrumentos de efetivação das compras públicas desempenham um papel fundamental, garantindo a transparência e a competitividade na contratação de bens e serviços pelos órgãos públicos.

Por sinal, a garantia da transparência e competitividade é uma das principais características da nova Lei de Licitações, que buscou dar atenção a princípios básicos para o desempenho das compras públicas, a exemplo da segregação de funções, do desenvolvimento nacional sustentável e do planejamento, este evidenciado, por exemplo, na necessidade de estabelecimento do plano anual de contratações (PAC) pelos entes públicos, instrumento que passará a nortear as compras e contratações do ano posterior a sua confecção, bem como contemplará bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação.

¹ BRASIL. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília. Abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

O processo licitatório existe para proteger a Administração Pública de irregularidades, bem como serve para dar maior economicidade e efetividade às compras e contratações, por isso costuma carregar certa burocracia em seus procedimentos.

São muitos os elogios à nova lei, inclusive no tange à desburocratização de certos procedimentos, até a informatização através de processos eletrônicos. No entanto, o período de transição entre as leis, por si só, foi o grande responsável pela dificuldade de implementação e regulamentação do regramento novo.

Isso porque, muito embora a nova lei tenha entrado em vigor na data da sua publicação, sem instituição da *vacatio legis* (o que seria a medida mais prudente), a revogação da Lei nº 8.666, de 1993,² da Lei nº 10.520, de 2002,³ e dos artigos 1º a 47 da Lei nº 12.462, de 2011,⁴ foi postergada inicialmente para 2 (dois) anos após a sua publicação e, posteriormente, através da Medida Provisória nº 1.167, de 2023⁵ (motivada pela pressão da maioria esmagadora dos gestores municipais), tal revogação sofreu nova postergação, o que totalizou quase 3 anos de convivência entre regramentos que tratavam da mesma matéria.

Após um período de grandes críticas à Lei nº 8.666/93, já revogada, a nova Lei de Licitações passou a vigorar efetivamente, desde 29 de dezembro de 2023, com aplicação obrigatória em todos os entes da Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional, da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Nesse contexto, é importante destacar que, com a Lei nº 14.133/2021, surgiu a necessidade premente de todos os entes regulamentarem suas práticas licitatórias por meio de decreto, instruções normativas, resoluções, portarias. Esta obrigatoriedade, embora essencial para a adaptação às novas diretrizes legislativas, tem se mostrado um desafio significativo para muitos municípios de pequeno porte, que enfrentam dificuldades decorrentes da escassez de recursos humanos qualificados, da limitação estrutural das repartições públicas, bem como do aspecto cultural local.

O presente trabalho tem o condão de demonstrar as complexidades e obstáculos enfrentados pelos municípios de pequeno porte na implantação da nova Lei de Licitações, destacando a importância da adequação regulamentar, os principais entraves enfrentados e possíveis estratégias para superá-los.

² BRASIL. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Revogada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

³ BRASIL. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Revogada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

⁴ BRASIL. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Brasília: 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

⁵ BRASIL. Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília: 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

2 O impacto advindo das principais alterações da nova Lei de Licitações e a sua aplicabilidade nos municípios de pequeno porte

Apesar da nova lei de licitações trazer tantas inovações no intuito de conferir mais efetividade aos procedimentos licitatórios, a sua aplicabilidade ainda é muito precária na maioria dos municípios de pequeno porte, mesmo após quase 3 anos da sua promulgação.

O primeiro ponto de dificuldade dos entes supramencionados está em entender, diferenciar e separar determinados dispositivos que são de aplicabilidade apenas da União, com os demais que têm obrigatoriedade de aplicação em todos os entes.

Conforme previsão constitucional, a União tem competência privativa para legislar sobre normas gerais, como é o caso da matéria licitações. Por isso, entende-se que a nova lei de licitações, muito embora deva ser aplicada em todo o território nacional, trouxe nuances e dispositivos que sofrem com a inviabilidade de aplicação nos municípios de pequeno porte, haja vista que a norma, em sua grande parte, se destina a atender às necessidades da União, que detém estrutura necessária para a efetivação de determinados procedimentos. Nesse caso, importa observar as alterações e atualizações sistemáticas trazidas pela Lei nº 14.133/2021, bem como medir até que ponto os municípios com *déficit* de renda e de pessoal capacitado conseguirão aplicar a referida legislação.

Nesse contexto, a prevenção à corrupção através dos programas de integridade e a busca pela eficiência, por meio da exigência de planejamento, são as alterações consideradas substanciais trazidas pela nova lei, que, apesar de não ter inovado tanto no que tange aos tipos de licitação, enfrentou os grandes problemas da 8.666/93, no fito de conceder maior lisura aos procedimentos de compras e contratações.

Possivelmente, as principais alterações no tocante aos procedimentos se iniciam com o critério de seleção por maior retorno econômico.⁶ Muito embora esses contratos já viessem sendo celebrados pela Administração Pública, a novidade faz com que a Administração detenha a possibilidade de ter maior economia.

Em relação às modalidades de licitação, deixou de existir o convite e a tomada de preço, ao mesmo ponto que ingressou no rol o diálogo competitivo, que será aplicado em “situação que a Administração não tiver condições de definir, com precisão, as especificações técnicas de seu objeto, tratando-se de inovações tecnológicas ou técnicas, e houver a necessidade de definir e identificar os meios e alternativas que possam satisfazer a sua demanda buscando a solução técnica mais adequada”.⁷

Mas ora, se faz necessário indagar: em qual momento, no âmbito das prefeituras dos municípios de pequeno porte – aqui considerando a dificuldade de *déficit* de servidores capacitados e ausência de recursos tecnológicos –, será possível a aplicação do diálogo competitivo?

A realidade é complexa, isso porque, segundo o IBGE, apenas 1% dos municípios tem mais de 500 mil habitantes, os quais concentram 32% da população do país

⁶ HUPSEL, E. (2021, 02 de abril). Lei nº 14.133 de 2021 – A nova lei de licitações- inovações e desafios. Direito do Estado. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/edite-hupsel/lei-14133-de-2021--a-nova-lei-de-licitacoes-inovacoes-e-desafios>. Acesso em: 24 fev. 24.

⁷ HUPSEL, E. (2021, 02 de abril). Lei nº 14.133 de 2021 – A nova lei de licitações- inovações e desafios. Direito do Estado. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/edite-hupsel/lei-14133-de-2021--a-nova-lei-de-licitacoes-inovacoes-e-desafios>. Acesso em: 24 fev. 2024.

(67,5 milhões de pessoas). Por outro lado, 3.872 municípios (68% do total) têm menos de 20 mil habitantes e abrigam, juntos, apenas 15% dos brasileiros (31,7 milhões de pessoas).⁸

Nesse passo, temos quase 70% dos municípios como sendo de pequeno porte, consequentemente as suas câmaras legislativas detêm o número mínimo de vereadores, de modo que a aplicação de uma modalidade de licitação como o diálogo competitivo, espontaneamente, se torna praticamente inócua, haja vista que as necessidades de tais entes são as mais básicas possíveis, não envolvendo, na sua grande maioria, soluções tecnológicas.

Das outras tantas novidades da nova Lei de Licitações, a que talvez chame mais atenção, no sentido da ausência de eficácia do dispositivo, é a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, que nada mais é do que um sítio eletrônico destinado à divulgação oficial dos atos relativos às licitações e contratações públicas.

Embora tenha surgido com a promessa de que traria mais eficiência e transparência aos atos da Administração, visto que há a obrigatoriedade de lançamento dos atos dos processos licitatórios (editais e seus anexos, contratos e aditivos, por exemplo), para maior publicidade e controle dos atos da Administração Pública, a própria lei estabelece uma regra de exceção para os municípios de pequeno porte.

O artigo 176 da Lei nº 14.133/2021 prevê o seguinte:

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:

I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no caput do art. 8º desta Lei;

II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei;

III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o caput deste artigo deverão:

I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;

II - 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.⁹

Tal previsão legal seria até bem-vinda se levássemos em consideração a capacidade técnica operacional dos municípios desse porte, bem como a ausência de servidores capacitados para operacionalizar o PNCP. Entretanto, o prazo dado praticamente os isenta de qualquer obrigação em relação à organização das contratações, este que é o objetivo principal da lei.

A lei simplesmente concedeu um prazo de 6 (seis) longos anos para os municípios de pequeno porte iniciarem a aplicação de uma das previsões mais importantes do regimento. Não é razoável o referido prazo, inclusive pelo fato de se ter prorrogado

⁸ O MUNICÍPIO NO CONTEXTO DA FEDERAÇÃO. Disponível em: https://www.cidadessustentaveis.org.br/paginas/colaboracoes-academicas_municipios. Acesso em: 24 fev. 2024.

⁹ BRASIL. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília. Abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

por tantas vezes a aplicação da nova lei. Longos prazos para aplicação servem apenas para acomodar os gestores, no que se refere ao pontapé inicial da aplicação da norma, certamente essas providências serão tomadas apenas no final do prazo.

Igor Pereira Pinheiro afirma:

Não vemos como sustentar esse prazo para as demais regras, tais como: a) o dever de observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação (artigo 7º, §1º, NLLCA); b) a necessidade de regulamento para tratar regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata a lei (artigo 7º, §3º, NLLCA); c) a obrigatoriedade da licitação sob a forma eletrônica (artigo 17, da NLLCA); d) a adesão ao Portal Nacional das Contratações Públicas (PNCP).¹⁰

Apesar das dificuldades e resistência na aplicação da nova Lei de Licitações pelos municípios, as exceções estabelecidas no art. 176 acabam deixando no “limbo”, por 6 (seis) anos, quase 70% dos municípios brasileiros, que indubitavelmente permanecerão, ao longo desse prazo concedido, procedendo com as contratações públicas, de maneira precária, no sentido oposto ao que deveria ser.

Ainda nesse cenário, levando em consideração o princípio da segregação de funções, como uma das principais novidades da nova lei, temos a criação da figura do “agente de contratação”, sendo este representado por servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes ao quadro da Administração. A ideia da lei é que essas figuras fossem menos suscetíveis à corrupção e interferências externas nos procedimentos, uma vez que se trata de servidores estáveis e que, em tese e a grosso modo, não teriam temor em tomar qualquer decisão que inviabilizasse determinado favorecimento.

Ronny Charles entende o seguinte:

Primeiramente, convém salientar que o legislador parece ter pretendido permitir ao agente de contratação uma amplitude de atuação maior que apenas a condução da sessão da licitação, como já se identifica em muitos órgãos públicos, na prática, em relação ao pregoeiro, o que exige conhecimento, perfil adequado e experiência. Nada obstante, a definição das atribuições do agente de contratação será realizada pelos órgãos competentes pela regulamentação da Lei.¹¹

Não obstante o direcionamento dado pelo regramento ser muito bem estruturado, esquece-se que nos pequenos municípios faltam servidores efetivos capacitados, principalmente na matéria de licitações, para atuar como agentes de contratações.

¹⁰ PINHEIRO, I. P. (2021, 13 de abril). A carência eficaz para pequenos municípios aplicarem pontos específicos da Nova Lei de Licitações e a sua manifesta inconstitucionalidade. Blog editora Mizuno. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222439/\[artigos\]%20a%20car%C3%Aancia%20eficacial%20para%20pequenos%20munic%C3%ADpios%20aplicarem%20pontos%20espec%C3%ADficos%20da%20nova%20lei%20de%20licita%C3%A7%C3%B5es...%20-%20blog%20editora%20mizuno.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222439/[artigos]%20a%20car%C3%Aancia%20eficacial%20para%20pequenos%20munic%C3%ADpios%20aplicarem%20pontos%20espec%C3%ADficos%20da%20nova%20lei%20de%20licita%C3%A7%C3%B5es...%20-%20blog%20editora%20mizuno.pdf?sequence=1). Acesso em: 23 fev. 2024.

¹¹ CHARLES, Ronny. (2023, 10 de outubro) Agente de Contratação e a Condição de Servidor Efetivo. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/agente-de-contratacao-e-a-condicao-de-servidor-efetivo/>. Acesso em: 23 fev. 2024.

Fato que reflete a situação vivida pelo longo período de vigência da Lei nº 8.666/93, na qual, a figura do pregoeiro, em sua grande maioria, era exercida por agentes comissionados.

Nesse sentido, Ronny Charles explica o entendimento da doutrina e jurisprudência dos Tribunais de Contas, bem como a aplicabilidade dessa regra com base na realidade dos municípios pequenos:

Na doutrina e nos Tribunais de Contas podem ser identificados entendimentos divergentes sobre o tema. Para alguns, estados, municípios e Distrito Federal teriam que atender a regra do artigo 8º imediatamente, nomeando apenas servidores efetivos para o exercício da função de agente de contratação ou pregoeiro, nas licitações da Lei nº 14.133/2021. Para outros, ainda é possível, ao menos por enquanto, a nomeação de servidores exercentes de cargo em comissão para o exercício dessa função.

Mas para além do bom e salutar debate dogmático, parece conveniente avaliar as consequências das interpretações divergentes, com olhos para a realidade.

Como é cediço, para quem atua na área, em pequenos municípios e mesmo em estruturas estaduais, não é tão comum que a função de pregoeiro seja exercida por servidores efetivos. Em grande parte dos pequenos municípios, com até 100.000 habitantes, os pregoeiros costumam ser agentes públicos exercentes de cargo em comissão. Diversos motivos contribuem para isso: carência de recursos humanos aptos, ausência de incentivos adequados, riscos de responsabilização, inexistência de capacitação oportuna aos servidores efetivos, baixa remuneração, fragilidade da estrutura do órgão, entre outros. Atrevemo-nos a afirmar que, no Nordeste, Norte e Centro-Oeste, o percentual de municípios com pregoeiros efetivos é deveras reduzido.¹²

Temos aqui o seguinte universo: uma norma de natureza geral, de aplicabilidade obrigatória em todos os entes da federação, sem considerar, no entanto, a particularidade de cada órgão, que, por outro lado, isenta da aplicação os municípios de até 20 mil habitantes por 6 anos e, simplesmente, não apresenta nenhuma indicação para que determinado dispositivo seja aplicado com maior efetividade.

Caberá, portanto, aos órgãos de controle analisarem cada caso e entenderem a condição de determinados órgãos, a exemplo de uma pequena câmara municipal, por vezes impossibilitada de indicar um servidor efetivo para exercer a função de agente de contratação, muito porque em um número significativo delas inexistem servidores efetivos em seus quadros.

Seguindo com as alterações trazidas pela nova Lei de Licitações, podemos citar como grandes inovações que trarão mudanças significativas na forma de atuação dos entes contratantes e empresas contratadas: o seguro-garantia, o orçamento sigiloso, a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, o grandioso instituto da matriz de riscos, contudo, possivelmente, nenhuma outra alteração trouxe tanto temor e insegurança aos licitantes quanto a obrigatoriedade da licitação sob a forma eletrônica.

Consoante previsão do art. 17 da Lei nº 14.133/21, a licitação presencial, tão utilizada pelos municípios, passa a ser exceção, com a necessidade de justificativa para a sua realização, além da obrigação de registro em ata e gravação em áudio e/ou vídeo.

¹² CHARLES, Ronny. (2023, 10 de outubro) Agente de Contratação e a Condição de Servidor Efetivo. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/agente-de-contratacao-e-a-condicao-de-servidor-efetivo/>. Acesso em: 23 fev. 2024.

Por esse motivo, a grande parte dos municípios do Brasil passa a ter a obrigação, mas sofre com a falta de estrutura para operacionalizar os procedimentos licitatórios em sua forma eletrônica. O Tribunal de Contas do Estado do Piauí preparou um relatório minucioso que analisou as condições dos municípios do Estado do Piauí de realizarem pregões eletrônicos. Embora o resultado tenha sido no sentido de que a maioria tem o referido potencial, foram identificados municípios em situações assustadoramente precárias:

O TCE constatou que a maioria das cidades tem estrutura tecnológica suficiente para realização de pregões na modalidade eletrônica, em detrimento da opção presencial, ainda muito frequente nos municípios piauienses (como ilustra a imagem acima). O relatório aponta, ainda, que o município de São Braz do Piauí afirma não ter computadores. Belém do Piauí, Inhuma, Nazaré do Piauí, Passagem Franca do Piauí não possuem nenhuma impressora e 22 municípios possuem mais impressoras que computadores (incluindo notebooks e computadores de mesa).

O levantamento aponta que mais de 66% dos municípios não têm qualquer controle de suprimentos como toner, cartucho e papel de impressão. Aproximadamente metade dos municípios piauienses não possui qualquer servidor público como responsável pelo seu parque tecnológico, valendo-se, exclusivamente, de contratação de empresas ou pessoas físicas.

Ainda segundo o relatório, não há correlação entre a quantidade de sistemas integrados aos portais da transparência e as notas dos portais da transparência avaliados quanto à qualidade das informações prestadas, indicando que pode haver uma integração de baixa qualidade, ou a resposta fornecida não reflete a realidade.

46% das prefeituras apontam a falta de pessoal qualificado como dificuldade para a aplicação das boas práticas elencadas na NT TCE-PI 03/2020 (veja a imagem acima). Em relação à conectividade, por exemplo, 74 prefeituras (33%) não possuem um contrato formal para provimento de acesso à internet; 149 (64%) respondentes das prefeituras estão satisfeitos com o acesso à internet; 182 (78%) municípios têm mais de um provedor de acesso à internet disponível na região; 59 respondentes (26%) afirmam estar insatisfeitos ou pouco satisfeitos com o serviço prestado de fornecimento de acesso à internet; apenas em 02 prefeituras tem-se a percepção de indisponibilidade de internet a ponto de atrapalhar o dia de trabalho.

Embora 165 prefeituras tenham realizado pregões presenciais no ano de 2021, verificou-se que apenas 46 das 165 prefeituras não possuem estrutura para realizar pregões eletrônicos, conforme as respostas dadas nos questionários. Por outro lado, dentre as prefeituras que podem realizar pregão eletrônico, conforme metodologia utilizada, 107 prefeituras realizaram pregão presencial em 2021, fato este que não pode ser justificado pela ausência de infraestrutura de TI¹³, pontuou João Luís Júnior, auditor de controle externo e chefe da Divisão Temática Residual do TCE-PI, um dos coordenadores do levantamento.¹³

A situação dos municípios do Estado do Piauí retrata o Brasil, composto de pequenos municípios pobres e sem estrutura para aplicar o básico de sua legislação. Sob esse prisma, a despeito da crítica ao legislador feita em outro momento desse texto,

¹³ Infraestrutura de tecnologia da informação dos Municípios Piauienses. Relatório de levantamento (30 de junho de 2021). Disponível em: <https://www.tcepi.tc.br/levantamento-aponta-que-maioria-das-cidades-tem-condicoes-tecnologicas-de-realizar-pregao-eletronico/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

até faz sentido o prazo de 6 (seis) anos existente no art. 176, muito embora o aspecto eletrônico seja a grande marca da nova Lei de Licitações.

Destacados todos esses pontos, é possível vislumbrar uma grande quantidade de inovações legislativas trazidas pelo regramento, alterações substanciais capazes de mudar o cenário das contratações públicas, no que tange à transparência e planejamento, porém, quando adentramos o cenário dos pequenos municípios brasileiros, existe uma dificuldade técnica, financeira, estrutural e cultural que praticamente inviabiliza a aplicação da nova regra.

3 A regulamentação e implementação da Lei nº 14.133/21 e as deficiências das pequenas cidades

É justamente sobre essas dificuldades na aplicação da nova norma que versa o presente tópico. Nele ficará demonstrado que, além das deficiências estruturais das pequenas cidades, a dificuldade de operacionalização da Lei de Licitações perpassa pela complexidade de regulamentar e implementar o instituto.

Mas por que a nova lei precisa ser regulamentada?

Assim como em qualquer outro regramento novo, o trabalho de regulamentação da nova Lei de Licitações é crucial para garantir sua aplicação efetiva e adequada nos entes federados. Os regulamentos proporcionam clareza nas regras e procedimentos a serem aplicados, principalmente como forma de evitar que sejam dadas interpretações equivocadas à legislação. Além disso – e esse é o principal ponto de necessidade – a regulamentação municipal tem o condão de adaptar as normas gerais às particularidades locais, tornando os processos mais eficientes e alinhados com as necessidades específicas de cada comunidade.

O Brasil é um país plural e multicultural, com comportamentos diferentes em cada região, capacidades tecnológicas e financeiras distintas, extensão territorial variada, aspectos que demonstram a impossibilidade dos municípios, no que tange à utilização dos regulamentos disponibilizados pela União, em sua completude.

Em 2021 a União, logo após o início da vigência da Lei nº 14.133/21, editou inúmeros regulamentos que tratam de praticamente todos os institutos trazidos pela lei. Nesse passo, os municípios mais estruturados passaram a desenhar como seriam produzidos os seus decretos, instruções normativas, portarias, resoluções, a fim de aplicar a norma. Em relação aos municípios de pequeno porte não foi esse o posicionamento inicial, muito pelo fato da permissibilidade de convivência com os regramentos antigos por dois anos, inicialmente, mas também por desconhecimento da necessidade de regulamentar.

É muito comum até os dias atuais encontrarmos gestores que desconhecem a necessidade da regulamentação quase três anos do início da vigência. Dentre os mais variados tipos de regulamentos, é necessária a análise dos institutos que são utilizados com maior frequência para que pelo menos estes sejam contemplados. Isso pode variar dependendo das especificidades de cada município.

Dentre os principais estão o “regulamento de licitações e contratos administrativos”, que define os procedimentos licitatórios a serem seguidos, além das regras para a celebração e execução de contratos administrativos; “o regulamento de compras e contratações”, que detalha os processos de aquisição de bens e serviços pela Administração

Pública, incluindo critérios de seleção, prazos e formas de pagamento; o “regulamento de cadastro de fornecedores”, este que estabelece os requisitos e procedimentos para o cadastramento de empresas interessadas em participar de licitações municipais; a regulamentação do pregão, instituto tão utilizado, que prevê regras específicas para a referida modalidade, utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns; e o “regulamento de registro de preços”, que irá determinar as diretrizes para utilização do sistema de registro de preços, este permite a aquisição de bens e serviços por meio de ata de registro de preços.

As barreiras para a regulamentação são visíveis, na medida em que, por exemplo, falta o mínimo de informação a um presidente de câmara municipal de um município de pequeno porte, no que se refere à necessidade de regulamentar. As barreiras encontradas por tais municípios perpassam por aspectos como a limitação de recursos financeiros, uma vez que os orçamentos mais restritos acabam dificultando a alocação de recursos para a elaboração de regulamentos e treinamento de pessoal.

Do mesmo modo, a escassez de recursos humanos qualificados, refletidos nas equipes reduzidas e com pouca experiência em questões jurídicas e administrativas, fato que prejudica a compreensão e aplicação das novas regras.

Nesse mesmo cenário, a estrutura administrativa simplificada e menos especializada, o *déficit* de experiência em processos licitatórios e a dificuldade de acesso à capacitação e assessoria técnica colocam os pequenos municípios num ambiente de descumprimento das regras por ausência de capacidade.

Uma saída encontrada por grande parte desses municípios é a contratação de consultoria especializada, muitas das vezes, escritórios de advocacia ou empresas de gestão administrativa, para a elaboração da regulamentação e implementação da nova Lei de Licitações. A ausência de servidores capacitados obriga as pequenas cidades a recorrerem à prestação de serviços privados como forma de solucionar pelo menos a irregularidade da ausência de regulamento.

Como se não bastasse, a ausência de aparelhamento e capacidade tecnológica dificulta a vida dos gestores municipais, no que tange à implementação de sistemas de tecnologia da informação adequados para gerenciar processos licitatórios de forma eficiente, aqui incluídos os sistemas para publicação de editais, recebimento de propostas eletrônicas e acompanhamento da execução contratual.

A situação dos municípios objeto do presente estudo, por vezes, é tão dramática que a falta de investimento em digitalização e automatização de processos pode levar à continuidade de práticas obsoletas e burocráticas, dificultando a modernização e agilização dos processos licitatórios, o que mantém os mesmos problemas da época da lei antiga, qual seja, a 8.666/93.

O aspecto econômico desencadeia a manutenção de algumas práticas que, de uma forma ou de outra, se tornaram culturais. E nesse ponto, importante destacar que o aspecto cultural desempenha um papel fundamental na aplicação da nova Lei de Licitações, tanto no âmbito da cultura organizacional dos órgãos públicos quanto na cultura das empresas locais que participam dos processos licitatórios.

No que se refere à cultura organizacional dos órgãos públicos, a resistência à mudança impera, especialmente quando se trata da adoção de novos procedimentos e práticas, como os estabelecidos pela nova Lei de Licitações. A falta de disposição para se adaptar pode dificultar a implementação efetiva das novas regras.

As culturas organizacionais que valorizam a burocracia e a hierarquia excessiva podem tornar os processos licitatórios mais lentos e menos transparentes. A nova lei busca simplificar e agilizar esses processos, mas a cultura organizacional pode representar um obstáculo para essa mudança. Nesse prisma, a ausência de *vacatio legis* e a convivência das leis novas e antigas pelo período três anos certamente contribuíram para a acomodação dessa cultura organizacional que impede o avanço na implementação das novas regras.

O 22º volume da Revista Concilium realizou um estudo com a finalidade de identificar as dificuldades dos municípios da Grande Aracaju para a institucionalização da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), a Lei nº 14.133/2021. No trabalho, foram analisadas algumas das dificuldades dos municípios de Aracaju, Nossa Senhora do Socorro, São Cristóvão e Barra dos Coqueiros, cada um com suas especificidades e dimensões. No texto, é possível identificar que o fator cultural é determinante tanto para o sim quanto para o não, no que diz respeito à regulamentação da nova Lei de Licitações:

No que se refere aos aspectos culturais, foi apontada a resistência a mudança de procedimentos no setor, assim como resistências culturais por parte dos setores demandantes das licitações, como observado nas palavras de E1: - “A gente vai ter resistência à mudança do procedimento, a mudança do pensamento é onde teremos dificuldade”. Há sinais também de resistência por quem gerencia o processo: “existe uma resistência de quem emanda, esse que precisa ser capacitado e é o maior resistente” (E4), o que é corroborado em outra fala, “a resistência não é da equipe de licitação... é de quem faz o pedido” [...] “as pessoas da licitação estão temerosas, é uma dificuldade e não resistência”.

Sobre as questões políticas e como elas influenciam dificultando a institucionalização da nova lei, emergiu que os políticos desejam a implementação da nova lei, mas “falta interesse, acham que o nosso setor é competente e a mesma vai dar conta do recado” (E3). Talvez as implicações práticas, de investimentos em capacitação e em pessoal, além da crença de que a estrutura existente é capaz de absolver as novas tarefas e processos que a nova lei enseja, estejam dificultando a decisão em prol dessa, conforme figura 9 que compendia o aspecto político presente no objeto de estudo.¹⁴

E, quando falamos na condição cultural, precisamos falar para além da cultura administrativa e visualizar o lado das empresas locais, sob o prisma do conhecimento e experiência. Isso por que empresas locais podem ter diferentes níveis de conhecimento e experiência em relação aos processos licitatórios. Aquelas que estão acostumadas com práticas informais ou irregulares podem enfrentar dificuldades em se adaptar às novas exigências da lei, especialmente em termos de documentação e transparência.

Em alguns casos, a cultura empresarial local pode incluir práticas de relacionamento próximo com o setor público, como o favorecimento de determinadas empresas em detrimento de outras. A nova lei e o processo licitatório em sua forma eletrônica, planejada e transparente, buscam promover a concorrência justa e a igualdade de oportunidades para todas as empresas, o que pode representar um desafio cultural para algumas empresas locais.

Para lidar com esses aspectos culturais, que envolvem questões de vontade política e de contexto social local, é deveras importante promover uma mudança de

¹⁴ Revista Concilium, vol. 22, n. 6. Dificuldades dos Municípios na Institucionalização da Nova Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/clm632-clm632-2-1.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2024.

mentalidade tanto nos órgãos públicos quanto nas empresas locais, incentivando a transparência, a ética e a conformidade com a legislação. Isso pode envolver campanhas de conscientização, capacitação e incentivos para a adoção de boas práticas em relação aos processos licitatórios. Além disso, o fortalecimento da fiscalização e o estabelecimento de mecanismos de controle podem ajudar a garantir o cumprimento das regras e a prevenção de práticas irregulares.

Para superar esses desafios, é essencial investir na capacitação dos servidores públicos, na modernização dos sistemas de tecnologia da informação e na promoção de uma cultura organizacional que valorize a transparência, a eficiência e a conformidade com a legislação. Além disso, é importante promover parcerias com órgãos governamentais, organizações da sociedade civil e instituições acadêmicas para compartilhar conhecimento e experiências na implementação da nova Lei de Licitações.

4 Conclusão

No presente artigo, buscou-se demonstrar os impactos das alterações trazidas pela nova Lei de Licitações aos municípios brasileiros de pequeno porte, esses que são maioria no País. As referidas alterações trouxeram consigo, além da necessidade de aperfeiçoamento dos entes, a necessidade de implementação, fato que gera até os dias atuais certa angústia nos gestores e servidores.

É certo afirmar que a implementação da nova Lei de Licitações representa um avanço significativo na busca pela transparência, eficiência e igualdade de oportunidades nos processos licitatórios no Brasil. No entanto, para os municípios pequenos, essa tarefa pode se mostrar desafiadora. A falta de recursos financeiros, a escassez de capacidade técnica, a resistência à mudança e as questões culturais tanto nos órgãos públicos quanto nas empresas locais são apenas alguns dos obstáculos que precisam ser superados.

A ausência de aparelhamento e capacidade tecnológica pode dificultar a adoção de sistemas modernos de gestão e controle, enquanto a cultura organizacional pode resistir à mudança e à adoção de novas práticas, principalmente após 3 anos de convivência entre legislações antigas e novas, bem como a exceção presente no art. 176, que concede o prazo de 6 anos para que os municípios com até 20.000 habitantes passem a aplicar alguns dos dispositivos principais do novo regramento.

Restou evidenciado também que as empresas fornecedoras locais podem enfrentar dificuldades em se adaptar às novas exigências da lei, especialmente aquelas acostumadas a práticas informais ou irregulares.

Diante de todos esses problemas, é essencial que os municípios pequenos recebam apoio técnico, capacitação e incentivos para promover uma mudança de mentalidade em relação aos processos licitatórios. Isso inclui investimentos em treinamento para os servidores públicos, a modernização dos sistemas de tecnologia da informação, o fortalecimento da fiscalização e o estabelecimento de mecanismos de controle eficazes.

Demonstra-se necessária a ajuda e compreensão dos órgãos de controle em relação às pequenas cidades. É necessário que esse amparo técnico seja objeto de pauta nos entes estaduais e da União para que em algum momento a implementação da nova Lei de Licitações seja realizada na totalidade dos municípios do Brasil.

Somente com um esforço conjunto entre os governos federal, estaduais e municipais, as empresas locais e a sociedade civil será possível superar essas dificuldades e

garantir a efetiva aplicação da nova Lei de Licitações, promovendo assim uma gestão pública mais transparente, eficiente e íntegra para o benefício de todos os cidadãos.

Referências

BRASIL. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Brasília. Abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

BRASIL. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Revogada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

BRASIL. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Revogada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

BRASIL. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Brasília: 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

BRASIL. Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília: 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.

HUPSEL, E. (2021, 2 de abril). Lei nº 14.133 de 2021 – A nova lei de licitações- inovações e desafios. Direito do Estado. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/edite-hupsel/lei-14133-de-2021--a-nova-lei-delicitacoes-inovacoes-e-desafios>. Acesso em: 24 fev. 2024.

O MUNICÍPIO NO CONTEXTO DA FEDERAÇÃO. Disponível em: https://www.cidadessustentaveis.org.br/paginas/colaboracoes-academicas_municipios. Acesso em: 24 fev. 2024.

PINHEIRO, I. P. (2021, 13 de abril). A carência eficaz para pequenos municípios aplicarem pontos específicos da Nova Lei de Licitações e a sua manifesta inconstitucionalidade. Blog editora Mizuno. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222439/\[artigos\]%20a%20car%C3%Aancia%20eficaz%20para%20pequenos%20munic%C3%ADpios%20aplicarem%20pontos%20espec%C3%ADficos%20da%20nova%20lei%20de%20licita%C3%A7%C3%B5es%2020blog%20editora%20mizuno.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222439/[artigos]%20a%20car%C3%Aancia%20eficaz%20para%20pequenos%20munic%C3%ADpios%20aplicarem%20pontos%20espec%C3%ADficos%20da%20nova%20lei%20de%20licita%C3%A7%C3%B5es%2020blog%20editora%20mizuno.pdf?sequence=1). Acesso em: 23 fev. 2024.

CHARLES, Ronny. (2023, 10 de outubro) Agente de Contratação e a Condição de Servidor Efetivo. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/agente-de-contratacao-e-a-condicao-de-servidor-efetivo/>. Acesso em: 23 fev. 2024.

Infraestrutura de tecnologia da informação dos Municípios Piauienses. Relatório de levantamento (30 de junho de 2021). Disponível em: <https://www.tcepi.tc.br/levantamento-aponta-que-maioria-das-cidades-tem-condicoes-tecnicas-de-realizar-pregao-eletronico/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

REVISTA CONCILIUM, vol. 22, n. 6. Dificuldades dos Municípios na Institucionalização da Nova Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/clm632-clm632-2-1.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2024.

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

SILVA, Odilon dos Santos. Os desafios dos municípios de pequeno porte na implementação da nova Lei de Licitações: um conflito entre a era digital e cultura local. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 481-492. ISBN 978-65-5518-820-2.

O CONTROLE NA LEI Nº 14.133/2021 E O MODELO DAS TRÊS LINHAS DE DEFESA

CHRISTIANNE DE CARVALHO STROPPA

1 Introdução

No dia 1º de abril de 2021, foi promulgada a Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133. Tendo entrado em vigor na data de sua publicação, conviveu com a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 (Pregão) e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 (RDC), até o dia 31 de março de 2023, momento em que foram totalmente revogadas.

Mesmo que classificada como um grande “museu de novidades”,¹ já que incorporou institutos consagrados em leis especiais – tais como a Lei nº 10.520/2002 (Pregão), Lei nº 12.462/2011 (RDC), Lei nº 13.303/2016 –, instruções normativas federais e orientações do Tribunal de Contas da União, evidente que trouxe para o tema das contratações públicas inúmeras inovações, dentre as quais merece destaque, com esteio no parágrafo único do art. 11, uma linha mestra baseada na governança das contratações, nos seguintes termos: “A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”.

Com base no conceito macro de governança pública, o Tribunal de Contas da União elaborou a seguinte definição para a governança das aquisições:

¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A nova Lei de Licitações: um museu de novidades? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>. Acesso em: 5 mar. 2024.

Governança das aquisições compreende essencialmente o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições, com objetivo de que as aquisições agreguem valor ao negócio da organização, com riscos aceitáveis. (Relatório da TC 025.068/2013-0 que deu origem ao Acórdão nº 2.622/2015 – Plenário)

Trata-se de um conceito em construção, cujo escopo vem sendo delineado pelas boas práticas em planejamento e gestão² e disseminado por meio de acórdãos e novos normativos infralegais. Em suma, governança nas aquisições refere-se ao conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos de controle que visam assegurar que as decisões e as ações relativas à gestão das compras e contratações estejam alinhadas às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas (art. 2º, II, da Resolução TCU nº 247/2011).

Alinhada com a governança, há uma efetiva e real preocupação com o controle das contratações,³ mercendo, no entanto, ser criticada a falta de uniformidade e de tecnicidade no uso dessa expressão.

Uma simples pesquisa sobre a expressão “controle” na Lei nº 14.133/2021 indica 34 (trinta e quatro) referências,⁴ dentre as quais destacam-se:

- 28 (vinte e oito) compreensivas do controle interno e controle externo;
- 9 (nove) específicas de controle interno; e
- 1 (uma) específica do controle social.

Há também 4 (quatro) referências expressas a Tribunal de Contas.

Por outro lado, nos temas indicados no inciso I, art. 24 (orçamento não sigiloso); inciso IV, art. 60 (programa de integridade como critério de desempate); §§1º e 2º, art. 141 (descumprimento da ordem cronológica); inciso V, §1º, art. 156 (programa de integridade para dosimetria na aplicação das sanções); §2º, art. 169 (acesso a documentos e informações); §3º, art. 169 (procedimento de controle); e §4º (receber e julgar representação), há uma referência legal tanto ao controle interno quanto ao controle externo. Ademais, há também uma equiparação de atribuições entre o órgão de assessoria jurídica e o controle interno (§3º, art. 8º; inciso IV, art. 19; e §3º, art. 117), o que também indica uma sensível ampliação das atribuições da assessoria jurídica no tocante ao controle de legalidade das contratações.

² “Enquanto a instância de governança colhe o interesse do cidadão e entrega ESTRATÉGIA para as estruturas de Gestão alcançá-lo, essa última devolve o ACCOUNTABILITY, consubstanciado na responsabilidade de prestação de contas e de agir conforme padrões de conformidade e integridade. E quando tal engrenagem funciona corretamente, a Gestão Pública consegue atender o seu propósito de existir, qual seja suprir os anseios e expectativas do cidadão” (ALVES, Paulo. Especialista trata dos desafios da governança no setor público. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/351159/especialista-trata-dos-desafios-da-governanca-no-setor-publico>. Acesso em: 3 mar. 2024).

³ “Há, inegavelmente, uma preocupação do legislador quanto ao controle preventivo, evitando a deflagração de contratações públicas indesejadas e, até mesmo, ineficientes, razão pela qual a gestão de riscos, naturalmente preponderante quando do planejamento do objeto licitado, deve ocorrer durante toda a fase de contratação pública.” (CARVALHO, Guilherme; CABRAL, Flávio Garcia. Controle das contratações públicas: diversas linhas de frente. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-03/licitacoes-contratos-controlado-contratacoes-publicas-diversas-linhas-frente>. Acesso em: 5 mar. 2024).

⁴ Referências: controle (art. 170, “caput”); controle (s) interno(s) (art. 7º, §2º, art. 8º, §3º, art. 11, parágrafo único, art. 19, inciso IV, art. 116, §3º, art. 140, §1º, art. 168, incisos II e III); órgão de controle externo (art. 24, inciso I); controle prévio (art. 52, “caput” e §4º); controle(s) preventivo(s) (art. 168, “caput”, e §3º, inciso I); órgãos de controle (art. 59, inciso IV, art. 141, §2º, art. 155, §1º, inciso V, art. 170, §2º, art. 169, “caput”, §§2º e 3º, art. 171); órgãos de controle interno (art. 24, inciso I, art. 170, §4º) e controle social (art. 169, “caput”).

Em paralelo, para complementar a ideia do controle, necessário chamar à colação o modelo das três linhas indicados no art. 169 da Lei nº 14.133/2021.

Pretende-se, de forma breve e pontual, indicar os controles indicados na Nova Lei de Licitações e Contratações, correlacionando com os atores enquadrados no modelo das três linhas.

2 O que é controle

O controle, previsto como princípio fundamental desde o inciso V, art. 6º, do Decreto-Lei nº 200/1967, pode ser entendido como “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.⁵

No mesmo sentido, compreende-se como o “poder de fiscalização e correção que sobre ela (Administração Pública) exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”.⁶ Tanto a fiscalização quanto a correção/revisão são elementos básicos do controle. Enquanto se entende ser a fiscalização o:

[p]oder de verificação que se faz sobre a atividade dos órgãos e dos agentes administrativos, bem como em relação à finalidade pública que deve servir de objetivo para a Administração. A revisão é o poder de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham vulnerado normas legais, seja porque haja necessidade de alterar alguma linha das políticas administrativas para que melhor seja atendido o interesse coletivo.⁷

Por outro lado, controlar pode também significar a adoção de “ações com o propósito de certificar-se de que algo seja cumprido de acordo com o planejado e em conformidade com o disciplinado no ordenamento jurídico”.⁸

A Administração Pública, direta ou indireta, assujeita-se a diversas espécies de controle: social, administrativo, judicial, legislativo, pelo sistema de controle interno e pelo sistema de controle externo (Tribunal de Contas).

O controle social, sendo atinente ao substrato popular, é mais ligado à Ciência Política que ao Direito, ainda que seja mencionado, por vezes, em documentos normativos. Modernamente, pode ser entendido como controle exógeno do poder público⁹ constituído e exercido por grupos sociais em suas diversas demandas para a garantia da soberania do povo como entidade titular única do poder em si.¹⁰ Importante instrumento democrático, permite a participação da população na gestão pública em seu exercício de poder.¹¹

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 795.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo* (livro eletrônico). 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 976.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* (livro eletrônico). 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 1015.

⁸ PELEGRINI, Marcia. Artigos 169 a 173. In: DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 706.

⁹ O sentido aqui adotado se refere ao controle do povo sobre o Estado, a partir das garantias elencadas na CF/88 e nos princípios norteadores do Direito Administrativo.

¹⁰ BRASIL, Constituição (1988), art. 1º, parágrafo único.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* (livro eletrônico). 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 1023.

Ao lado do controle social, as demais espécies podem também ser classificadas quanto ao âmbito do controle: como controle interno ou como controle externo.

O interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo – ou do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, quando estiverem eles agindo no exercício de função atípica administrativa –; por sua vez, o externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração, tais como: Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas.

Conforme estruturado pelo Constituinte Originário, nos termos dispostos nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal de 1988, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas é realizada conjuntamente pelo controle externo, titularizado pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional no plano federal), e pelo sistema de controle interno de cada poder.¹²

De maneira geral, a auditoria (como sinônimo de controle) realizada por órgãos e entidades públicas é denominada “auditoria governamental”. A denominada interna é aquela realizada dentro da própria organização ou dentro do mesmo poder; por sua vez, a auditoria externa é realizada basicamente pelos Tribunais de Contas.¹³

3 O sistema de controle interno

O Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536/1922) é considerado o embrião da criação do controle interno, ante a referência de um conjunto de estruturas responsáveis pela fiscalização, espalhadas por diversos órgãos, e a Contadoria-Geral da República, órgão de natureza contábil criado em 1921 e vinculado ao Ministério da Fazenda, atuando nos aspectos contábeis. Outras normas relevantes são:

- Lei nº 4.320/1964 – arts. 76 a 80: execução orçamentária (personalidade própria e distinta do controle externo).
- Decreto-Lei nº 200/1967 – Inspetoria-Geral de Finanças.
- Lei Complementar nº 101/2000 – LRF – art. 59.
- Lei nº 10.180/2001 – formaliza o Sistema de Controle Interno.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, nos arts. 31, 70 e 74, estipula a existência e o funcionamento de um sistema, responsável pelo controle interno, a ser mantido de forma integrada pelos três Poderes estatais.

O controle interno não é tarefa exclusiva de um único órgão nem pode ser desempenhado isoladamente. Entretanto, embora:

[a] Constituição de 1988 determine a existência e atuação do controle interno e tenha recepcionado preceitos anteriores relacionados às suas atribuições, tais como os dispositivos da Lei nº 4.320/64, especialmente seus artigos 76 a 80, percebe-se que, exclusivamente para o controle interno, não houve a fixação de um formato previamente definido nem

¹² FUSCO, Cláudia Costa de Araújo; FERRAZ, Leonardo de Araújo. Apontamentos sobre as Unidades Centrais de Controle Interno e seu mosaico estrutural no Brasil: A experiência da Controladoria-Geral do Município de Belo Horizonte. In: FERRAZ, Leonardo de Araújo; LOBO, Luciana Mendes; Miranda, Rodrigo Fontenelle de A. (coord.). *Controle Interno Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 59.

¹³ CARVALHO NETO, Antonio Alves de et al. *Sistema de Controle Interno da Administração Pública na União Europeia e no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 97-98.

um *modus operandi* específico para o seu exercício, diferentemente do que se deu com o controle externo, a cargo do Parlamento e de um órgão singularmente delineado para a tarefa – o Tribunal de Contas.¹⁴

É, portanto, um processo integrado e projetado nas unidades administrativas do Estado, revelado por normas, rotinas e procedimentos, que busca examinar a adequação de um dado comportamento à lei e ao Direito, contribuindo para a melhoria da qualidade do serviço público.¹⁵

Em geral, as macrofunções de controle interno compreendem a execução integrada e transversal das seguintes atividades: auditoria, corregedoria, ouvidoria e transparência e combate à corrupção.

4 O sistema de controle externo

O sistema de controle externo pode ser conceituado como o “conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando à fiscalização, verificação e correção dos atos”,¹⁶ compreende (i) o controle parlamentar direto; (ii) o controle exercido pelo Tribunal de Contas e (iii) o controle jurisdicional.¹⁷

Nesses termos, os Tribunais de Contas são órgãos constitucionais aos quais compete o exercício do controle externo em auxílio ao Poder Legislativo, nos termos dos arts. 70 a 75 da Constituição Federal de 1988.

Mas, como corolário do *princípio republicano*, a própria Constituição também se encarrega de fixar mecanismos de controle dos Poderes uns sobre os outros, dando concreção à teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*). E, assim, estabelece como uma das funções típicas do Poder Legislativo o *controle externo* da Administração Pública sob os *critérios político e financeiro*¹⁸ – este último exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 71 da Constituição de 1988.

A toda prova, portanto, para que haja equilíbrio entre os poderes – no exercício do *controle do poder pelo poder* e sem prejuízo da separação harmônica e da independência recíproca que constituem *princípio estruturante* da República Federativa do Brasil –, faz-se imprescindível reconhecer a existência de *núcleos fundamentais e intangíveis* nas funções estatais cominadas aos ditos Poderes. Daí por que a mesma proteção que confere a inalterabilidade da *coisa julgada* que é fruto da *função típica* do Poder Judiciário, e que

¹⁴ UNGARO, Gustavo; SANTOS, Ludinaura Regina Souza dos. Redes de conhecimento e controle interno da Administração Pública no Brasil: Análise teórico-prática a partir da atuação do CONACI e do Banco Mundial. In: FERRAZ, Leonardo de Araújo. LOBO, Luciana Mendes; MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. (coord.). *Controle Interno Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 36.

¹⁵ MESSA, Alcione Aparecida; MESSA, Ana Flávia. Fundamentos da transparência no controle interno. In: FERRAZ, Leonardo de Araújo. LOBO, Luciana Mendes; MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. (coord.). *Controle Interno Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 463.

¹⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 24.

¹⁷ Odete Medauar (MEDAUAR, 2012, p. 43) destaca que, “desprovido de um ou mais elementos caracterizadores do controle em sentido restrito, poder-se-ia cogitar do chamado controle extraorgânico ou controle social, inserido dentre os controles em sentido amplo, realizado, por exemplo, pelo povo, imprensa etc.”.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* (livro eletrônico). 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 1085.

torna defeso restringir a decisão do Poder Legislativo acerca da conveniência da *edição de novas leis*, também obsta a incursão no *mérito do ato administrativo*¹⁹ senão pela própria Administração Pública.

É bem verdade, porém, que a intangibilidade do mérito do ato administrativo não é por assim dizer absoluta. A proteção não afasta de toda e qualquer sorte o exame do juízo de conveniência e oportunidade, pois há muito já se reconhece que o controle externo exercido pelo Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas, bem como o “controle exercido pelos Tribunais de Contas, com fundamento na própria Constituição e sem qualquer tipo de subordinação ao Legislativo”,²⁰ pode se dar tanto sob o aspecto de legalidade como de legitimidade²¹ e economicidade,²² que, a rigor, abarcam em certa medida o mérito do ato.

No que diz respeito à *atuação dos Tribunais de Contas no exercício do controle externo* ou, em outras palavras, às competências de controle dos Tribunais de Contas, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara²³ destacam que é preciso considerar três noções bastante simples:

- a) *Objeto da fiscalização* – como o conjunto de fatos, atos e procedimentos da Administração Pública ou de terceiros que o Tribunal examina e, a seguir, avalia, positiva ou negativamente;
- b) *Parâmetro de fiscalização* – referência que o Tribunal adota para avaliar positiva ou negativamente certo objeto;
- c) *Produto da fiscalização* – os atos que o Tribunal produz em decorrência dos procedimentos que realiza.

Os autores concluem, então, que a *fiscalização do Tribunal de Contas é bem ampla no que se refere a seu objeto e parâmetro*, mas, de outra sorte, *muito condicionada quanto a seu produto*, ou seja, *quanto ao seu poder de comandar*. Por suas palavras:

(...) a fiscalização do Tribunal pode ter por objeto *quase tudo* que se relaciona à Administração Pública. É que, além da fiscalização financeira, orçamentária, contábil e patrimonial – matérias sob a jurisdição específica do Tribunal de Contas –, cabe-lhe, no exercício da fiscalização operacional, um exame do todo, do conjunto da atuação administrativa (CF, art. 70, *caput*).

¹⁹ “Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada” (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 918). O mesmo não se diga quanto à discricionariedade, porquanto, enquanto exercício de competência administrativa se sujeita à sindicabilidade.

²⁰ MOTTA, Fabrício; NAVES, Fernanda de Moura Ribeiro. Artigos 169 a 173. In: DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada*: Lei 14.133/21. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 709.

²¹ “*Legitimidade*. Quando se distingue legitimidade de legalidade, é exatamente para sublinhar que aquela concerne à substância do ato o ato legítimo não observa apenas as formas prescritas ou não defesas pela lei, mas também em sua substância se ajusta a esta, assim como aos princípios não jurídicos da boa administração” (FERREIRA FILHO, 1992, p. 125).

²² “Economicidade. Aqui se autoriza a apreciação se o ato foi realizado de modo a obter o resultado a custo adequado, razoável, não necessariamente ao menor custo possível” (FERREIRA FILHO, Ob. cit.).

²³ SUNDFELD, Carlos Ary; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182.

Os parâmetros que o Tribunal pode usar em sua avaliação *também são muito variados*, não se restringindo à legalidade, pois se estendem também, como dita o art. 70, *caput*, da CF, à economicidade e à legitimidade (ou, para usar fórmula mais consagrada no debate internacional, à economicidade, à eficiência e à efetividade) (grifos nossos).²⁴

No mesmo diapasão, Helio Saul Mileski²⁵ assevera que o controle com base na *legitimidade* pressupõe uma fiscalização pautada não só pelas normas legais, porquanto estruturada na *moralidade*. A legitimidade identificar-se-ia com os valores, princípios e fins que regem a ação administrativa, enfim, com o interesse público. Desse modo, aproxima-se do sentido de justiça, de racionalidade no exercício da atividade financeira.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara²⁶ defendem, ainda, que “os atos de comando que o Tribunal pode produzir são a aplicação de sanções (CF, art. 71, VIII), a *sustação de atos* (CF, art. 71, X, e §1º) e o registro de certos atos de pessoal (CF, art. 71, III). Não lhe cabe dar ordens cogentes em geral às autoridades administrativas, anular diretamente atos ou contratos, nem suspender ou sustar contratos (pois isto é tarefa do Legislativo – CF, art. 71, §1º)”.²⁷ E “esses atos de comando só podem ser editados para *correção ou punição de irregularidades* (‘ilegalidades’), em virtude da avaliação do Tribunal de que uma violação de norma jurídica está em curso ou foi cometida (CF, art. 71, VIII e IX)”.

Em complemento, vale registrar o que adverte Guilherme Corona Rodrigues Lima,²⁸ para quem o §2º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993

[...] traz a previsão legal acerca da possibilidade de controle ou exame prévio de editais de licitações, por parte dos Tribunais de Contas, bem como a possibilidade de tais órgãos de controle imponem medidas corretivas ao órgão licitante, que está obrigado, nos limites que se demonstrará, a observá-los na condução do certame.

Assim, embora discutida na doutrina,²⁹ comungamos do entendimento de que a missão constitucional dos Tribunais de Contas:

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ary; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182.

²⁵ MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: RT, 2003, p. 249.

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ary; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 183-184.

²⁷ André Luiz Freire ressalta que, embora o “Tribunal de Contas da União possa declarar a ilegalidade de atos administrativos unilaterais e sustar a sua execução, a Constituição de 1988 estabeleceu que, em relação aos contratos administrativos, ‘o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis’” (FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167).

²⁸ LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. *O controle prévio dos editais de licitação pelos tribunais de contas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 52.

²⁹ “O exame dos editais pelo Tribunal de Contas tem sido objeto de inúmeros questionamentos. Alguns entendem que, por se tratar de fiscalização a priori, não deveria ser realizada, pois o Tribunal de Contas realizaria, apenas, fiscalização a posteriori – quando as despesas já ocorreram – ou, no máximo, de maneira concomitante, nos casos de inspeções ou auditorias” (BARROS, Marcio dos Santos. *Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: NDJ, 2005, p. 542).

(...) abarca o controle da licitação porque esta culmina em um contrato administrativo e gera despesa. A dicção constitucional ‘contratos’ deve ser lida com toda a força normativa que a Constituição reservou à função fiscalizatória dos tribunais de contas, devendo abarcar a fase prévia que antecede a conclusão do contrato, as licitações, mormente seu edital, um dos maiores responsáveis pelos desvios administrativos na realização da despesa pública. Não pode controlar a juridicidade de um contrato administrativo se não se puder controlar os atos que o originam.³⁰

Por outro lado, destaca-se que o TCU (e as Cortes de Contas num geral) possui grande atuação *a posteriori* no controle dos atos e contratos, por meio de prestações e tomadas de contas dos administradores em especial, assim como em outros mecanismos elencados na Lei Orgânica do TCU (LOTUCU) e em seu Regimento Interno (RI), como levantamentos, auditorias e monitoramentos (visto que os três procuram fiscalizar os atos já emitidos e a gestão sendo realizada, então, por este motivo, podemos considerá-los também espécie de controle concomitante ao ato).

Contudo, o interesse está no controle feito antes da atuação administrativa. Em outras palavras, antes da publicação do ato ou, em alguns casos, antes que ele irradie todos os seus efeitos. Portanto, tem-se por controle preventivo aquele com vistas em garantir a lisura do ato ou contrato administrativo tanto pela legitimidade quanto pela economicidade e operacionalidade, para que se evitem, desta forma, desvios de finalidade e danos ao erário.

Em que pese, até a Constituição de 1967, “o controle prévio correspondeu ao núcleo do sistema de fiscalização dos atos e contratos (...). Este se baseava no chamado sistema de registro prévio, com base no qual a administração, antes de celebrar atos e contratos, os submetia ao Tribunal de Contas, para que este apreciasse sua legalidade, com especial ênfase na verificação de sua adequação com a lei orçamentária. Como desdobramento desse controle, o ato/contrato poderia ser simplesmente registrado, vetado de forma absoluta, ou registrado sob protesto”.³¹ Com o advento do regime militar, todo este controle passou a ser posterior e somente para os atos que eram submetidos ao TCU.

Com a promulgação da CF/1988, o TCU voltou à sua posição de órgão constitucional de relevância para a democracia e para a boa gestão pública. Foi aumentado o rol de atribuições e o escopo de suas fiscalizações, bem como seus deveres-poderes. O controle preventivo voltou a constar no bojo dessas atribuições, permitindo uma atuação mais incisiva por parte da Corte de Contas frente à Administração Pública.

Isto posto e, como já dito, considerando os procedimentos descritos no item anterior, cabe agora ver quais deles são passíveis de serem utilizados em sede de controle preventivo e como se dará o seu processamento e resultado, bem como as discussões acerca da atuação do TCU nesta espécie de controle.

³⁰ BIM, Eduardo Fortunato. O Poder geral de cautela dos Tribunais de Contas nas licitações e nos contratos administrativos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 36, p. 363-386, mar./abr. 2006, p. 363-386.

³¹ MAGALHÃES JUNIOR, Antônio Silvío. O Controle Externo da Administração Pública pelo Tribunal de Contas, p. 13 *apud* DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Gonçalves. *As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito*. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientadora: Maria Garcia. São Paulo, 2008, p. 55-56.

5 Modelo das linhas de defesa

O art. 169 da Lei nº 14.133/2021, reforçando o contido no parágrafo único do art. 11 e baseando-se nas regras de *compliance*,³² indica que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

- primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade – atores que têm como função supervisionar as atividades relacionadas com as licitações e contratações;
- segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade – os atores aqui alocados vão supervisionar a conformidade da atuação dos demais atores e colaborar no desenvolvimento e monitoramento dos controles da primeira linha;
- terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo Tribunal de Contas – tem uma atuação voltada para a avaliação e adequação dos sistemas de controle interno, visando seu permanente aperfeiçoamento.

Inicialmente idealizado como modelo das três linhas de defesa, atualizado em 2020 para o modelo das três linhas,³³ pelo *Instituto of Internal Auditors – IIA*,³⁴ é uma parte importante do gerenciamento de riscos e controle da organização.³⁵

³² A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) deu um passo importante ao incentivar a prática de controles preventivos (ARAÚJO, Patrícia Dino; SOARES, Thayline Estevam. *Compliance na Administração Pública e a Necessária Descorrupção*. In: MELLO, Roger Goulart; FREITAS, Patrícia Gonçalves de (org.). *Administração em Foco: Diálogos sobre Administração Pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora E-Publicar, 2020, p. 56-85).

³³ O modelo das três linhas do IIA (2020) está presente no ordenamento jurídico brasileiro por meio de disposições do Decreto-Lei nº 200/1967 (art. 13), da Instrução Normativa MP/CGU nº 01/2016, IN CGU nº 03/2017 e IN CGU nº 08/2017.

³⁴ De acordo com o Documento de Exposição do IIA, “o modelo das Três Linhas de Defesa surgiu há mais de 20 anos e, desde então, se tornou amplamente reconhecido, principalmente no setor de serviços financeiros, onde foi criado. O The IIA adotou o modelo formalmente na Declaração de Posicionamento ‘As Três Linhas de Defesa no Gerenciamento Eficaz de Riscos e Controles’, publicada em 2013 e vem promovendo o modelo como uma ferramenta valiosa para os responsáveis pela governança. Seu apelo está na explicação direta e simples dos diversos papéis e atividades que compõem o gerenciamento de riscos e controle (embora não considere a governança de forma mais ampla) e seu valor é ajudar as organizações a evitar confusão, duplicação e lacunas na atribuição de responsabilidades por esses papéis e atividades” (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. Documento de exposição: três linhas de defesa. [S. l.]: IIA, 2019, p. 4. Disponível em: <https://global.theiia.org/translations/PublicDocuments/3LOD-IIA-Exposure-Document-Portuguese.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2024).
Todavia, em 2020 o IIA realizou uma “revisão” no modelo das três linhas de defesa, esclarecendo que “os termos ‘primeira linha’, ‘segunda linha’ e ‘terceira linha’ do modelo original são mantidos para familiaridade. No entanto, as ‘linhas’ não pretendem denotar elementos estruturais, mas uma diferenciação útil de papéis. Logicamente, os papéis do órgão de governança também constituem uma ‘linha’, mas essa convenção não foi adotada para evitar confusão. A numeração (primeira, segunda, terceira) não deve ser considerada como significando operações sequenciais. Em vez disso, todos os papéis operam simultaneamente” (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. Modelo das três linhas do IIA 2020: uma atualização das três linhas de defesa. Lake Mary, FL: IIA, 2020, p. 3. Disponível em: <https://iiaabrasil.org.br/korbilload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorH TML-00000013-20072020131817.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2024).

³⁵ O TCU, no Acórdão nº 1.171/2017 – Plenário, indica que o Sistema de Controle interno é formado pelas três linhas de defesa; todas elas estão dentro da organização.

Figura 1 – Modelo das Três Linhas do IIA 2020

O Modelo das Três Linhas do The IIA



Isto porque o modelo das três linhas de defesa:

[...] consiste em três níveis diferentes de proteção. Eles são projetados para fornecer suporte redundante ao gerenciamento de riscos e para ajudar a garantir que os perigos sejam identificados e tratados antes que possam afetar negativamente as operações. Ao mesmo tempo, a versão mais atual do modelo 3LoD enfatiza o alinhamento da colaboração, a responsabilidade e o foco nos objetivos, tornando-o uma estrutura importante não apenas para a defesa, mas também para reconhecer e aproveitar oportunidades à medida que elas surgem.³⁶

Tem como principal premissa que “o órgão de governança, a gestão e a auditoria interna têm responsabilidades distintas, mas todas as atividades precisam estar alinhadas com os objetivos da organização. A base para uma coerência bem-sucedida é a coordenação, colaboração e comunicação regulares e eficazes”.³⁷

³⁶ Disponível em: <https://www.servicenow.com/br/products/security-operations/what-is-three-lines-of-defense.html>. Acesso em: 10 mar. 2024.

³⁷ Declaração de Posicionamento do IIA. Disponível em: <https://iiabrasil.org.br/korbillod/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20082020141130.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2024.

Além disso, de acordo com o COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), o modelo das três linhas constitui “uma forma simples e eficaz de melhorar a comunicação do gerenciamento de riscos e controle por meio do esclarecimento dos papéis e responsabilidades essenciais. O modelo apresenta um novo ponto de vista sobre as operações, ajudando a garantir o sucesso contínuo das iniciativas de gerenciamento de riscos, e é aplicável a qualquer organização – não importando seu tamanho ou complexidade”.³⁸

Importante que, no âmbito de cada organização pública, seja efetuada a distinção institucional entre as atividades de controle interno (primeira e segunda linhas de defesa) e as de auditoria (terceira linha). A terceira linha de defesa deverá ser realizada por uma unidade central de auditoria, dotada de maior nível possível de independência. “No âmbito do Poder Executivo federal, por exemplo, existem as unidades de controle interno no âmbito de cada órgão ou entidade e que desempenhariam as funções de segunda linha de defesa. Por sua vez, a terceira linha de defesa seria de responsabilidade da Controladoria-Geral da União (CGU). Ocorre que, em especial nos Poderes Legislativo e Judiciário e nos órgãos dotados de autonomia constitucional, há apenas uma unidade de auditoria ou controle interno. Nessa situação, é fundamental distinguir os papéis da segunda e da terceira linhas, e observar a necessária independência da instância que realiza a auditoria.”³⁹

De acordo com o Referencial Básico de Gestão de Riscos do Tribunal de Contas da União:

A abordagem das Três Linhas de Defesa, embora não seja um modelo de gestão de riscos, é uma forma simples e eficaz para melhorar a comunicação e a conscientização sobre os papéis e as responsabilidades essenciais de gestão de riscos e controles, aplicável a qualquer organização – não importando o seu tamanho ou a sua complexidade – ainda que não exista uma estrutura ou sistema formal de gestão de riscos.⁴⁰

Mesmo que a função da referência às linhas de defesa tenha sido organizar e orientar a atividade de controle, não se pode olvidar que o Tribunal de Contas não se encontra ao lado da unidade central de controle interno, porquanto, por expressa disposição constitucional, se apresenta como não integrado às rotinas da Administração, com independência para o exercício de suas próprias competências.^{41 42}

³⁸ The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO). *Leveraging COSO across the three lines of defense*. Durham (Estados Unidos), 2015. p. 2. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-2015-3LOD.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2024.

³⁹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 4. ed. Brasília, DF: Senado federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021, p. 105.

⁴⁰ Tribunal de Contas da União. *Referencial Básico de Gestão de Riscos*. 2018, p. 58. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/referencial-basico-de-gestao-de-riscos.htm>. Acesso em: 5 mar. 2024.

⁴¹ MOTTA, Fabrício; NAVES, Fernanda de Moura Ribeiro. Artigos 169 a 173. In: DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 709.

⁴² “Convém anotar que no desenho original das três linhas a terceira linha de defesa é composta pela auditoria interna, o que de certa forma poderia conduzir à escalação a esta linha do órgão central de controle interno da Administração, como feito pelo art. 169, III, mas não do Tribunal de Contas competente, que, como dito, se encontram formalmente alocados no âmbito do Poder Legislativo, fora do raio de estruturação hierárquica da Administração.

Ao que parece, referida inclusão busca atribuir ao Tribunal de Contas uma postura também orientadora em relação à Administração Pública, para além de uma atuação exclusivamente corretiva e punitiva.⁴³

Certo que o “encadeamento contido no artigo 169 já comprova que a Lei nº 14.133/2021 elegeu, inicialmente, a realização do controle interno e, posteriormente, do controle externo, o que fragiliza a tese do “controle externo preventivo” como regra, prática procedimental comum no âmbito dos tribunais de contas e exposta, pelos defensores, como uma medida de maior eficiência que o controle interno, verdadeiro exercente da função administrativa”.⁴⁴

6 Conclusão

Com esteio na implementação da governança das contratações, a Lei nº 14.133/2021 comunica seu propósito de afastar a ineficiência e o descontrole através da previsão de vários mecanismos e instrumentos, que evidenciam a preocupação com uma estrutura procedimental adequada, baseada no planejamento, gestão de riscos e controles.

Para tanto, coloca os órgãos de controle interno e externo como atores importantes e relevantes na busca de contratações íntegras e confiáveis. Aliás, merece aplausos a importância dada ao controle social, expressamente referida na Lei e cuja efetividade se dará com a crescente implementação das funcionalidades do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP.

Mesmo que sejam muitas as críticas e discussões relacionadas à falta de técnica da Lei nº 14.133/2021, é possível dela extrair a relevância que os controles irão desempenhar em um processo de contratação.

A previsão de competências a ambos os controles apenas reforça a necessidade da ampliação do diálogo entre eles, com o fito de produção de normativos que possibilitem uma atuação independente, em obediência ao princípio da segregação de funções, em especial como decorrência da estruturação do controle em três linhas.

O bom relacionamento entre os controles interno e externo é incentivado pela Constituição Federal, não sendo outra a lição a ser extraída da Lei nº 14.133/2021.

Mesmo na metodologia COSO, como se percebe, os auditores externos, reguladores e outros órgãos externos de controle são eventualmente considerados como linhas adicionais de defesa cujas avaliações sugerem fortalecimento dos controles incidentes sobre as organizações em geral” (FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Controle das Contratações Públicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21* (livro eletrônico). 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 267).

⁴³ NOHARA, Irene Patricia Diom. *Nova Lei de Licitações e Contratos: comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 543.

⁴⁴ CARVALHO, Guilherme; CABRAL, Flávio Garcia. Controle das contratações públicas: diversas linhas de frente. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-03/licitacoes-contratos-controle-contratacoes-publicas-diversas-linhas-frente>. Acesso em: 5 mar. 2024.

Referências

ALVES, Paulo. Especialista trata dos desafios da governança no setor público. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/351159/especialista-trata-dos-desafios-da-governanca-no-setor-publico>.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 4. ed. Brasília, DF: Senado federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021.

ARAUJO, Patricia Dino; SOARES, Thayline Estevam. Compliance na Administração Pública e a Necessária Descorrupção. In: MELLO, Roger Goulart; FREITAS, Patricia Gonçalves de (org.). *Administração em Foco: Diálogos sobre Administração Pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora E-Publicar, 2020.

BARROS, Marcio dos Santos. *Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: NDJ, 2005.

CARVALHO, Guilherme; CABRAL, Flávio Garcia. Controle das contratações públicas: diversas linhas de frente. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-03/licitacoes-contratos-controle-contratacoes-publicas-diversas-linhas-frente>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* (livro eletrônico). 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

CARVALHO NETO, Antonio Alves de et al. *Sistema de Controle Interno da Administração Pública na União Europeia e no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Declaração de Posicionamento do IIA. Disponível em: <https://iiabrasil.org.br/korbilload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20082020141130.pdf>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* (livro eletrônico). 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Controle das Contratações Públicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21* (livro eletrônico). 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo; Malheiros, 2008.

FUSCO, Cláudia Costa de Araújo; FERRAZ, Leonardo de Araújo. Apontamentos sobre as Unidades Centrais de Controle Interno e seu mosaico estrutural no Brasil: A experiência da Controladoria-Geral do Município de Belo Horizonte. In: FERRAZ, Leonardo de Araújo; LOBO, Luciana Mendes; Miranda, Rodrigo Fontenelle de A. (coord.). *Controle Interno Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. Documento de exposição: três linhas de defesa. [S. l.]: IIA, 2019. Disponível em: <https://global.theiia.org/translations/PublicDocuments/3LOD-IIA-Exposure-Documents-Portuguese.pdf>.

INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. Modelo das três linhas do IIA 2020: uma atualização das três linhas de defesa. Lake Mary, FL: IIA, 2020. Disponível em: <https://iiabrasil.org.br/korbilload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20072020131817.pdf>.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. *O controle prévio dos editais de licitação pelos tribunais de contas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAGALHÃES JUNIOR, Antônio Silvio. *O Controle Externo da Administração Pública pelo Tribunal de Contas*, p. 13 *apud* DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Gonçalves. As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientadora: Maria Garcia. São Paulo, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MESSA, Alcione Aparecida; MESSA, Ana Flávia. Fundamentos da transparência no controle interno. In: FERRAZ, Leonardo de Araújo. LOBO, Luciana Mendes; MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. (coord.). *Controle Interno Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MILESKI, Helio Saul. O controle da gestão pública, São Paulo: RT, 2003.

MOTTA, Fabrício; NAVES, Fernanda de Moura Ribeiro. Artigos 169 a 173. In: DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NOHARA, Irene Patricia Diom. *Nova Lei de Licitações e Contratos: comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A nova Lei de Licitações: um museu de novidades? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>.

PELEGRINI, Marcia. Artigos 169 a 173. In: DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ary; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO). *Leveraging COSO across the three lines of defense*. Durham (Estados Unidos), 2015. p. 2. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-2015-3LOD.pdf>.

Tribunal de Contas da União. *Referencial Básico de Gestão de Riscos*. 2018, p. 58. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/referencial-basico-de-gestao-de-riscos.htm>.

UNGARO, Gustavo; SANTOS, Ludinaura Regina Souza dos. Redes de conhecimento e controle interno da Administração Pública no Brasil: Análise teórico-prática a partir da atuação do CONACI e do Banco Mundial. In: FERRAZ, Leonardo de Araújo. LOBO, Luciana Mendes; MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. (coord.). *Controle Interno Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

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

STROPPA, Christianne de Carvalho. O controle na Lei nº 14.133/2021 e o modelo das três linhas de defesa. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 493-506. ISBN 978-65-5518-820-2.

BALANÇO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO DAS PARCERIAS ECONÔMICAS

CARLOS ARI SUNDFELD

1 Introdução

Esta apresentação, montada apenas a partir de pesquisas e da produção do autor, mostra sinteticamente como a reformatação de figuras jurídicas do passado acompanhou a renovação da administração pública econômica brasileira desde os anos 1990, por conta do contínuo ciclo de desestatizações da ação empresarial e das rodadas de inovações tecnológicas ocorridas no período.

As ações diretas e isoladas da máquina do Estado foram sendo aos poucos substituídas por atividades e serviços vinculados a parcerias público-privadas em empreendimentos envolvendo riscos econômicos para as partes. E sucessivas reformas ajustaram, reconfiguraram e enriqueceram a tipologia jurídica nesse campo.

A presente exposição considera esse repertório de figuras, cujas tendências passadas e presentes são a seguir apresentadas em dois itens: um sobre parcerias empresariais e o outro sobre parcerias contratuais. Algumas das discussões a respeito no Supremo Tribunal Federal – STF estão também referidas.

Este balanço pode ajudar na sistematização, ainda por fazer, do Direito Administrativo brasileiro das parcerias econômicas.

2 Parcerias Público-Privadas empresariais

Antes do ciclo de desestatizações, foram sobretudo os formatos empresariais que acomodaram atuações colaborativas público-privadas com compartilhamento de risco econômico. Eles se mantiveram no novo ciclo, em suas três modalidades:

1) *empresas estatais de capital misto* (com capitais estatais votantes majoritários e privados não majoritários), cujo delineamento geral estava no Decreto-Lei nº 200, de 1967, e na Lei das S/A (nº 6.404, de 1976, arts. 235 a 242), e hoje está complementado pela Lei das Estatais (nº 13.303, de 2016);¹

¹ SUNDFELD. A participação privada nas empresas estatais, 2000.

2) *empresas não estatais com participação estatal* (sem voto majoritário do sócio estatal), que mereceram referência indireta no art. 7º da Lei nº 6.223, de 1975 (modificado em 1978 pela Lei nº 6.525), quanto à sua não submissão ao controle público de contas, e, atualmente, estão indiretamente tratadas no §7º do art. 1º da Lei das Estatais, sobre as práticas de governança e controle empresarial para preservação dos investimentos estatais minoritários;² e

3) em alguns casos, *empresas semiestatais*.³

As desestatizações não eliminaram as colaborações de risco por meio de empresas estatais (as sociedades mistas apenas diminuíram de número). Mas acabaram contribuindo para alterar as visões jurídicas sobre a forma de os governos influírem nessas empresas.

Hábitos anteriores viam como natural as sociedades mistas funcionarem como extensões da administração direta, recebendo ordens dos chefes do Executivo e seus auxiliares, e compartilhando com estes todo tipo de informações e decisões. Isso veio a se alterar com as alienações, acompanhadas de acordos de acionistas, de blocos de participações acionárias relevantes nas sociedades mistas, com a substituição de sua anterior governança, com viés político e estilo informal, por outra de caráter mais profissional e procedimentalizado, com Conselhos de Administração ativos, conselheiros independentes e influência efetiva de acionistas privados.

Tal alteração de modelo gerou judicialização. Argumentou-se que, por natureza, o Estado teria sempre de ser absoluto nas empresas estatais, não podendo compartilhar poderes com privados. O argumento se enfraqueceria com o tempo.⁴

Em 2016, a Lei das Estatais viria a consolidar e generalizar o modelo de governança mais profissional, procedimentalizado e independente das sociedades mistas. E o fez inclusive com exigências e proibições quanto à escolha para cargos de administradores (art. 17, prevendo, p. ex., mínimo de 10 anos de experiência setorial ou em cargos de liderança, bem como incompatibilidade de escolha de dirigentes partidários). Em 2023, com um governo federal mais estatista, iniciou-se no STF uma discussão sobre a constitucionalidade dessas proibições legais, então questionadas como “discriminatórias”. O argumento sensibilizou o relator: elas foram suspensas por cautelar monocrática e abriu-se caminho para a volta de administrações ao modo anterior.⁵ Um ano depois, o tema ainda aguardava manifestação do plenário do STF.

A mesma Lei das Estatais, visando incentivar variadas formas de parcerias econômicas de risco – associativas, societárias ou contratuais – entre empresas estatais e não estatais, reconheceu sua pertinência em face de “oportunidades de negócio”. E o fez dispensando a observância das regras de licitação para sua constituição (art. 28, §§3º e 4º).⁶ Dentre essas parcerias, destacam-se consórcios entre empresas estatais e não estatais para exploração de empreendimentos conjuntos, que suscitaram debate sobre

² SUNDFELD; TRISTÃO. Empresas com participação estatal e o controle de contas, 2024.

³ SUNDFELD; SOUZA; MOTTA PINTO. Empresas semiestatais, 2011.

⁴ Para esse debate, SUNDFELD. A participação privada nas empresas estatais, 2000.

⁵ STF. ADI nº 7.331-DF, rel. Ricardo Lewandowski, cautelar em 16.3.2023, levada depois a referendo em plenário virtual, que não ocorreu até o final de 2023, em virtude de pedido de vista.

⁶ SUNDFELD; ROSILHO. Empresas estatais e contratos sem licitação, 2022.

se seria constitucional o fato dos contratos desses consórcios não observarem as regras de licitação. O STF respondeu positivamente a essa pergunta.⁷

3 Parcerias Público-Privadas contratuais

Além de mexer com concepções sobre empresas estatais e sobre a participação delas em empresas do setor privado, o ciclo de desestatizações enriqueceu o Direito Administrativo das contratações com novas ideias e formatos, em especial quanto a contratos de parcerias econômicas, em que particulares assumem diretamente a responsabilidade e os riscos por investimentos para implantar empreendimentos ou infraestruturas públicas, bem como sua gestão.

A ampliação de formatos contratuais, que será examinada a seguir, veio associada a mudanças, provocadas pelas sucessivas leis, nas ideias jurídicas sobre espaços e estruturas dos serviços públicos objeto das parcerias. Entre os pontos relevantes, destacam-se a abertura à competição,⁸ a ampliação da liberdade dos prestadores (quanto à política tarifária e à variedade de serviços, p.ex.)⁹ e a submissão a novas soluções de regulação.¹⁰

Também no período posterior à década de 1990 será sentido o impacto de novas visões sobre direitos dos consumidores, com consequências e tensões nas relações entre concedente e concessionários, de um lado, e usuários, de outro, gerando seguidos questionamentos (p.ex., quanto à cobrança de tarifas mínimas¹¹). Nem sempre foram bem-sucedidas as teses jurídicas por mais benefícios a consumidores. Mas, na comparação com o passado de serviços a cargo de empresas estatais, sem dúvida aumentaram as proteções jurídicas consumeristas.

Os espaços e a estruturação dos serviços públicos viriam ainda a ser impactados por inovações tecnológicas que digitalizaram a economia, sujeitando os parceiros privados do poder público a mais competição, agora de serviços digitais em constante mudança. Isso suscitou muitos debates, em especial nos setores de transporte¹² e telecomunicações,¹³ sobre se esses novos serviços digitais deveriam também ter outorgas estatais e se estariam sujeitos ao mesmo regime dos serviços já regulados – o que, ao menos até o momento, não parece ser a tendência.

⁷ SUNDFELD; ROSILHO. Regime das contratações de consórcios integrados por empresas estatais, 2023.

⁸ SUNDFELD. Rapport brésilien – action publique et concurrence: les tensions du droit public brésilien, 2012. SUNDFELD. O CADE e a competição nos serviços públicos, 2001.

⁹ SUNDFELD. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações, 2000.

¹⁰ SUNDFELD. Direito público e regulação no Brasil, 2014.

¹¹ SUNDFELD; CÂMARA. O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico, 2006; e Tarifas dos serviços de telecomunicações e direitos do consumidor, 2002.

¹² SUNDFELD. Liberdade econômica e limites constitucionais à regulação dos serviços privados de transporte, 2018. SUNDFELD; ROSILHO. A carona em veículos e sua intermediação por aplicativos, 2020; Serviços privados de transporte individual e a reforma de 2018 na Lei de Mobilidade Urbana, 2019; Serviços privados de transporte individual na Lei Nacional de Mobilidade Urbana, 2018. SUNDFELD; MONTEIRO; ROSILHO; GABRIEL. Serviço privado de transporte por fretamento e sua intermediação por aplicativos, 2020.

¹³ SUNDFELD; CÂMARA. Regulação e novas tecnologias: a oferta de TV pela internet, 2019.

3.1 Arquitetura legal das parcerias contratuais

Como o direito positivo definiu os formatos jurídicos das parcerias econômicas contratuais pós-desestatização?

Em primeiro lugar, com leis e regulamentos de caráter abrangente.

É o caso da Lei do Programa Nacional de Desestatização (inicialmente Lei Federal nº 8.031, de 1990, substituída pela Lei nº 9.491, de 1997) e também da Lei do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (Lei Federal nº 13.334, de 2016).¹⁴ Ambas incluíram as contratações de parcerias econômicas em programas governamentais federais prioritários e estruturaram órgãos federais e procedimentos para montagem e execução dos programas.

É o caso, ainda, da Lei Geral de Agências Reguladoras (Lei nº 13.848, de 2019), que procurou consolidar o regime de autonomia e de transparência dessas entidades,¹⁵ que foram sendo criadas desde a metade dos anos 1990 e se tornaram importantes para o equilíbrio das relações econômicas entre parceiros públicos e privados.¹⁶

Embora não se trate de leis focadas só no campo da regulação e das parcerias econômicas, as leis de processo administrativo se viabilizaram no Brasil justamente pelas demandas dos programas de desestatização. A partir desse impulso, elas teriam relevante impacto no campo. Até a metade dos anos 1980 o tema “processo (ou procedimento) administrativo” era subestimado entre nós, mas adquiriu destaque desde então. Primeiro, pelos esforços da literatura.¹⁷ Depois, por ter entrado na Constituição de 1988, iniciando sua popularização. A subida veio em 1998, no Estado de São Paulo, com a primeira lei geral moderna de processo administrativo (Lei nº 10.177, de 1998),¹⁸ seguida da lei federal (nº 9.784, de 1999). Isso geraria forte movimento de consolidação,¹⁹ com contribuições da jurisprudência, inclusive constitucional. O resultado é que regras objetivas de processo passaram a condicionar significativamente a dinâmica decisória da Administração Pública quanto às parcerias econômicas. Essas regras abriram espaço à participação dos afetados e impuseram limites ao poder de decidir, aí incluídos limites temporais (p.ex., ao direito administrativo de sancionar²⁰).

Em segundo lugar, para além dessas leis abrangentes, as contratações de parcerias econômicas foram impactadas por leis e regulamentos de normas gerais nacionais, de aplicação multissetorial, sobre procedimentos de licitação e sobre conteúdos e regimes contratuais.²¹

No nível nacional, o ciclo de normatização geral dessas parcerias contratuais foi inaugurado pela Lei de Concessão (Lei Federal nº 8.987, de 1995), que criou um regime

¹⁴ SUNDFELD. Desafios do Governo Temer para recuperar a regulação e as parcerias: as respostas da MP 727, 2016.

¹⁵ SUNDFELD; PEREIRA. Lei Geral das Agências: os avanços na governança regulatória e o que ficou por fazer, 2021.

¹⁶ SUNDFELD. Agências reguladoras, 2003; Introdução às agências reguladoras, 2000; Agências reguladoras e os novos valores e conflitos, 2000; e Agências reguladoras de serviço público, 1998.

¹⁷ SUNDFELD. A importância do procedimento administrativo, 1987; Procedimentos administrativos de competição, 1987; e A defesa nas sanções administrativas, 1987.

¹⁸ SUNDFELD. Processo administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação, 2011; e Processo administrativo: um diálogo necessário entre o Estado e cidadão, 2006; e Processo e procedimento administrativo no Brasil, 2000.

¹⁹ SUNDFELD; NEVES. A nova LINDB e os movimentos de reforma do direito administrativo, 2023.

²⁰ SUNDFELD. O direito administrativo de punir o tempo leva, 2023.

²¹ SUNDFELD. *Direito Administrativo Contratual*, 2013.

geral sintético, de aplicação nacional, para os contratos que hoje chamamos de *concessões comuns*. Tais contratos delegam a implantação ou gestão de empreendimentos públicos de infraestrutura, ficando os investimentos a cargo dos concessionários, que depois são remunerados por tarifas pagas pelos usuários finais. A lei, embora partisse das tradicionais concessões de serviço público conhecidas da literatura e da prática jurídica brasileira desde pelo menos o século XIX, modificaria o modelo em vários aspectos. Isso para aumentar a segurança dos concessionários e, assim, tornar as parcerias econômicas mais atrativas.

O modelo reconhecia ao concedente poderes para, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro, alterar as condições de implantação ou exploração dos empreendimentos e infraestruturas, o que foi mantido pela Lei de Concessão. Mas a segurança privada foi reforçada com soluções, p.ex., contra os riscos de, sem o reequilíbrio da concessão, serem adicionados encargos onerosos²² ou serem trocadas cláusulas de reajustes,²³ também com soluções contra os riscos de confisco do investimento privado por encampação²⁴ ou de assunção imediata do serviço pelo concedente ao fim do prazo contratual.²⁵

Após a Lei de Concessão, a Lei das Parcerias Público-Privadas – PPP (Lei Federal nº 11.079, de 2004), igualmente de aplicabilidade nacional, criou dois outros tipos de concessões: as *patrocinadas* e as *administrativas*. A lei foi construída como complementação da anterior. O regime das concessões patrocinadas e administrativas é em parte o das concessões comuns, com as adaptações da Lei de PPP.²⁶

O que há de semelhante entre as concessões PPP (administrativas ou patrocinadas) e as anteriores concessões (comuns) de serviço público é que, em todas, o concessionário faz investimentos iniciais para implantar ou melhorar um serviço ou infraestrutura, os quais são amortizados a seguir em prazo longo, sendo a remuneração a contrapartida pelas utilidades que o serviço ou a infraestrutura propiciam. O regime jurídico básico procura operar a transferência das atribuições, responsabilidades e prerrogativas necessárias para o concessionário alcançar os fins visados, além de construir uma malha de segurança para, ao longo desse período dilatado, o concessionário receber o retorno dos investimentos que fizer.

Nas concessões administrativas todas as parcelas do preço dos serviços dos concessionários são pagas pelo ente estatal, não pelos usuários. Nas concessões patrocinadas os serviços são remunerados por um misto de tarifa dos usuários e contraprestações do Estado. Nas duas modalidades, os concessionários podem, antes mesmo de iniciar a prestação dos serviços, receber “aportes de recursos” do concedente para “a realização de obras e aquisição de bens reversíveis” (Lei de PPP, art. 6º, §2º, incluído pela Lei nº 12.766, de 2012), o que diminui o montante dos investimentos privados nas respectivas infraestruturas e, portanto, o custo dos serviços.

²² SUNDFELD; CÂMARA. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão, 2018. SUNDFELD; CÂMARA; SOUZA. Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária, 2007.

²³ SUNDFELD; CÂMARA. Alteração nas regras da concessão sobre reajuste tarifário, 2013.

²⁴ SUNDFELD. A encampação na concessão: procedimento e indenização, 2011.

²⁵ SUNDFELD. O direito à fruição “in natura” da concessão pública e a sua expropriação indireta abusiva, 2017.

²⁶ SUNDFELD. Guia jurídico das parcerias público privadas, 2011.

Tais normas gerais das Leis de Concessão e das PPPs vieram a ser suplementadas em alguns entes subnacionais por leis e regulamentos de caráter igualmente amplo, e, posteriormente, por leis suplementares sobre aspectos mais específicos do regime de seus contratos de concessão – como, no Estado de São Paulo, a prorrogação e a ampliação contratual.²⁷ Apesar de não formarem um todo sistemático, trata-se de leis com razoável articulação entre si, com relativa coerência terminológica.

Em terceiro lugar, para além das leis abrangentes e das leis de normas gerais e suplementares, tem-se um número grande de leis setoriais, editadas sobretudo no âmbito federal, em telecomunicações, energia elétrica, petróleo, portos, saneamento, etc.. Todas preveem negócios público-privados, com nomes variados: *concessões* (ferroviárias²⁸ ou de bem público no setor aeroportuário,²⁹ p.ex.), *arrendamentos portuários*,³⁰ *contratos de partilha de petróleo*,³¹ etc., com características e problemas jurídicos por vezes peculiares.³² Várias dessas leis federais utilizam a Lei de Concessão como norma subsidiária de seus contratos, como nos casos de energia elétrica e aeroportos. Outras leis têm modelos contratuais autônomos, como no setor petrolífero³³ e em telecomunicações.³⁴

Claro que, com o crescimento do número de contratos de parceria econômica, surgiriam complexos conflitos de competência entre entes federativos. As leis vão tentando compô-los, normalmente com o envolvimento das agências reguladoras setoriais.³⁵

Tendência relevante da legislação setorial, em um número crescente de casos, tem sido a de estimular a convivência entre exploradores privados em regime contratual público (com concessões ou outras formas de outorgas, normalmente derivadas de licitações) e outros exploradores privados em regime de maior liberdade. Estes últimos recebem autorizações administrativas não discricionárias, em geral sem licitação, e ficam sujeitos à subsequente competição no mercado.

A fórmula das “autorizações” em verdade já existia.³⁶ Mas, com a era da desestatização, passou a ser empregada mais largamente, p.ex., em telecomunicações,³⁷ energia,³⁸

²⁷ SUNDFELD; MONTEIRO; CÂMARA; ROSILHO. Aplicabilidade da Lei Paulista de Prorrogação Antecipada de Contratos de Parceria às concessões de rodovia, 2022.

²⁸ SUNDFELD. Concessões ferroviárias e “jus variandi” das concessionárias, 2021.

²⁹ SUNDFELD; CÂMARA. A concessão de bem público como parceria de investimentos no setor aeroportuário, 2019.

³⁰ SUNDFELD. O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos: centralizar para privatizar?, 2014.

³¹ Com discussão sobre a suficiência das concessões petrolíferas ou necessidade de contratos de partilha, depois criados pela lei federal 12.351, de 2010: SUNDFELD. Quanto reformar do direito brasileiro do petróleo, 2010.

³² SUNDFELD. *Direito administrativo econômico*, 2013.

³³ SUNDFELD. Regime jurídico do setor petrolífero, 2000.

³⁴ SUNDFELD. O desenvolvimento futuro das telecomunicações brasileiras e o papel das concessões, 2017; Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações, 2007; A regulação das telecomunicações – papel atual e tendências futuras, 2004; O novo regime dos serviços de telecomunicações, 1997.

³⁵ SUNDFELD; CÂMARA. Conflito de competências federativas e mútua deferência na organização de serviços públicos, 2023.

³⁶ SUNDFELD; CAMPOS. A regulação do serviço privado de distribuição de água, 2005.

³⁷ SUNDFELD. Autorização de serviços de telecomunicações: os requisitos para sua obtenção, 2004. SUNDFELD; CÂMARA. Autorização de uso em telecomunicações: a questão do prazo para requerer a prorrogação, 2016; Queda das barreiras regulatórias ao ingresso de novas operadoras de TV a cabo, 2010; Silêncio administrativo e renovação de autorizações de uso de radiofrequência: o caso MMDS, 2008.

³⁸ SUNDFELD. A concessão de energia elétrica – desafios atuais, 1996.

portos³⁹ e serviços aéreos.⁴⁰ E, após muitas polêmicas, teve sua constitucionalidade reconhecida pelo STF, quando, p. ex., validou essa flexibilização nos setores de telecomunicações⁴¹ e transporte rodoviário de passageiros.⁴²

Além disso, a própria extensão da monopolização nos vários serviços públicos ou atividades econômicas titularizadas pelo poder público, afora seus limites naturais,⁴³ vem também sendo diminuída pela regulação. Isso vem ocorrendo seja com alguma autonomia para concessionários (p. ex., em petróleo⁴⁴), seja com o reconhecimento de direitos ao autossuprimento, em setores como gás canalizado⁴⁵ e tratamento de efluentes.⁴⁶

Por fim, concluindo aqui o balanço legislativo: a lei mais abrangente sobre contratações estatais (hoje a Lei Federal nº 14.133, de 2021, substituta da Lei nº 8.666, de 1993), voltada aos contratos administrativos ordinários, previu expressamente sua aplicação às parcerias econômicas, mas de modo apenas subsidiário (art. 186 da Lei nº 14.133, de 2021), o que tem valor para, p. ex., reconhecer a inaplicabilidade da autotutela administrativa para a invalidação de parcerias,⁴⁷ bem como discutir interferências administrativas em reajustamentos.⁴⁸

A arquitetura normativa bastante fragmentada das parcerias econômicas se viabilizou porque, embora o Congresso Nacional tenha recebido competência legislativa para editar “normas gerais de contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas” (CF, art. 22, XXVII), não houve, da própria Constituição, uma opção pela uniformização de todas as contratações públicas, o que, de resto, seria difícil de implementar. A generalidade a que se refere o art. 22, XXVII, diz respeito à capacidade de as normas gerais alcançarem indistintamente as contratações federais, estaduais, distritais e municipais, não a uma proibição à heterogeneidade legislativa no tratamento das parcerias.

3.2 Concessões transferidas quando da desestatização de empresas

A forma adotada para a transição, decorrente do ciclo das desestatizações, do modelo de empresas estatais prestadoras para o modelo de concessionárias do setor privado, viria a, naturalmente, propor uma série de discussões jurídicas.

Não era raro que, nas décadas anteriores aos anos 1990, empresas estatais prestassem serviços públicos por delegação feita diretamente por lei ou ato administrativo,

³⁹ SUNDFELD; ROSILHO. A redefinição da poligonal do porto organizado como mecanismo de desenvolvimento do setor portuário, 2015. SUNDFELD; CÂMARA. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias, 2012; Terminais portuários de uso misto, 2008.

⁴⁰ SUNDFELD; CÂMARA. Da regulação política à regulação técnica: o efeito da liberdade empresarial nos serviços públicos, 2009; Regulação do setor aéreo: fundamentos e limites, 2008.

⁴¹ STF. ADI nº 1.668-5-DF, rel. Edson Fachin, j. 1.3.2021.

⁴² STF. ADI nº 5.549-DF, rel. Luiz Fux, j. 29.3.2023.

⁴³ SUNDFELD; SOUZA. Interligação de redes estaduais de gás, 2013.

⁴⁴ STF. ADI nº 3.273-9-DF, rel. Eros Grau, j. 16.3.2005.

⁴⁵ SUNDFELD; CÂMARA. Distribuição de gases industriais não é serviço público estadual, 2015.

⁴⁶ SUNDFELD. Serviço público de saneamento e efluentes industriais, 2021.

⁴⁷ SUNDFELD. Os contratos de concessão e sua anulação, 2001.

⁴⁸ SUNDFELD; SOUZA; ROSILHO. As cláusulas de reajuste nos contratos públicos e a segurança jurídica, 2015.

sem contrato formal com as bases da exploração. As condições de prestação eram fixadas por decisões discricionárias do ente federativo titular dos serviços (por vezes, também controlador da empresa) ou diretamente pela própria empresa prestadora. Assim eram definidos os investimentos em expansão, as tarifas, a qualidade a oferecer etc. Na maior parte das vezes, a delegação também carecia de prazo certo. Nesse modelo, o equilíbrio econômico-financeiro só era aferido *a posteriori*, examinando em retrospectiva os valores investidos e arrecadados – padrão pouco compatível com a transferência da prestação à exploração do setor privado, que demanda mais previsibilidade.

Para as desestatizações, a figura do contrato de concessão foi apropriada como base da estabilidade e da previsibilidade capazes de atrair o setor privado. Em várias ocasiões, desestatizações de empresas de serviços públicos envolveram, como preparação à transferência de controle, fase consistente em, sem licitação, formalizar com a empresa estatal uma concessão já em moldes adequados para a posterior transferência do serviço. No contrato definiam-se a tarifa, as obrigações, a divisão de riscos, o prazo, as condições de prorrogação ordinária e tudo o mais relevante para a exploração privada. Entendeu-se que, a despeito de o art. 175 da Constituição exigir que outorgas de concessões fossem sempre feitas por licitação, essa específica formalização contratual inicial não dependeria de disputa por se tratar de medida de organização interna da Administração Pública (no caso da empresa estatal controlada pelo mesmo ente federativo titular do serviço) ou de arranjo interfederativo para a prestação por empresa controlada por ente federativo diverso do titular do serviço.⁴⁹

Depois de assinado o contrato, ocorria a alienação do controle da empresa estatal, por licitação, sendo a concessão um de seus principais ativos. O processo licitatório de transferência do serviço realizava-se nessa segunda fase. Uma licitação conjugada vendia a estatal e, reflexamente, outorgava ao particular, por transferência, a condição de concessionário.

A solução conjugada para as desestatizações em geral teve fundamento no art. 7º da Lei do Programa Nacional de Desestatização. Especificamente para o setor elétrico, no art. 27 da Lei Federal nº 9.074, de 1995 (uma lei de ajuste da Lei de Concessão). A solução veio a ser questionada quanto à sua constitucionalidade, argumentando-se com a rigidez do art. 175 da Constituição.

O STF, em pelo menos duas oportunidades, entendeu que a alienação, por licitação, do controle acionário de empresa estatal já detentora de contrato de concessão seria suficiente para atender à exigência constitucional de licitação para outorga de serviço público.

Serviços de distribuição de energia elétrica, que constituíam serviços de titularidade da União (CF, art. 21, XII, “b”), haviam sido assumidos por sociedades mistas de Estados da Federação. Depois, diversos deles, com concordância da União, optaram por privatizar essas concessionárias e fizeram licitações. O serviço público federal de distribuição de energia elétrica passou, em função das licitações estaduais, a agentes privados em regime de concessão – sem, portanto, que a outorga viesse de licitação separada, da própria União.

⁴⁹ Para os fundamentos constitucionais dessa solução: SUNDFELD. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual, 2003.

Nesse primeiro caso, o STF, em 2002, ao rejeitar a tese da obrigatoriedade de licitação autônoma, entendeu que a “Carta Federal não define, em si, a modalidade a ser observada. Apenas indica como próprio o procedimento que é o da licitação”, bem como que estaria atendido o “objetivo visado pela norma constitucional, que outro não é senão, em certame no qual guardada absoluta equidistância, venha-se, em face à participação igualitária de terceiros, chegar-se à concessão ou permissão, afastando-se, destarte, tratamento diferenciado e passível de contrariar interesses públicos”. Concluiu que a “solução dada pela lei foi exatamente uma licitação, de acordo com a linha do art. 175 da Constituição, que envolva, simultaneamente, o controle da empresa e a outorga ou prorrogação da concessão. É a única forma de uma empresa pública, exploradora de serviço público, ser privatizada. Uma vez respeitado o processo de licitação para outorga do serviço público, evidentemente só há o caminho do leilão ou da concorrência”.⁵⁰

No segundo caso, a Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei Federal nº 9.472, de 1997) determinara que contratos de concessão de telefonia fixa fossem celebrados diretamente com as empresas que prestavam esses serviços (basicamente estatais federais, integrantes do Sistema Telebrás) e autorizara que, em seguida, o controle acionário fosse transferido mediante leilão – o qual, portanto, abrangeria a transferência indireta das concessões (arts. 186 a 207 da LGT).

Provocado, o STF, em 2007, renovou neste segundo caso sua chancela à solução, afirmando que “as privatizações estando submetidas a processo licitatório que a um só tempo transfere o controle acionário da estatal e preserva a concessão ou delegação do serviço público, não há inconstitucionalidade no preceito impugnado”.⁵¹

3.3 Alongamentos, prorrogações e transferências de concessões

O precedente do setor de telecomunicações tem relevo também por a LGT haver previsto que esses contratos de concessão (formalizados sem licitação com empresas estatais) estariam sujeitos a prorrogação ordinária – a qual, em função do prazo da outorga original, iria ocorrer somente quando as empresas já estivessem privatizadas (art. 207, §1º). A Constituição (art. 175, parágrafo único, I) e a Lei de Concessão (art. 23, XII) admitiam a legitimidade, em princípio, das prorrogações ordinárias das concessões licitadas, mas não faziam referência expressa a contratos de empresas desestatizadas.

O fato de não ter havido licitação exclusiva para a outorga inicial pode em tese suscitar o debate sobre a constitucionalidade de suas prorrogações no futuro. E isso por conta de o STF, em outro caso, ter sido em alguma medida restritivo à prorrogação de concessões não licitadas.⁵²

Na hipótese, tratava-se da Lei nº 11.445, de 2007, que alterara a Lei de Concessão e alongara mais uma vez a permanência de concessões e outras outorgas precárias ocorridas sem licitação *antes da Constituição de 1988*. Em sua redação original de 1995, a Lei de Concessão já havia trazido regra transitória para dar tempo às licitações para substituir essas outorgas precárias (as quais, na data da publicação desta lei, estavam em operação). A regra de transição parecera necessária ao legislador de 1995 para a

⁵⁰ STF. ADI nº 1.582, pleno, rel. Carlos Velloso, unânime, j. 7.8.2002.

⁵¹ STF. ADI nº 1.863, pleno, rel. Eros Grau, unânime, j. 6.9.2007.

⁵² STF. ADI nº 4.058, pleno, rel. Alexandre de Moraes, unânime, j. 19.12.2018.

continuidade da oferta dos serviços até a concessão sob o novo regime constitucional e legal. Não se tratava, portanto, das prorrogações ordinárias de concessões admitidas pela Constituição e reguladas pela legislação geral, mas de um *alongamento excepcional* para permitir a transição para o novo regime constitucional e legal, o que acabou se consolidando.⁵³ Mais de uma década após essa regra de transição, a lei de 2007 viria a alongar novamente, e já agora sem razão específica, a permanência dos prestadores investidos sem licitação. Foi aí que o STF considerou inconstitucional esse *duplo alongamento excepcional de prazo* feito tardia e abstratamente em lei.

Em função de seu objeto muito específico, essa decisão não tem reflexo para o caso das concessões, que, embora originalmente não licitadas quando da outorga a empresas estatais, acabaram transferidas por meio de licitação, em virtude de privatização. Isso porque, em primeiro lugar, o STF, discutindo a exigência do art. 175 da Constituição, equiparou, para todos os fins, as outorgas licitadas autonomamente com as transferências licitadas conjuntamente à privatização. E, em segundo, porque a jurisprudência do STF não foi contrária a prorrogações em geral, mas apenas ao *duplo alongamento excepcional e tardio de prazos*. Segundo essa linha, concessões transferidas nas desestatizações podem sim ser prorrogadas, quando previsto contratualmente.

Outra discussão interessante é quanto às prorrogações das concessões em geral. Quais suas condições, limites e possíveis conteúdos, em especial na modalidade de prorrogação antecipada? O STF discutiu isso em 2020. A resposta, no que aqui interessa, foi sintetizada com o reconhecimento de que a “imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes”. O voto de Gilmar Mendes enunciou os seguintes pressupostos e requisitos como imprescindíveis à validade da prorrogação antecipada de contratos de concessão: 1) contrato de concessão ou permissão vigente e previamente licitado; 2) previsão da prorrogação no contrato e edital; 3) preservação da natureza discricionária da decisão do poder público; e 4) a demonstração da vantajosidade da prorrogação em detrimento de nova licitação.⁵⁴

Outra polêmica quanto às concessões tem a ver com a compatibilidade entre outorga por licitação, que envolve análises do concedente quanto à possível adequação do futuro concessionário, e posterior realização de negócios que levem à transferência total ou parcial, a terceiros, por subconcessão ou transferência, da posição do concessionário.⁵⁵ Quanto a esta última, apesar de comum no mercado e regrada por normas multissetoriais⁵⁶ e setoriais,⁵⁷ teve sua constitucionalidade questionada no STF. Mas este reconheceu sua compatibilidade com a Constituição.⁵⁸

⁵³ Debate relevante é sobre a extensão dos direitos econômicos do prestador por conta dessas relações precárias que vão se prolongando no tempo. SUNDFELD. Direito ao equilíbrio financeiro na prestação precária do transporte coletivo de passageiros, 2016.

⁵⁴ STF. ADI nº 5.991, Pleno, rel. Cármen Lúcia, maioria, j. 7.12.2020. A ADI objetivava a declaração de inconstitucionalidade do inc. II do §2º do art. 6º, dos §§1º, 3º, 4º e 5º do art. 25 e do §2º do art. 30, todos da Lei Federal nº 13.448, de 2017.

⁵⁵ SUNDFELD. Subconcessão e transferência de concessão, 2021.

⁵⁶ SUNDFELD et. al. É constitucional transferir contratos de concessão, 2022.

⁵⁷ SUNDFELD. Transferência de controle de concessionária de telecomunicações, 2005.

⁵⁸ STF. ADI nº 2.946-DF, rel. Dias Toffoli, j. 9.3.2022.

4 Conclusão

Em termos globais há, em toda a legislação sobre parcerias contratuais econômicas, a orientação de buscar o equilíbrio entre os valores públicos e os interesses dos investidores, bem como obter relações jurídicas estáveis e seguras. Isso em certa medida tem ocorrido ou, nas sabotagens administrativas, encontra reparo entre juízes, com base na legislação protetiva. Uma das contribuições para tanto foi a superação de antigas resistências às arbitragens na solução de conflitos entre partes pública e privada das parcerias econômicas.⁵⁹ Arbitragens lidam melhor com situações complexas e especializadas.

Não é exagero reconhecer que a experiência brasileira na aplicação das fórmulas legais das parcerias econômicas tem evoluído e vai adquirindo consistência no tempo.⁶⁰ Assim, parcerias de risco vêm podendo ser utilizadas inclusive em campos novos, diversos dos tradicionais serviços públicos, como implantação de projetos urbanísticos,⁶¹ carnaval de rua⁶² e, em um formato jurídico peculiar, até produção industrial de medicamentos.⁶³ Além disso, o espírito e as soluções das parcerias econômicas em serviços impactam o uso, a exploração econômica e o acesso de empreendedores a bens públicos (ou a bens dos serviços concedidos ou autorizados), hipóteses essas previstas em leis mais tradicionais,⁶⁴ que adquiriram ainda mais fôlego com o ciclo de desestatizações, em exemplos como vias urbanas e redes,⁶⁵ e também aeroportos.⁶⁶

De outro lado, vem crescendo a compreensão das peculiaridades das licitações de contratos de parcerias econômicas,⁶⁷ bem como as alternativas jurídicas para melhorar e facilitar as modelagens de projetos de infraestrutura, inclusive com colaboração de particulares.⁶⁸

Na execução dessas parcerias, a dificuldade prática de o concedente tomar e executar decisões tem sido por vezes superada com a saída de transferir a concessionários inclusive providências envolvendo competências de autoridade, embora ainda hoje se divirja quanto à sua execução privada. Hipótese mais antiga, nem por isso sempre

⁵⁹ SUNDFELD; GABRIEL. Arbitragem no direito público brasileiro em três atos, 2022. SUNDFELD; ROSILHO. Arbitragem na Administração Pública – é hora de parar de resistir, 2017.

⁶⁰ SUNDFELD. Parcerias público-privadas no Brasil e seu procedimento de contratação – desafios do desenvolvimento, 2012.

⁶¹ SUNDFELD. Público e privado no desenvolvimento urbanístico: os desafios jurídicos, 2014.

⁶² SUNDFELD; CÂMARA. Parceria de município com particular para o carnaval de rua, 2019.

⁶³ SUNDFELD; SOUZA. Parcerias para o desenvolvimento produtivo de medicamentos – a questão do preço, 2014; Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações, 2013.

⁶⁴ SUNDFELD; CÂMARA; SOUZA. Servidão de aqueduto em imóvel público, 2013.

⁶⁵ SUNDFELD. Uso dos espaços públicos comuns pelas redes de serviço público, 2015; O compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviço público, 2001. SUNDFELD; CÂMARA. A solução legislativa para a questão do acesso das redes ao espaço público, 2016; Exploração industrial das redes das concessões de telefonia: preços livres ou tarifados, 2010; Reforma das telecomunicações: o problema da implantação das novas redes, 1999. SUNDFELD; ROSILHO. É viável cobrar pelo acesso direto e especial de estabelecimento às rodovias?, 2015. SUNDFELD; SOUZA. Instalação e remanejamento de redes no domínio público municipal, 2003.

⁶⁶ SUNDFELD; CÂMARA. Regulação e concorrência no acesso a áreas e no compartilhamento de instalações em aeroportos, 2015.

⁶⁷ SUNDFELD; PALMA. Dinâmica de preparação do edital, 2017.

⁶⁸ SUNDFELD; MONTEIRO; ROSILHO. A estruturação das concessões por meio de parceria com particulares autorizados (art. 21 da Lei nº 8.987/1995), 2017.

tranquila, é a transferência da execução de desapropriações.⁶⁹ Hipótese para o futuro é a transferência do exercício do chamado poder de polícia.⁷⁰

Apesar do otimismo com a situação atual das parcerias econômicas, ainda há problemas. Pesquisas apontam a persistência de excesso de Estado afetando sua celebração, execução e gestão;⁷¹ a inconsistência jurídica ao longo do tempo de certos programas governamentais setoriais (ex.: rodovias);⁷² a repetição de conflitos não resolvidos de transição regulatória (p.ex., entre saneamento e geração hidroeétrica⁷³); e, pelo ângulo do pensamento jurídico, o persistente hábito das generalizações jurídicas, com incompreensão de especificidades de outorgas setoriais ou peculiares (p. ex., na reversão de bens em telecomunicações,⁷⁴ na duração e prorrogação das outorgas minerárias⁷⁵ e, ainda, em certos arrendamentos específicos no setor portuário⁷⁶).

Referências

SUNDFELD, Carlos Ari; TRISTÃO, Conrado. Empresas com participação estatal e o controle de contas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, v. 283, n. 1, jan./abr. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo de punir o tempo leva. In: OSORIO, Aline; MELLO, Patrícia Perrone Campos, BARROSO, Luna van Brussel (coord.). *Direitos e democracia: 10 anos do Ministro Luís Roberto Barroso no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 311-328.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Conflito de competências federativas e mútua deferência na organização de serviços públicos. In: KUYVEN, Fernando (coord.). *Novas perspectivas do direito empresarial: 90 anos do prof. Modesto Carvalhosa*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 949-962.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Regime das contratações de consórcios integrados por empresas estatais. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; BROCHADO, Mariah (org.). *Direito administrativo entre tradição e transformação: os desafios da gestão pública no Estado de Direito contemporâneo. Uma homenagem a Cristiana Fortini*. Belo Horizonte: Dialética, 2023, p. 363-382.

SUNDFELD, Carlos Ari; NEVES, Camila de Castro. A nova LINDB e os movimentos de reforma do direito administrativo, 2023. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 126, 2023. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/1075>. Acesso em: 18 jan. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; CÂMARA, Jacintho Arruda; ROSILHO, André. Aplicabilidade da Lei Paulista de Prorrogação Antecipada de Contratos de Parceria às concessões de rodovia. In: DAL POZZO, Augusto Neves; ENEL, José Virgílio Lopes (org.). *Tratado sobre o setor de rodovias no Direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 373-397.

⁶⁹ SUNDFELD. Contratos públicos de infraestrutura, 2015. SUNDFELD; CÂMARA; SOUZA. Desapropriação em favor de particular: proibição, limites e possibilidades, 2012.

⁷⁰ SUNDFELD. Empresa estatal pode exercer o poder de polícia, 1993.

⁷¹ SUNDFELD. Uma inovação legislativa geral para combater excessos de Estado nos projetos de infraestrutura, 2018; Reforma jurídica para o desenvolvimento da governança da ordenação pública econômica no Brasil, 2020.

⁷² SUNDFELD; JURKSAITIS. Concessão de rodovias e desenvolvimento – a inconsistência jurídica dos programas, 2015.

⁷³ SUNDFELD. Prioridade legal do abastecimento público e geração hidrelétrica, 2017.

⁷⁴ SUNDFELD; CÂMARA. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral, 2016; O serviço telefônico fixo e a reversão de bens, 2004.

⁷⁵ SUNDFELD; CÂMARA. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos, 2013.

⁷⁶ SUNDFELD; SOUZA; JURKSAITIS. Arrendamento portuário para fins não públicos, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* É constitucional transferir contratos de concessão. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* *Publicistas: Direito Administrativo sob tensão*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 263-267.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Empresas estatais e contratos sem licitação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 20, n. 78, p. 9-22, abr./jun. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari; GABRIEL, Yasser. Arbitragem no direito público brasileiro em três atos. *In:* MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt *et al.* (org.). *Arbitragem e processo: homenagem ao professor Carlos Alberto Carmona*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, v. 1, p. 255-270.

SUNDFELD, Carlos Ari. Subconcessão e transferência de concessão. *In:* TELLES, Cristina; PIRES, Thiago Magalhães; CORBO, Wallace (coord.). *O Direito Público por elas: homenagem à professora Patrícia Baptista*. São Paulo: Lumen Juris, 2021, p. 97-110.

SUNDFELD, Carlos Ari. Concessões ferroviárias e “jus variandi” das concessionárias. *In:* TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. *Direito e infraestrutura: rodovias e ferrovias – 20 anos da Lei nº 10.233/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, v. 2, p. 25-43.

SUNDFELD, Carlos Ari; PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. Lei Geral das Agências: os avanços na governança regulatória e o que ficou por fazer. *In:* MATTOS, César (org.). *A revolução regulatória na nova Lei das Agências* [livro eletrônico]. São Paulo: Singular, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviço público de saneamento e efluentes industriais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 19, n. 76, p. 29-41, out./dez. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma jurídica para o desenvolvimento da governança da ordenação pública econômica no Brasil. *In:* MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. *Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva*. Curitiba: Íthala, 2020, p. 51-62.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A carona em veículos e sua intermediação por aplicativos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 65, n. 1, p. 59-79, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67275>. Acesso em: 18 jan. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André; GABRIEL, Yasser. Serviço privado de transporte por fretamento e sua intermediação por aplicativos. *Revista do Direito da Universidade Santa Cruz do Sul*, v. 3, n. 62, set./dez. 2020. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/issue/view/679>. Acesso em: 18 jan. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Parceria de município com particular para o carnaval de rua. *Revista Síntese Licitações, Contratos e Condições*. São Paulo, vol. 9, n. 52, p. 30-35, ago./set. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A concessão de bem público como parceria de investimentos no setor aeroportuário. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 97-107, jan./mar. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Regulação e novas tecnologias: a oferta de TV pela internet. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 21, n. 117, p. 219-233, set./out. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Serviços privados de transporte individual e a reforma de 2018 na Lei de Mobilidade Urbana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 1010, ano 108, p. 231-242, dez. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Serviços privados de transporte individual na Lei Nacional de Mobilidade Urbana. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 2, p. 971-987, 2018. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2018.32315>.

SUNDFELD, Carlos Ari. Uma inovação legislativa geral para combater excessos de Estado nos projetos de infraestrutura. *In:* QUIRINO, Carina de Castro; MENDONÇA, José Vicente Santos de; BAPTISTA, Patricia Ferreira (org.). *Inovações no Direito Público*. Curitiba: CRV, 2018, p. 71-86.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-54, jan./mar. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Liberdade econômica e limites constitucionais à regulação dos serviços privados de transporte. *Revista Direito Fundamentais & Democracia*, Curitiba, vol. 23, n. 3, set./dez. 2018. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1247>. Acesso 18 jan. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito à fruição “in natura” da concessão pública e a sua expropriação indireta abusiva. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 251-261.

SUNDFELD, Carlos Ari. O desenvolvimento futuro das telecomunicações brasileiras e o papel das concessões. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 211-221.

SUNDFELD, Carlos Ari; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Dinâmica de preparação do edital. In: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler (coord.). *Direito da infraestrutura*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, série GVlaw, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. Prioridade legal do abastecimento público e geração hidrelétrica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 361-380, jan./abr. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. A estruturação das concessões por meio de parceria com particulares autorizados (art. 21 da Lei nº 8.987/1995). *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, v. 275, p. 41-66, maio/ago. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Arbitragem na Administração Pública – é hora de parar de resistir. *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*, Curitiba, n. 285, p. 1074-1078, nov. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 2, p. 149-174, maio/ago. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Desafios do Governo Temer para recuperar a regulação e as parcerias: as respostas da MP 727. *Direito do Estado*. Seção Colunistas. Publicado em 18.05.2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/carlos-ari-sundfeld/desafios-do-governo-temer-para-recuperar-a-regulacao-e-as-parcerias-as-respostas-da-mp-727>. Acesso em: 18 jan. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorização de uso em telecomunicações: a questão do prazo para requerer a prorrogação. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, São Paulo, ano 4, vol. 24, p. 87-95, maio/jun. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito ao equilíbrio financeiro na prestação precária do transporte coletivo de passageiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 61-77.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A solução legislativa para a questão do acesso das redes ao espaço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 111-121, jun./set. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratos públicos de infraestrutura. In: COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da; SCHAPIRO, Mario G. (coord.). *Direito Econômico Atual*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 3-17.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS. Concessão de rodovias e desenvolvimento – a inconsistência jurídica dos programas. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho, FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 414-423.

SUNDFELD, Carlos Ari. Uso dos espaços públicos comuns pelas redes de serviço público. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca et al. (coord.). *Estado e propriedade: estudos em homenagem à professora Maria Coeli Simões Pires*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 181-199.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A redefinição da poligonal do porto organizado como mecanismo de desenvolvimento do setor portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 314-333.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; ROSILHO, André. As cláusulas de reajuste nos contratos públicos e a segurança jurídica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 215-236.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Regulação e concorrência no acesso a áreas e no compartilhamento de instalações em aeroportos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 89-98, abr./jun. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. É viável cobrar pelo acesso direto e especial de estabelecimento às rodovias? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Fórum, ano 13, n. 51, p. 39-55, jul./set. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA. Distribuição de gases industriais não é serviço público estadual. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 13-24, jul./dez. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Público e privado no desenvolvimento urbanístico: os desafios jurídicos. In: LAZZARINI, Sergio (org.). *Arq. Futuro – financiamento da inovação urbana: novos modelos*. São Paulo: Bei, 2014, p. 44-54.

SUNDFELD, Carlos Ari. O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos: centralizar para privatizar? In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei n. 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 25-31.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Parcerias para o desenvolvimento produtivo de medicamentos – a questão do preço. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 109-122, jan./mar. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 97-128.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo contratual*, coleção Pareceres, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*, coleção Pareceres, vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Interligação de redes estaduais de gás. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 89-120, abr./jun. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Alteração nas regras da concessão sobre reajuste tarifário. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 15-24, jul./ago. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Servidão de aqueduto em imóvel público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, São Paulo, ano 1, vol. 2, p. 41-51, set./out. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, vol. 264, p. 91-133, set./dez. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias público-privadas no Brasil e seu procedimento de contratação – desafios do desenvolvimento. In: SCHIAVI, Pablo (coord.). *Estudios de derecho administrativo*, Uruguay, n. 6, p. 127-144, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Rapport brésilien – action publique et concurrence: les tensions du droit public brésilien. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne et al. (coord.). *Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et compares*. Bruxelas/França: Bruylant Éditions, 2012, p. 799-819.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Desapropriação em favor de particular: proibição, limites e possibilidades. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 85-106, jan./mar. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Arrendamento portuário para fins não públicos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, p. 37-46, jan./mar. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 9-26, jan./mar. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; MOTTA PINTO, Henrique. Empresas semiestatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 75-99, out./dez. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. A encampação na concessão: procedimento e indenização. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao prof. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27-47.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 15-44.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação. In: VALDIVIA, Diego Zegarra; ONETO, Víctor Baca (coord.). *La ley de procedimiento administrativo general. Diez años después: libro de ponencias de las jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Peru, Lima: Palestra Editores, 2011, p. 189-210.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Exploração industrial das redes das concessões de telefonia: preços livres ou tarifados. *Revista de Direito das Comunicações*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 31-43, jan./jun. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Quanto reformar do direito brasileiro do petróleo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 29-37, jan./mar. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Queda das barreiras regulatórias ao ingresso de novas operadoras de TV a cabo. *Revista de Direito da Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 33-51, jul./dez. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Da regulação política à regulação técnica: o efeito da liberdade empresarial nos serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 55-63, abr./jun. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Silêncio administrativo e renovação de autorizações de uso de radiofrequência: o caso MMDS. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-24, jan./jun. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Regulação do setor aéreo: fundamentos e limites. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, ano III, n. 35, p. 7-15, nov. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso misto. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 59-74, jul./set. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária. In: OLIVEIRA, Riccio de; MARTINS, Farlei (coord.). *Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 25-44.

SUNDFELD, Carlos Ari. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 55-84, jan./jun. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 605-636.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre o Estado e cidadão. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. A regulação do serviço privado de distribuição de água. *Revista Regulação Brasil*, Porto Alegre, n. 1, ano 1, p. 43-68, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Transferência de controle de concessionária de telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 77-85, abr./jun. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O serviço telefônico fixo e a reversão de bens. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 134-159.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação das telecomunicações – papel atual e tendências futuras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (org.). *Direito e regulação no Brasil e nos Estados Unidos da América*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 111-122.

SUNDFELD, Carlos Ari. Autorização de serviços de telecomunicações: os requisitos para sua obtenção. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 193-211, jan./mar. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*, Curitiba, n. 109, ano X, p. 216-220, mar. 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA. Instalação e remanejamento de redes no domínio público municipal. *Revista de Direito Municipal – RDM*, Belo Horizonte, ano 4, n. 9, p. 11-39, jul./set. 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Agências reguladoras. In: IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, 2002. *Anais [...]*. *Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, p. 437-442, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Tarifas dos serviços de telecomunicações e direitos do consumidor. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 18, ano 2, p. 1018-1026, ago. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. O CADE e a competição nos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, n. 33, p. 52-57, jan./mar. 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Os contratos de concessão e sua anulação. *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*, Curitiba, n. 85, ano VIII, p. 186-189, mar. 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. O compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviço público. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, n. 8, vol. 1, p. 1022-1029, out. 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*, coleção Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 385-396.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*, coleção Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 317-328.

SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*, coleção Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 264-285.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 17-36.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*, coleção Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 17-38.

SUNDFELD, Carlos Ari. Agências reguladoras e os novos valores e conflitos. In: XVII Conferência Nacional da OAB – justiça: realidade e utopia, set., 1999. *Anais [...]*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal, 2000, p. 1291-1297.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Reforma das telecomunicações: o problema da implantação das novas redes. *Revista Interesse Público*, São Paulo, n. 2, ano 1, p. 30-49, abr./jun. 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. Agências reguladoras de serviço público. In: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC (coord.). *10 anos de Constituição: uma análise*. São Paulo: ed. Celso Bastos, 1998, p. 132-138.

SUNDFELD, Carlos Ari. O novo regime dos serviços de telecomunicações. *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*, Curitiba, suplemento especial, n. 1, p. 30-34, abr. 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. A concessão de energia elétrica – desafios atuais. *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*, Curitiba, n. 28, ano III, p. 410-417, jun. 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. Empresa estatal pode exercer o poder de polícia. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, NDJ, n. 2, ano IX, p. 98-103, fev. 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 298, p. 99-106, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. Procedimentos administrativos de competição. *Revista de Direito Público – RDP*, São Paulo, n. 83, ano XX, p. 114-119, jul./set. 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público – RDP*, São Paulo, n. 84, ano XX, p. 64-74, out./dez. 1987.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. Balanço do Direito Administrativo brasileiro das parcerias econômicas. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 507-524. ISBN 978-65-5518-820-2.

PRINCÍPIO DA FACTIBILIDADE E OS DEVERES DE PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E ELETRONIFICAÇÃO NAS LICITAÇÕES

MURILO MELO VALE

1 Introdução

O presente artigo busca demonstrar e fundamentar a existência de um princípio de factibilidade, de natureza interpretativa, que demonstra a necessidade de adoção de todas as medidas factíveis ao gestor, que sejam maximizadoras dos princípios que guarnecem os fundamentos da licitação, no caso, o princípio da publicidade, transparência e eletronificação.

A evolução histórica do instituto da licitação sempre esteve, de forma inarredável, vinculada com o dever do administrador de otimizar, ao máximo, os mecanismos de publicidade. Neste aspecto, os meios digitais, criados e possibilitados a partir da nova era da informática, evidenciam sempre novos caminhos possíveis para que, através de processos de eletronificação, seja possível homenagem aos objetivos da licitação, aqui consubstanciados pelo viés financeiro e republicano. A publicidade é o exemplo mais evidente disso, especialmente, em razão do duplo aspecto inerente a esse princípio, que está atrelado ao controle e ao aumento da competitividade.

Ao conduzir um procedimento licitatório, um gestor público tem que ter, como ponto de partida, o fato de que todo o procedimento legal é criado para fins de buscar melhor atender aos objetivos licitatórios. Neste aspecto, vários princípios típicos da licitação também se voltam a tentar maximizar tais finalidades do certame. Por isso, em situações em que o gestor possa incrementar ainda mais esses objetivos, para situações não descritas nas regras objetivas definidas em Lei para esse desiderato, é questionável, juridicamente, à luz do ideal de maximização dos objetivos licitatórios, que o gestor se mantenha inerte frente à oportunidade de maior competitividade, maior economicidade ou maior publicidade.

Assim, o princípio da factibilidade tem que ser demonstrado, primeiramente, pela compreensão da relação dos princípios da publicidade, transparência e eletronificação com os objetivos financeiros e republicanos da licitação. E isso pode ser visualizado tanto na análise da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) como, também, pela evolução histórica do instituto, tal como se irá expor.

Espera-se que, com a real compreensão do ideal de factibilidade nas licitações, novas e eficientes práticas de gestão possam ser concebidas e estimuladas em benefício de um processo licitatório mais eficiente e moderno.

2 Enquadramento dos princípios da publicidade, transparência e eletrônica nos fundamentos da licitação.

2.1 Para o que serve uma licitação? Panorama dos fundamentos e objetivos da licitação

A Constituição da República de 1988, em seu art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de realização de processo de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. Este é o fundamento constitucional do dever de se realizar licitação.

Contudo, mesmo se a Constituição nada mencionasse, expressamente, sobre o dever de realizar licitações, não há dúvidas de que tal procedimento deveria ser, obrigatoriamente, seguido pela função administrativa em razão de finalidades específicas que fundamentam o porquê de o Poder Público realizar licitações.

Enfim, para que serve uma licitação? Ou seja, quais são os seus objetivos? A NLLC, em seu art. 11, elenca, neste aspecto, os seguintes objetivos da licitação:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Os objetivos licitatórios, trazidos na NLLC, em sintonia com outras leis licitatórias, evidenciam aspectos finalísticos da licitação que estão vinculados com propósitos estatais, estruturadores do próprio regime jurídico-administrativo.

O consagrado pilar da “indisponibilidade do interesse público” traz, em sua essência, o múnus público da gestão da coisa pública, cujo destino não lhe pertence, por ser alheia aos seus interesses egoísticos, resultando, então, na premissa de que o interesse público é indisponível.

Logo, a grosso modo, pode-se dizer que a indisponibilidade do interesse público envolve deveres, mais alargados e potencializados, os quais são inerentes à gestão da coisa alheia. Neste aspecto, qualquer pessoa que tem o dever de gestão de bens e interesses que não são disponíveis é submetida a uma obrigação em comum: a *obrigação do zelo*. O agente público, na gestão daquilo que não lhe pertence (interesse público), deve, portanto, realizar todas as medidas possíveis de serem tomadas, com vistas à preservação e à conservação do bem gerido. Isso é o que é exigido, *mutatis mutandi*, aos deveres do tutor, com os bens do tutelado; do curador, com os bens do curatelado; do síndico condômino, com os bens do condomínio; ou do administrador, com os bens da sociedade.

É bem verdade que o interesse e patrimônio públicos são mais complexos e relevantes do que outros bens privados, razão pela qual a obrigação de “zelo” determina a procedimentalização de mecanismos aptos a resguardarem a boa gestão da coisa pública.

Daí se pode retirar a primeira conclusão do fundamento do dever de licitar: trata-se de um mecanismo apto a garantir que o Estado realize despesas com contratações da forma mais vantajosa possível. Este é o objetivo primário da licitação, representado como uma *premissa financeira*. Ora, a licitação existe como mecanismo de otimização da busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Neste aspecto, é relevante ressaltar que, em seus primórdios, a “licitação” não era um tema de interesse do Direito Administrativo e, sim, do *Direito Financeiro*: as licitações, antes chamadas apenas de “concorrência”, passaram a ser regulamentadas, em suas origens, pelo *Código de Contabilidade Pública da União* (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922).

Contudo, mesmo se estivesse diante de uma rigorosa pesquisa de mercado que indicasse o fornecedor – ou prestador de serviços – detentor da proposta mais economicamente vantajosa do mercado, ainda assim a licitação seria medida obrigatória também em função de um objetivo secundário, representado por um *ideal republicano*: o de oportunização de todos contratarem com a Administração Pública. Este objetivo, intimamente conectado com o princípio da isonomia, é que traz contornos para o dever principiológico de que a Administração Pública tome medidas que ampliem, ao máximo, a concorrência (princípio da ampla concorrência). Quanto maior a concorrência, mais prestigiado será o princípio da isonomia (maior oportunidade de todos contratarem com o Poder Público), bem como maior será a probabilidade de se candidatarem propostas mais vantajosas para o Estado (busca da proposta mais vantajosa).

Ao lado desses propósitos licitatórios, mais recentemente, diante da grande representatividade gerada pelas licitações, reconheceu-se outro objetivo secundário pertinente ao procedimento, o qual está vinculado a uma *ideia instrumental a outras missões públicas*. Trata-se de considerar a licitação como um mecanismo de política pública, destinado a exercer propósitos não financeiros. Não há dúvidas de que o Poder Público, considerado em sua totalidade, é o maior “comprador” no mercado. Ou seja, por ser o sujeito dotado do maior poder de compra, novas – e cada vez mais inovadoras – práticas de gestão têm alavancado medidas de utilização da licitação como um mecanismo de fomento e repressão de condutas indesejadas, sob o viés de suas missões constitucionais. Neste aspecto, a Administração Pública é instigada a usar a licitação como mecanismo de fomento ao desenvolvimento de microempresas e empresas de pequeno porte,¹ de instrumento de indução à probidade administrativa,² de indução ao cumprimento de direitos sociais,³ de indução ao desenvolvimento econômico sustentável,⁴ etc.

¹ Este é o caso das regras preferenciais para microempresas e empresas de pequeno porte definidas na Lei Complementar nº 123/2006, como ocorre com o empate ficto e licitações exclusivas para esse tipo de empresas.

² Por exemplo, a Lei nº 14.133/2021 estabelece a obrigatoriedade de implementação de programa de integridade pelo licitante vencedor em obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (art. 25, §4º), bem como estabelece que a existência de programa de integridade consubstancia critério de desempate de propostas comerciais (art. 60, IV). Neste ponto, não se pode olvidar que a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) também já homenageava a necessidade de se observarem padrões de integridade, como se verifica do disposto no art. 32, inciso V.

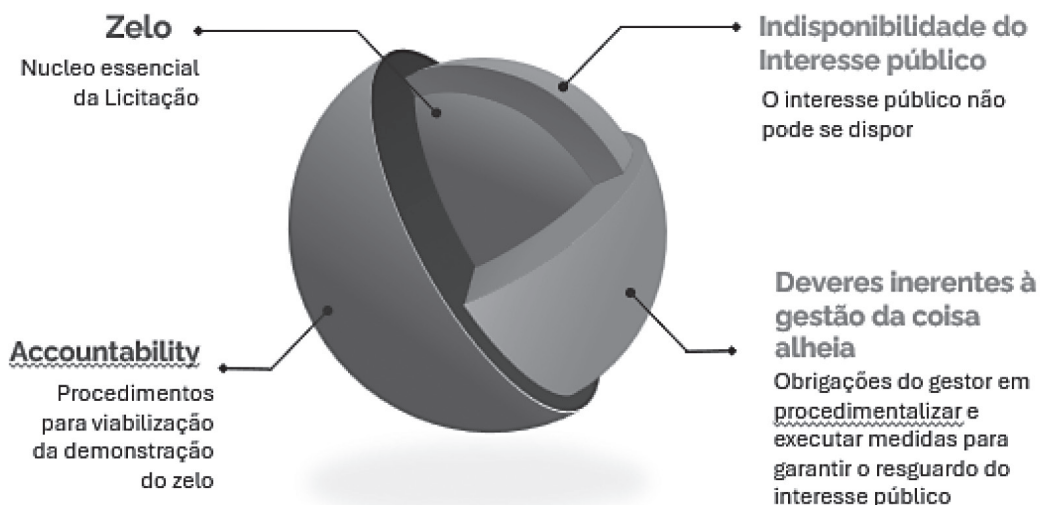
³ A Lei nº 14.133/2021 proíbe a participação de pessoa que tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista, como meio de indução à não realização da prática (art. 14, VI). Além disso, estabelece a possibilidade de exigir percentual mínimo de mão de obra responsável constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e oriundos e egressos do sistema prisional (art. 25, §9º).

⁴ Uma grande inovação da Lei nº 14.133/2021 foi ter ampliado as hipóteses de utilização da licitação como instrumento fomentador da sustentabilidade. Neste aspecto, estabeleceu que o ciclo de vida do produto é um

Ao lado do ideal republicano e da ideia instrumental conferida às licitações, o objetivo das licitações, enquanto premissa financeira assume maior proeminência por estar mais atrelado ao preceito de que não se pode dispor do interesse público. Neste sentido, é razoável entender que o zelo é o núcleo essencial da licitação, o qual é envolvido pelo pilar da indisponibilidade do interesse público. Em razão da obrigação de zelo – decorrente do caráter indisponível dos interesses públicos envolvidos –, a Administração tem a obrigação de se contornar com os deveres inerentes à gestão da coisa alheia, que envolve o dever de procedimentalizar e executar medidas para garantir o resguardo do interesse público.

É nessa relação simétrica que se encaixam os princípios da publicidade, da transparência e da eletrônica das licitações. Dar publicidade, transparência e a consequente eletrônica, como será mais bem exposto, é medida necessária para viabilizar a demonstração da efetivação dessa obrigação de zelo, bem como servir de força motriz para sua persecução, tal como pode ser representado pela figura:

Figura 1 – Representação do núcleo da licitação e valores conexos (autoria própria)



componente da vantajosidade, tal como estabelece o art. 11, I, *in verbis*: “art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”. Neste aspecto, segundo o art. 34, da Lei nº 14.133/2021, o ciclo de vida é previsto como possível variável que compõe os custos indiretos da proposta a serem considerados, a critério da autoridade administrativa, no julgamento pelo critério de menor preço ou maior desconto. Além disso, estabeleceu-se que pode ser criada margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, no art. 26, II c/c §1º.

2.2 Antecedentes e histórico do princípio da publicidade nas licitações

O princípio da publicidade e sua relação com certames públicos – mesmo que em contextos históricos bem diversos – possui antecedentes na Roma Antiga. A licitação, ao contrário do que se possa imaginar, não é um produto da modernidade; ela já era um instrumento utilizado, até mesmo, no Direito romano. Segundo Edmir Netto de Araújo,⁵ há relatos de regras para disciplinar a alienação de despojos de guerra, de onde surgiu o nome “hasta” pública, bem como, na Idade Média, quando existia o sistema da “vela e pregão”, nos quais o recebimento das propostas era possível enquanto uma vela estava acesa, adjudicando o melhor preço quando a vela se apagasse.

Sem precisar perpassar todas as fases da história escrita da humanidade, sabe-se que o instituto da licitação teve um papel crescente no funcionamento da função administrativa, até mesmo em regimes não republicanos, diante da utilidade financeira para os fins a que se pretende. E, em um cenário de demanda crescente por contratos governamentais, sua premissa financeira é incontestável.

No Brasil, o primeiro diploma legal sobre licitações foi o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que estabelecia o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas da Corte. Logo em seu artigo 1º, estabeleceu-se o preceito da publicidade como mecanismo para o bom funcionamento do certame. Neste aspecto, obrigou-se que o governo imperial “fará publicar anúncios, convidando concorrentes”, fixando prazo para a apresentação de propostas. Em sintonia com o aspecto instrumental à licitação, pertinente aos princípios da publicidade e transparência, o artigo 2º estabeleceu a obrigação de as amostras dos produtos pretendidos e os projetos das obras requisitadas constarem em local acessível a todos os interessados.⁶

Durante a fase republicana, em seguida, por muito tempo, a licitação foi regida, como já mencionado, pelo Código de Contabilidade Pública da União (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922), revelando o interesse no instituto para a tema do Direito Financeiro. Neste aspecto, é notável que a publicidade sempre foi a regra para a instauração de qualquer concorrência pública, sendo, essa, necessária para as aquisições governamentais. Neste caso, o artigo 50 dispunha que a concorrência seria feita por meio de publicação no Diário Oficial e Jornais Oficiais dos Estados, sendo dispensável a concorrência quando, “por circunstâncias imprevistas ou de interesse nacional”, não fosse permitida a publicidade (artigo 51). Essa disposição sobre publicidade e sua relação com a dispensa da concorrência evidencia que a publicidade, ainda em seus primórdios no Direito brasileiro, já se revelava como instrumento essencial para a consecução dos objetivos da licitação, não se tratando, neste caso, de mero preceito republicano.

Na sequência, após a vigência do Decreto-lei nº 200/1967, ficou claro que a publicidade era mais que um valor, mas um instrumento necessário como estímulo à competitividade. O artigo 129 desse diploma normativo estabeleceu que a publicidade das licitações “será assegurada” com as medidas ali disciplinadas. Todavia, o parágrafo

⁵ Cf. ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 525.

⁶ Cf. BRASIL. *Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862*. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Legislação Informatizada. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>. Acesso em: 29 fev. 2024.

único do mesmo dispositivo estabeleceu que “a Administração poderá utilizar outros meios de informação ao seu alcance para maior divulgação das licitações, *com objetivo de ampliar a área de competição*”. Ou seja, reconheceu-se, de forma expressa, o que já era evidente, que a publicidade é mecanismo necessário para o melhor atingimento dos objetivos financeiros da licitação.

Na legislação brasileira, até então, a publicidade era uma obrigação inerente ao instituto da licitação. A partir da vigência do Decreto-lei nº 2.300/1986, a publicidade assumiu o *status* de “princípio”, tal como se verifica do seu art. 3º. Através da Lei nº 8.666/1993, houve a ampliação dos mecanismos de publicidade, por exemplo: (i) com a ampliação das informações sobre compras efetivadas, visando a um ideal de controle (artigo 16); (ii) a necessidade de prévia audiência pública em caso de licitações de grande valor, representando o ideal de ampliação da publicidade e do controle (artigo 39); (iii) o dever de publicidade em jornais de grande circulação, visando maior publicidade (artigo 21), dentre outros.

Durante a meia-vida da Lei nº 8.666/1993, especialmente a partir de 2000 em diante, foi notável a evolução da comunicação na mais nova era informativa, diante das facilidades proporcionadas pela internet. Tais novos mecanismos facilitaram, de forma incontestável, o acesso à informação e, em especial, a publicidade e transparência. Por isso, muitos entendimentos surgiram sobre a necessidade de a Administração Pública avançar nos mecanismos de publicidade, como mera repercussão do dever inerente a este princípio, mesmo sem regra previamente estabelecida na Lei nº 8.666/1993.

A novel Lei nº 14.133/2021 (NLLC) buscou incorporar muitas das práticas de gestão já exigidas, para otimização do princípio da publicidade, através de inúmeros mecanismos de ampliação da transparência, publicidade e eletronificação, citando, como mais relevantes: (i) o estabelecimento de processos eletrônicos como prioritários, (ii) a centralização de repositórios eletrônicos para atendimento aos benefícios da padronização, eficiência e publicidade; (iii) o estabelecimento de obrigações de adoção de diversos ritos eletrônicos e digitais e de obrigações de publicidade de atos e informações nos sítios eletrônicos oficiais.

2.3 O duplo aspecto do princípio da publicidade, transparência e eletronificação e o ciclo da retroalimentação na licitação

O artigo 5º⁷ da NLLC traz um extenso rol de princípios da Administração Pública que serão aplicáveis aos processos licitatórios. Muitos deles são princípios típicos da função administrativa, sendo aplicáveis a toda a esfera da Administração (p. ex., legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, segurança jurídica, razoabilidade, proporcionalidade, celeridade, etc.).

⁷ “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).”

Contudo, existem outros princípios que, normalmente, são identificados como princípios típicos do processo licitatório (padronização, julgamento objetivo, competitividade, economicidade, vantajosidade, vinculação ao edital, parcelamento).

Nesse rol de princípios, em linha com o que já se desenvolveu, o princípio da publicidade assume um caráter especial, pois tanto é um princípio aplicável a toda a função administrativa assim como se enquadra como um princípio licitatório com características próprias.

No âmbito da Administração Pública, usualmente, se identifica, no princípio da publicidade, o caráter de instrumento democrático, necessário para que os cidadãos possam exercer melhor controle sobre o Poder Público. Isso fica evidente na conceituação do princípio trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos, Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.⁸

No âmbito da licitação, o ideal republicano de publicidade reporta sua utilidade especialmente no controle social e externo para fiscalização no tocante a contratações malfeitas ou ímprobas, que geram malversações do erário público. Contudo, o princípio da licitação assume um papel de destaque como princípio instrumental, pois representa a força motriz para a competitividade, o que, por sua vez, é força motriz para a busca da proposta mais vantajosa. Oportunidade envolve conhecimento. Neste aspecto, a publicidade é receita essencial para aumentar o espectro de potenciais concorrentes. E isso ocorre não apenas no âmbito do setor público, mas também no setor privado. Seja para alguém que queira vender algo ou para vendas e aquisições por grandes corporações, a publicidade é essencial para o atingimento dos objetivos de busca da proposta mais vantajosa.

Fica visível, por isso, o duplo aspecto do princípio da publicidade e seu papel como engrenagem para a retroalimentação dos fundamentos da licitação.

Por um lado, a publicidade é instrumento indutor da competitividade e da vantajosidade (*premissa financeira*). Quanto maior a publicidade, maior será: (i) a possibilidade de ampliação do leque de potenciais interessados; (ii) a oportunidade da participação dos interessados em contratar com a Administração Pública (princípio da isonomia); (iii) maior a competitividade de propostas; (iv) maior a probabilidade de recebimento de propostas mais adequadas aos interesses da Administração.

Por outro lado, a publicidade também é instrumento indutor do controle e da isonomia competitiva (*ideal republicano*). Quanto maior a publicidade, maior será: (i) a possibilidade de aferição da regularidade de propostas e condutas; (ii) a possibilidade de mitigação de dispêndios desnecessários (indisponibilidade do interesse público); (iii) a possibilidade de lisura e isonomia concorrencial; e (iv) a possibilidade de ampliação da concorrência e da vantajosidade.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 114.

Figura 2 – Duplo aspecto da publicidade e ciclo da retroalimentação (autoria própria)



Neste aspecto, nenhuma exceção à publicidade descrita no artigo 13 da Lei nº 14.133/2021 possui o condão de afastar esse ciclo da retroalimentação, pois o diferimento somente poderá ocorrer quanto ao conteúdo da proposta, até o momento de sua abertura, ou, quanto ao orçamento da Administração, como forma de induzir comportamentos ótimos na apresentação das propostas comerciais pelos demais concorrentes.

Dessa forma, considerando que a transparência e a eletronificação são decorrências do exercício do dever de publicidade – sem prejuízo da homenagem a outros princípios, tal como o princípio da eficiência –, não há como olvidar a relação direta entre a necessidade de se incrementar, sempre que possível, tais deveres (publicidade/transparência/electronificação) com vista a atender à premissa financeira da licitação. Com efeito, quando a NLLC determina que haja, preferencialmente, a adoção do sistema eletrônico para realização das sessões públicas (artigo 17, §2º), busca-se ampliar o alcance dos potenciais concorrentes; quando determina a centralização de procedimentos e de publicidade no “Portal Nacional de Contratações Públicas” (artigo 174), a NLLC pretende ampliar o alcance das licitações; quando determina que todos os elementos do edital devem constar em repositórios de sítios eletrônicos (artigo 25, §3º), a NLLC pretende facilitar, mediante maior transparência, a participação de concorrentes em localidades mais distantes.

A eletronificação também é instrumento de emparelhamento visando a eficiência administrativa. Usa-se, por exemplo, dos repositórios eletrônicos como mecanismos indutores da padronização e da centralização de procedimentos, o que representa recomendações de boas práticas de gestão licitatórias, considerando a predisposição à especialidade, à possibilidade de rápido saneamento de falhas, à previsibilidade de

condutas administrativas, dentre outros benefícios direcionados para a eficiência da concorrência e, assim, a otimização dos resultados.

A eletronificação, na funcionalidade de otimização da publicidade e transparência, serve-se também de plataforma que pode servir de fonte importante de informações aos gestores públicos. Neste caso, o conhecimento das demandas e informações de cidadãos não é, apenas, um caminho para a legitimidade democrática do gasto, mas, também, uma fonte importante para subsidiar informações do gestor, na definição de suas necessidades e efetividade de determinados gastos. Isso é permitido, cada vez mais, com a instituição da audiência pública eletrônica (permitindo maior número de contribuições), a previsão de mecanismos de acesso a processos de padronização, a implementação de sistema de cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, pertinente ao registro cadastral (forma de melhor avaliar a aptidão do contratado), possibilidade de realização de processo eletrônico de comunicação a distância, para realização de sua habilitação nos certames, dentre outros exemplos.

Ainda, a eletronificação viabiliza maior publicidade e transparência, o que pode gerar mais eficiência na orçamentação, reduzindo o risco de sobrepreços. Enfim, através do Portal Nacional de Contratações Públicas, determinou-se a instituição de um painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas. É de se citar, também, o sistema de planejamento e de gerenciamento de contratações, para facilitar a consulta a experiências exitosas pela Administração Pública. Enfim, é possível trazer inúmeros exemplos que evidenciem como a publicidade, a transparência e a eletronificação são importantes instrumentos para atender ao objetivo financeiro da licitação.

Por outro lado, os objetivos republicanos da licitação (oportunização de todos contratarem com a Administração Pública) também são, cada vez mais, evidenciados, com a ampliação da publicidade, transparência e eletronificação.

Neste contexto, inúmeros mecanismos foram disponibilizados, pela NLLC, para um resguardo maior da isonomia e da oportunização de todos os interessados contratarem com a Administração Pública. Por exemplo, previu-se o mecanismo do aviso sumário para a contratação direta de pequeno valor (artigo 75, §3º) a ser publicado no sítio eletrônico oficial, viabilizando licitações sumárias, por meio da internet. A eletronificação também viabilizou a funcionalidade dos editais permanentes de credenciamento, através do sítio eletrônico oficial.

Ainda na dimensão republicana, fica mais evidente que a publicidade, transparência e eletronificação são importantes estratégias para otimização do controle social e externo. Determina-se que os repositórios eletrônicos devam disponibilizar amplo acesso: (i) ao plano anual de contratações, que deve ser disponibilizado nos sítios eletrônicos; (ii) às justificativas para padronização dos produtos; (iii) à relação de contratações diretas sem licitação; (iv) às minutas dos contratos celebrados; (v) aos quantitativos e preços unitários e totais de obras contratadas; (vi) à relação de obras paralisadas.

Além do controle externo, a eletronificação é importante estratégia para incrementar a legitimidade democrática do gasto público. Isso acontece quando se busca ampliar o acesso de informações aos cidadãos, facilitar a justificação de posições e decisões estatais, incrementar a possibilidade de obtenção de informações dos cidadãos como insumos para instruir decisões administrativas, bem como quando se viabiliza, de forma mais eficiente, a procedimentalização de mecanismos para a ponderação, a

discussão e a contestação de argumentos públicos.⁹ Isso é o que ocorre, por exemplo, quando a NLLC prevê a instituição da audiência pública eletrônica (artigo 21), bem como a implementação do sistema de gestão compartilhada de informações com a sociedade através do PNCP (artigo 174, §3º, VI). Sem mencionar as inúmeras formas para efetivar o *accountability*, através da disponibilização de decisões e relação de gastos na internet.

3 Publicidade, eletronificação e o princípio da factibilidade

Através da digressão até então realizada, parece-nos claro o enquadramento dos princípios da publicidade, transparência e eletronificação para a observância dos fundamentos financeiro e republicano, inerentes ao procedimento licitatório.

O duplo aspecto da publicidade evidencia que os objetivos pretendidos com a licitação estão intrinsecamente ligados ao quanto se homenageia a publicidade do procedimento. Com isso, pode-se defender que o princípio da publicidade envolve um dever objetivo de se buscar, sempre que possível, adotar medidas factíveis de serem executadas pelo gestor público para elevar as oportunidades de conhecimento de ocasiões de aquisições e gastos públicos efetuados pela Administração Pública.

Por isso, no tocante aos princípios atrelados aos fundamentos da licitação, identifica-se um princípio da factibilidade, de natureza interpretativa, que tem que guiar as ações dos gestores, no tocante às estruturações e às conduções do procedimento licitatório. “Factibilidade” é a qualidade ou característica daquilo que é “factível”, ou seja, que pode ser realizado.

Quando se trata de princípios típicos da licitação, tais como a economicidade, competitividade e publicidade, há um dever inerente de otimização e maximização ao seu atendimento, considerando que são medidas hábeis a incrementar a consecução dos objetivos licitatórios.

As regras estabelecidas para o procedimento licitatório não garantem, de forma objetiva, que houve o atendimento a esses princípios, especialmente ao da publicidade. O dever de otimização e de maximização demanda que o gestor verifique, sempre, possibilidades de ação que visem ampliar a dimensão material do comando normativo-principiológico. Logo, o raciocínio da maximização e da otimização é o seguinte: se é possível e factível, razoavelmente, que o gestor possa adotar determinada medida que amplie a publicidade, competitividade e economicidade, por que não a adotou?

No raciocínio da factibilidade, a mera observância do procedimento definido em lei não seria suficiente para o pleno atendimento da publicidade, caso, diante das circunstâncias concretas, fosse factível e recomendável que o gestor adotasse outros mecanismos de publicidade disponíveis a ele, quando fosse inarredável a conclusão de que tais medidas iriam gerar um resultado melhor para os pretendidos fundamentos financeiros e republicanos da licitação.

Neste contexto, a ideia de factibilidade é expressa no ordenamento jurídico também pela seguinte disposição da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011):

⁹ Cf. VALE, Murilo Melo. *Natureza Jurídica do Princípio Democrático*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2018.

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

[...]

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

No cenário da Lei nº 8.666/1993, mesmo em hipóteses de observância às regras de publicidade estabelecidas no procedimento, com base nesse dever de maximização, oriundo do princípio da publicidade, é possível encontrar movimentações de órgãos de controle, no sentido de se exigir do gestor a publicidade, em outros meios.

O caso típico é referente ao entendimento no sentido de que os gestores públicos tinham que divulgar os editais e as oportunidades nos respectivos sítios eletrônicos, para maximizar, através da publicidade, o dever de ampliação da competitividade, mesmo não sendo isso exigido no procedimento legalmente estabelecido. Neste aspecto, o Tribunal de Contas da União já reafirmou, em várias ocasiões, que o princípio da publicidade consagra o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos (Acórdão nº 204/2008 – Plenário), bem como que a veiculação do edital tem que se dar por todos os meios que o gestor julgue pertinentes (Acórdão nº 553/2008 – Plenário). Também espelham o princípio da factibilidade todas as decisões que precederam a obrigatoriedade de estabelecer o pregão eletrônico como opção preferencial.¹⁰ Ou diante de determinações de órgão de controle para exigir que haja sítio eletrônico oficial nos municípios para fins de servir de repositórios de legislação local.

É importante observar que a análise de factibilidade tem que se dar com a averiguação das possibilidades, na perspectiva do próprio gestor público. Neste sentido, o princípio da factibilidade está totalmente alinhado com o dever de interpretação reflexiva, trazida no art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942), segundo o qual, “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. Com efeito, em linha com o disposto no art. 8º, §1º, do Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta os artigos 20 a 30 da LINDB, “na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público”. Logo, verificar se a adoção de outros mecanismos de publicidade e eletronificação é factível, em determinada ocasião, impõe reconhecer que isso tem que ser visto de acordo com os obstáculos existentes para o gestor público. Conforme já pontuamos em outra ocasião:

¹⁰ Neste aspecto, o Tribunal de Contas da União já decidiu: “De acordo com jurisprudência desta Corte de Contas, a licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Quando, eventualmente, não for viável utilizar essa forma, deverá ser anexada a justificativa correspondente” (Acórdão nº 324/2009 – Plenário).

“Levar em consideração a perspectiva do envolvido não é criar um campo de impunidade ou flexibilizar a lei. Mas é aplicar a lei imparcialmente e de maneira justa”.¹¹

Pensando nesses obstáculos, a NLLC, em seu art. 176, estabeleceu um prazo mais estendido, de 6 anos, para o cumprimento da obrigação de realização da licitação na forma eletrônica, para o caso dos municípios de até 20.000 habitantes. A premissa assumida é de que municípios menores são menos aparelhados, o que torna necessário flexibilizar a exigibilidade das mudanças demandadas para atender aos parâmetros legais de eletronificação. Contudo, em vista do princípio da publicidade e, especialmente, da factibilidade, caso a Administração de um município de até 20.000 habitantes já utilize plataformas eletrônicas oficiais para a condução das licitações e se já adota sistemas eletrônicos para realização de certames licitatórios, deixaria de adotar esses meios eletrônicos? Certamente, se a situação atual permite a adoção de licitação sob a forma eletrônica, não é adequado juridicamente deixar de adotá-la pela permissão legal trazida no referido artigo da NLLC, consoante demanda o princípio da factibilidade.

Assim, diversas disposições da NLLC que mencionam adoção “preferencial” têm, necessariamente, que ser lidas a partir da factibilidade. Neste aspecto, se é possível adotar o método preferencial, não é jurídico que se aceite a adoção excepcional, a qual tem que ser devidamente justificada, justamente na demonstração de não factibilidade.

Logo, quando o artigo 12, VI, da NLLC afirma, por exemplo, que “os atos serão preferencialmente digitais”, sendo factível a possibilidade de serem digitais em determinado caso concreto, é ilegal a realização de atos físicos convencionais. Pode-se afirmar o mesmo para a regra descrita no artigo 17, §2º, da NLLC, que estabelece que “as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada”. No caso, somente será admitida a adoção da licitação na forma presencial, à luz do princípio da factibilidade (que vista guarnecer efetividade aos fundamentos da licitação), se motivadamente demonstrar não ser possível a sua realização no formato eletrônico. Neste caso, toda a justificativa tem que estar alinhada com os fundamentos da licitação, que envolvem os mencionados objetivos financeiros e republicanos.

Ainda, normas programáticas que visam melhor emparelhar os mencionados princípios da publicidade, da transparência e da eletronificação não são discricionárias, e sim vinculadas à ideia de possibilidade de implementação. Por isso, por exemplo, quando o artigo 19, V, da NLLC estabelece que os órgãos da Administração com competências regulamentares deverão “promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia”, deve-se avaliar se essa implementação é factível ou não em determinado momento, sob pena de descumprimento dos preceitos jurídicos inerentes a essas determinações.

Por óbvio, situações possíveis de serem executadas que não ensejam ganho na dimensão material das regras maximizadoras que se pretende guarnecer (neste caso, a publicidade) não precisam ser realizadas. Nesse contexto, a NLLC, ao estabelecer a obrigatoriedade de publicação do edital no PNCP, pretendeu reverberar a publicidade

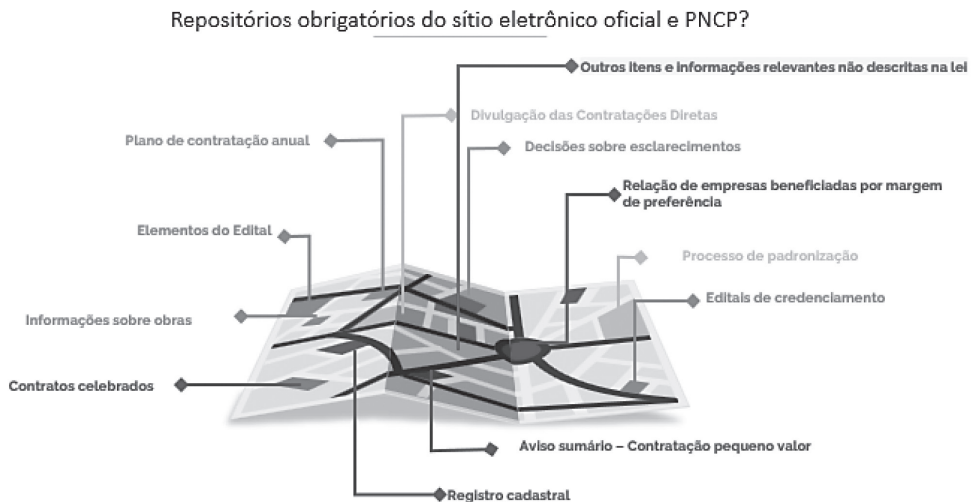
¹¹ VALE, Murilo Melo. Contrarrazões ao Ofício ANAMATRA nº 219/2018. *Revista Vanguarda Jurídica*, vol. 1, p. 147-159, 2018 (ISSN 2595-9700), p. 151.

em um grau bem maior do que ocorreria com a publicação do edital, no sítio eletrônico do referido município. Logo, seria inócuo, para fins da factibilidade, exigir a disponibilização eletrônica adicional, pois que inócua para a maximização do princípio da publicidade. Neste aspecto, andou bem a NLLC, ao ter estabelecido, de forma expressa, que “é facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação”, pois que já terá sido publicado no PNCP, o qual representa um grau maior de publicidade.

Além desses exemplos, é possível encontrar várias outras situações de normas “permissivas”, ou que estabeleçam “preferências”, cujo caráter de imperatividade deva ser analisado na perspectiva do princípio da factibilidade. Por isso, o mapeamento de condutas exigíveis, que visem maximizar os princípios da publicidade, da transparência e da eletronificação, deve ser identificado, além das determinações legais, com base no que é factível de ser realizado (figura 3).

Por fim, não se pode ignorar que as conclusões inerentes à factibilidade têm que ser tomadas em sintonia com a segurança jurídica. Qualquer alteração na orientação ou no entendimento sobre procedimento que se costumava adotar, para fins de preservação da publicidade, tem que ser pensada para o futuro, não servindo de base para penalizações, em situações anteriores, nas quais se envolveram gestores de boa-fé, consoante o ideal consagrado no artigo 23 da LINDB.

Figura 3 – Mapeamento de itens e informações importantes não expressas em lei (autoria própria)



4 Conclusão

O objetivo primário da licitação, segundo a natureza do instituto, é de a licitação servir como uma premissa financeira, necessária para a otimização do gasto público.

Todos os demais objetivos, seja o de oportunização de todos contratarem com a Administração Pública, bem como o do uso da licitação como instrumento de política pública, são secundários, mas não menos importantes.

A evolução histórica do instituto da licitação revela que a publicidade sempre esteve vinculada ao objetivo da busca da proposta mais vantajosa, na medida em que proporciona o aumento do espectro de potenciais concorrentes. Nesse sentido, é possível vislumbrar o duplo aspecto dos princípios da publicidade, da transparência e da eletronificação, os quais são criados como mecanismos para emparelhar o controle, mas, especialmente, para otimizar a competitividade. Neste aspecto, a publicidade retroalimenta a persecução dos objetivos da licitação, na medida em que otimiza a busca da proposta mais vantajosa e viabiliza maior oportunização de participação do maior número de interessados.

O entrelaçamento do duplo aspecto da publicidade evidencia o princípio da factibilidade, na medida em que torna cogente que o gestor tome todas as medidas ao seu alcance para incrementar os mecanismos de publicidade, que sejam úteis para a maximização dos objetivos da licitação. É esse princípio da factibilidade que justifica várias ações e decisões de órgãos de controle, no sentido de exigir condutas do gestor que incrementem a publicidade, mesmo que não previstas expressamente em lei.

Portanto, na análise das obrigações legais inerentes ao princípio da publicidade e da eletronificação de procedimentos, deve o gestor público atentar para outras situações, factíveis de serem adotadas, que possam otimizar e maximizar os objetivos do princípio da publicidade.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862*. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. *Legislação Informatizada*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>. Acesso em: 29 fev. 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

VALE, Murilo Melo. Contrarrazões ao Ofício ANAMATRA nº 219/2018. *Revista Vanguarda Jurídica*, vol. 1, p. 147-159, 2018 (ISSN 2595-9700).

VALE, Murilo Melo. *Natureza Jurídica do Princípio Democrático*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2018.

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

VALE, Murilo Melo. Princípio da factibilidade e os deveres de publicidade, transparência e eletronificação nas licitações. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 525-538. ISBN 978-65-5518-820-2.

GOVERNO DIGITAL: UMA REFORMA ADMINISTRATIVA SILENCIOSA FADADA À FALHA SEQUENCIAL?

VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE

1 Uma Administração Pública necessariamente cambiante

A Administração Pública – e sua matriz regulatória, a saber, o Direito Administrativo – tem enfrentado, ao longo das últimas décadas, diversas ondas de transformação. Assim, a partir da constitucionalização do Direito Administrativo¹ tem-se já uma revisão dos parâmetros básicos de operação desta estrutura institucional, com inovações como o chamado Direito Administrativo Participativo,² efeito direto da opção pelo caráter democrático do Estado. Na sequência, diversas intervenções reformadoras do próprio texto constitucional repercutem na compreensão do papel da Administração Pública, com reflexos igualmente no Direito Administrativo decorrentes da relação verdadeiramente simbiótica que este último mantém com o Direito Constitucional.³ Moreira Neto destaca ainda, no título de uma de suas obras – *Novas Mutações Juspolíticas*⁴ –, a circunstância de que cogitações políticas, como a valorização da consensualidade, o advento de estruturas de contrapoder e ainda a descoberta das políticas públicas como caminho de concretização das promessas constitucionais, exigem uma compreensão de Administração Pública distinta daquela do modelo francês, que no passado tanto inspirou o Direito Administrativo brasileiro. O impacto destas ondas de transformação já inspirou

¹ CADEMARTORI, L. H. U.; OLIVEIRA, V. C. Constitucionalização do Direito Administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. *REI – Revista de Estudos Institucionais*, [S. l.], Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 173, 2016. DOI: 10.21783/rei.v2i1.38. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/38>. Acesso em: 21 fev. 2024.

² TACITO, Caio. Transformações do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 242, p. 154, 2005.

³ BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1938-1960, 2016.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*. Em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

uma aproximação diferenciada do Direito Administrativo, identificado por Ribeiro⁵ como uma “caixa de ferramentas”; verdadeira “tecnologia social, que deve cumprir uma função prática e dinâmica, a fim de dar conta de impasses e objetivos concretos”.

Mas não é só no plano juspolítico que se tem vetores de força incidindo sobre a Administração Pública. No terreno da política *stricto sensu*, identifica-se uma tendência à hipervalorização da forma sob o fundo, com a aparência da gestão se afigurando mais relevante do que a sua efetiva substância. Tem-se então o chamado Estado do Espetáculo, cuja preocupação central “não é a alteração da realidade propriamente dita, mas o desenvolvimento de atividades destinadas a gerar imagens, sonhos e manter uma audiência entretida”.⁶ Esta modalidade (claramente desviante) de Estado se vê instrumentalizada por um Direito Administrativo também vocacionado ao espetáculo – menos orientado à geração de resultados efetivos e de longo prazo.

A onda mais recente a agitar a imaginação – não só na Administração Pública, mas em quase todas as esferas de ação humana – é aquela relacionada às inovações tecnológicas, em especial, a inteligência artificial e suas aplicações. A crescente participação das tecnologias na vida de pessoas e coletividades gera uma pressão de demanda pela internalização destes mesmos recursos à Administração Pública. O movimento é inevitável, mas determina dificuldades e perplexidades de toda ordem a um arranjo institucional que navega num mundo analógico cujas características são profundamente distintas daquelas que marcam um cenário permeado por novas tecnologias.

É de Suleyman e Bhaskar⁷ a síntese de atributos próprios a esta onda de transformações associadas em especial à inteligência artificial – doravante indicada como IA. Referidas tecnologias são de uso inerentemente geral e por via de consequência, *omniuso*; elas são sujeitas a uma hiperevolução; têm impactos assimétricos e podem mesmo ser autônomas (em algum grau). Na perspectiva específica da Administração Pública e do Direito Administrativo em especial, despertam a atenção os desafios que podem decorrer em especial de hiperevolução e assimetria do impacto. Afinal, hiperevolução exige um grau de adaptabilidade e permanente renovação que pode se apresentar como desafiador sob vários prismas a uma instituição que se rege pelo princípio da legalidade, e que opera sob constante limitação de recursos. Quanto à assimetria de impacto; fenômeno cuja manifestação mais evidente é a exclusão digital, as implicações são claras em relação ao princípio da igualdade, que se posiciona em oposição a relações assimétricas e exige intervenção estatal redutora destas diferenciações. O desafio é grande.

A resposta imediata do Direito foi a de hábito; aquela exercitada há centenas de anos: a edição da Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021 – a chamada Lei do Governo Digital. Com a pretensão de dispor quanto a “princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão”, cogita-

⁵ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 272, p. 212, 2016. DOI: 10.12660/rda.v272.2016.64303. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/64303>. Acesso em: 21 fev. 2024.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Flóridio de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1ª. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, p. 70, 2012.

⁷ SULEYMAN, Mustafa; BHASKAR, Michael. *A próxima onda*. Inteligência artificial, poder e o maior dilema do século XXI. Tradução: Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro: Record, 2023, p. 33.

se do instrumento normativo de câmbios na Administração Pública que exigem muito mais do que a simples enunciação normativa.

A ideia central do presente ensaio é a de que o desafio posto à Administração Pública para o ingresso no mundo digital reside especialmente numa mudança de cultura desta estrutura institucional; transformação que há de envolver a superação de arquétipos fortemente enraizados não só em agentes públicos e controladores, mas também dos próprios profissionais do Direito.

2 Barreiras postas a uma Administração Pública Digital: conhecer para superar

A opção materializada pela Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021 (Lei do Governo Digital), amplia a proposta para além dos simples limites do *e-government*; modelo definido pela OCDE⁸ como aquele segundo o qual se tem “o uso pelo governo, de tecnologias de informação e comunicação, particularmente a Internet, como instrumento para alcançar uma melhor gestão” (tradução livre). Transcendendo o simples meio pelo qual as transações no âmbito da Administração Pública hão de se verificar, a norma jurídica se alinha com a conceituação ofertada pela mesma recomendação da OCDE, que assim define governo digital:

uso de tecnologias, como parte integrante das estratégias de modernização de governos para a criação de valor público. Ele se apoia num ecossistema de governo digital que compreende atores governamentais, organizações não governamentais, setor de negócios, associações de cidadãos e indivíduos que sustentem a produção e o acesso a dados, serviços e conteúdos através de interações com o governo.

Considerando que a geração de valor público é o resultado principal pretendido pelo modelo de governo digital, é ainda da mesma recomendação da OCDE que se extrai o seguinte conceito:

Valor público se refere a vários benefícios para a sociedade, que podem variar Segundo a perspectiva ou os atores, incluindo-se os seguintes: 1) bens ou serviços que satisfaçam os desejos de cidadãos e clientes; 2) escolhas de produção que atendam às expectativas cidadãs de justiça, equidade, eficiência e efetividade; 3) instituições públicas adequadamente ordenadas e produtivas, que reflitam desejos e preferências da cidadania; 4) equidade e eficiência na distribuição; 5) uso legítimo de recursos para o atingimento de propósitos públicos; e 6) inovação e adaptabilidade a preferências e demandas cambiáveis.

Primeiro destaque a se formular a partir dos referidos conceitos e da opção legislativa que se deu com a sua aplicação está em que o governo digital pressupõe um novo modo de relação com os destinatários da ação pública. Mais do que a troca do meio através do qual essa relação se dá – antes, o processo de papel e o atendimento presencial;

⁸ Organization for Economic Cooperation and Development – OECD. Recommendation of the Council on Digital Government Strategies. Adopted by the OECD Council on 15 July 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>, acesso em: 21 fev. 2024, p. 6.

agora a aplicação de mecanismos informatizados –; a transição para o governo digital pressupõe permanente sintonia com desejos e expectativas da cidadania, e ainda interação estreita com os demais componentes do chamado ecossistema do governo digital, que não a própria Administração Pública.

Isso supõe uma mudança de perspectiva das ações de reforma da Administração; usualmente voltadas para si mesma, para seus mecanismos de organização e operação internos. Mais ainda, o meio digital é de ser apto a recepcionar – se não ampliar – os meios de influência e interação entre Administração Pública e cidadania. Não se está cogitando de tarefa simples.

2.1 Iliteracia digital de gestores e agentes públicos

O debate em torno das dificuldades postas à implantação do governo digital tem se centrado frequentemente no problema afeto à exclusão digital,⁹ creditada na sua maior porção à desigualdade social manifesta no país.¹⁰ O tema é relevante e merece atenção – mas outros obstáculos igualmente relevantes vão se colocar na perspectiva da Administração Pública, como aquele atinente à iliteracia digital não dos usuários em si,¹¹ mas de gestores e agentes públicos.

É de Harris & Hodges, *apud* Ramos e Farias,¹² o conceito de literacia:

Literacia, portanto, requer engajamento ativo e autônomo com o material impresso, e destaca o papel dos indivíduos na geração e recepção, bem como na atribuição independente de interpretação à mensagem. Por extensão da competência básica implicada na literacia, literacia computacional, literacia cultural, literacia econômica, e assim por diante, evoluíram como designações de competências mínimas requeridas nestas áreas.

Numa perspectiva geral, a iliteracia digital é fenômeno relativamente comum, sendo intuitiva a percepção de que por todos os lados se tem indivíduos que revelam a insuficiência de competências mínimas para a operação de caixas eletrônicos, sítios de compras *on-line*, e mesmo sítios que oferecem serviços públicos como a plataforma GOV.BR. O ponto sensível está em que a literacia digital requerida de agentes públicos e gestores exige um nível de competências que vai além da simples aptidão para o manejo de determinada ferramenta digital ou ainda a navegação em ambiente de mesma natureza.

Não se pode perder de vista que agentes e gestores públicos serão inicialmente responsáveis pela identificação de necessidades e ainda pela promoção da contratação de equipamentos e serviços a serem invertidos no chamado governo digital. Essa mesma

⁹ Para um mapeamento robusto de literatura no tema da exclusão digital em tempos de transformação da mesma natureza, consulte-se DE MOURA, Luzia Menegotto Frick *et al.* Exclusão Digital em processos de Transformação Digital: uma revisão sistemática de literatura. *Gestão. Org.*, v. 18, n. 2, p. 198-213, 2020.

¹⁰ GROSSI, Márcia Gorett Ribeiro; DA COSTA, José Wilson; DOS SANTOS, Ademir José. A exclusão digital: o reflexo da desigualdade social no Brasil. *Nuances: estudos sobre Educação*, v. 24, n. 2, p. 68-85, 2013.

¹¹ É certo que a iliteracia digital é (também) uma causa menos frequentemente referida da exclusão digital; o ponto que se está desenvolvendo, todavia, envolve as dificuldades que essa mesma vulnerabilidade pode colocar para aqueles agentes internos à Administração.

¹² RAMOS, Altina; FARIA, Paulo. Literacia digital e literacia informacional: breve análise dos conceitos a partir de uma revisão sistemática de literatura. *Revista Linhas*, Florianópolis, vol. 13, n. 2, p. 29-50, 2012.

especificação deverá ainda se desdobrar em múltiplas perspectivas, tendo em conta, por exemplo, os imperativos da interoperabilidade, erigida como princípio e diretriz do governo digital e da eficiência pública pelo art. 3º, XIV, da Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. Mais ainda; quando se tem em conta as características na nova onda de tecnologia referidas no subtítulo 1,¹³ é de se reconhecer que o atributo da hiperevolução exige ainda uma competência mínima de prospectiva em relação à atividade que se pretende instrumentalizar direta ou indiretamente por mecanismos digitais.

Não suponha o leitor que as competências referidas sejam traduzidas na expressão comum de “conhecer o seu negócio”. Mais do que isso, a agente público ou gestor envolvido na identificação e especialmente na contratação de soluções de TI deve ser minimamente capaz de avaliar se as funcionalidades ofertadas, por exemplo, por produtos já existentes no mercado revelam-se adequadas às necessidades de sua própria organização. Assim, mais do que conhecimento de sua própria atividade, agentes e gestores públicos devem desenvolver competências básicas que lhes permitam, quando menos, um diálogo efetivo com os profissionais de TI envolvidos na iniciativa afeta ao governo digital.

Vale ainda observar que a imprescindibilidade destas competências mínimas se põe não só no momento originário, de identificação de necessidades e contratação. No campo do digital, será justamente na fase de desenvolvimento e testagem que estas competências se mostrarão mais relevantes, para que se possa exercer uma efetiva crítica em relação aos resultados que o vendedor da solução esteja ofertando. Argumentos como “isso o sistema não pode fazer” funcionam hoje como efetiva cláusula de bloqueio para o alcance muitas vezes de resultado ótimo em favor da Administração Pública, pela simples circunstância de que seus agentes não têm capacidade para argumentar contra essa afirmação. Preciosa neste contexto a lição de Bridle:

Se não entendemos como as tecnologias complexas funcionam, como os sistemas tecnológicos se interconectam e como os sistemas interagem, ficamos impotentes dentro destes mesmos sistemas, e o potencial que eles têm é aprisionado de maneira ainda mais fácil pelas elites egoístas e por corporações desumanas.¹⁴

É de integrar ainda os esforços para a superação da iliteracia digital de agentes e gestores públicos a desconstrução do chamado “pensamento computacional” – expressão do mesmo Bridle¹⁵ –; crença segundo a qual qualquer problema se resolve quando se aplica a computação. Essa visão solucionista pode desviar a visão da Administração Pública em relação a outros problemas relacionados com a solução tecnológica em cogitação, que não serão por ela alcançados, ou ao menos não de forma a superar entraves existentes. Há ainda uma vantagem mais sutil na desconstrução do pensamento computacional, que é a prevenção do desapontamento com a implantação do mecanismo digital. Não é infrequente que o esforço institucional de desenvolvimento e implantação

¹³ Ver nota de rodapé n. 7.

¹⁴ BRIDLE, James. *A nova idade das trevas*. A tecnologia e o fim do futuro. Tradução Érico Assis. São Paulo: Todavia, 2019, p. 11.

¹⁵ BRIDLE, James. *Op. cit.*, p. 12.

de soluções digitais complexas resulta em frustração pelo agigantamento de expectativas criadas em torno da transição para o digital.

Ainda a partir do reconhecimento de que o governo digital convive com tecnologias sujeitas à hiperevolução, é preciso ter em conta que o letramento digital não se constitui realidade estática. Ao revés, ele há de ser permanentemente renovado, tendo em conta as novas ferramentas e potencialidades ofertadas pelo desenvolvimento tecnológico.

Finalmente, no plano mais operacional, do dia a dia da Administração, o tema da iliteracia digital se põe igualmente, e com o potencial de afetar não só a sua operação propriamente dita. Um nível de competências incompatível com aquelas exigidas para a exploração do real potencial da solução de TI determina, por óbvio, a sua subutilização e possivelmente um atendimento às expectativas da cidadania inferior àquilo que poderia ser alcançado. De outro lado, níveis diferenciados de letramento digital podem conduzir à formação de “caixas pretas”; segmentos de informação que se tornam “propriedade” daquele que tenha melhor domínio das habilidades afinal requeridas.

Fato é que a implantação de um verdadeiro governo digital exige uma profunda revisão, de parte da Administração Pública e de seus agentes, em relação a qual deva ser a aproximação adequada a se desenvolver no enfrentamento de problemas públicos. A preparação de agentes e gestores públicos para a internalização real do aparato tecnológico hoje posto à disposição envolverá não só a superação da iliteracia, mas também o rompimento de barreiras informacionais erigidas a partir de uma compreensão falsa do que seja a especialização de funções como critério de organização institucional. Esse efeito indireto se apresentará igualmente – é de se dizer – como uma barreira a ser enfrentada na transição para um governo digital efetivo.

2.2 Potencial inibidor da prevalência de uma visão de controle fiscal

Retomando a explicitação havida neste mesmo subtítulo 2, a transição para um modelo de governo digital como estratégia de modernização de governos orientada à criação de valor público representa verdadeira reforma administrativa – assim entendida como aquela iniciativa que busca a criação de novos modelos e paradigmas da Administração Pública.¹⁶ Não se engane o leitor menos versado na matéria – não é a circunstância de que seja a lei ordinária o veículo de orientação para a governo digital que exclui a possibilidade da qualificação da iniciativa como reforma administrativa. Afinal, não se exigindo para a implantação deste novo modelo a alteração de parâmetros constitucionais, tem-se a iniciativa por enquadrada na mesma classe.

Indiscutível, pelo alcance da Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021 (Lei do Governo Digital), que ali se institua política pública orientada – como já dito – à reforma administrativa cujo componente finalístico seria o ingresso da atividade administrativa no

¹⁶ Registre-se que na visão de Wahrlich, por exemplo, a transição para governo digital melhor seria qualificada modernização administrativa – iniciativa que, na visão da autora, transcende o âmbito da reforma (sistema fechado, vocacionado predominantemente à reorganização interna) para adquirir uma orientação predominantemente teleológica, que busca promover efetiva transformação, constituindo-se um sistema aberto (SOUZA WAHRLICH, Beatriz Marques de. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. *Revista de Administração Pública*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 66-68, 1974). Aplica-se no texto a expressão reforma administrativa posto que no uso vulgar da expressão, diferentemente do que sustenta Wahrlich, modernização é intuitivamente vista como iniciativa mais limitada, o que dificultaria a compreensão da proposta.

ambiente digital, estratégia identificada pela referida norma jurídica como instrumental ao incremento da eficiência administrativa. Importante trazer à consideração a afirmação de Rezende¹⁷ de que, “usualmente, estas políticas conjugam dois objetivos complementares: o ajuste fiscal (ou a redução dos gastos com o governo) e a mudança institucional (ou a mudança nas estruturas organizacionais, na cultura burocrática e, de modo mais geral, nas regras do jogo)”. A presença de ambos os objetivos na Lei do Governo Digital se tem por explicitada em diversas passagens – com maior número de incidências em relação ao segundo do que ao primeiro.

O objetivo de ajuste fiscal – no sentido de redução de gastos – é subjacente à reiterada alusão na Lei nº 14.129/2021 à eficiência. É certo que, no dizer de Modesto,¹⁸ o referido princípio não se esgota na “mera economicidade no uso dos recursos públicos, vale dizer, a uma relação quantitativa entre o uso dos meios e o atingimento dos fins estabelecidos, consoante o emprego tradicional das ciências econômicas”. Não obstante isso, o propósito de redução de gastos subsiste como conteúdo possível, ainda que não exclusivo, do referido princípio constitucional. Existe ainda – e com isso tem-se por comprovado o argumento – dispositivo expresso (art. 3º, XI, da Lei nº 14.129/2021) recomendando a “eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido”. A consideração deste efeito, é de se dizer, não deve ser objeto de crítica. Afinal, com demandas em crescimento exponencial por serviços e prestações direcionadas à Administração Pública, é natural que se busque uma racionalização de gastos de modo a otimizar os recursos disponíveis.

Quanto à pretensão de profunda mudança institucional revelada pela Lei do Governo Digital, não pode haver dúvidas. Afinal, se o art. 3º da multicitada norma alude a atributos que de há muito se exige da Administração (desburocratização, transparência, participação social, etc.); de outro lado traz à luz características que não se tinha reconhecido, ao menos expressamente, como aplicáveis a essa mesma estrutura institucional (uso de plataforma única de acesso a informações e serviços, interoperabilidade de sistemas, promoção do desenvolvimento tecnológico e da inovação no setor público, etc.).

É de se ter em conta que os dois vetores contidos em iniciativas de reformas administrativas têm seu direcionamento confiado a atores diversos. Assim, o acompanhamento dos resultados na perspectiva de ajuste fiscal será confiado normalmente à área fazendária (seja qual for o órgão propriamente dito investido desta competência); e a mudança institucional preconizada pela iniciativa será gerida por outra(s) estrutura(s) da Administração Pública. Disso resulta que o êxito da transição para o governo digital pode exigir a cooperação simultânea de diversos atores estratégicos na arena da política da organização em transformação – e esta articulação em si pode ser difícil de alcançar.

Transitar efetivamente para governo digital significa de pronto um conjunto de gastos associado à construção de toda a infraestrutura necessária para um funcionamento integrado, eficiente e acessível deste novo modelo. No conjunto de dispêndios é de

¹⁷ REZENDE, Flávio da Cunha. Por que reformas administrativas falham? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, p. 124, 2002.

¹⁸ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 51, n. 2, p. 112, 2014. DOI: 10.21874/rsp.v51i2.328. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>. Acesso em: 21 fev. 2024.

se considerar não só a infraestrutura de comunicação, *hardware* e *software*; sistemas a serem desenvolvidos para o atendimento a necessidades específicas, como também a viabilização de uma interoperabilidade entre sistemas preexistentes, que não foram construídos para se comunicarem entre si. Mas não só nestes esforços se terá pressão de gastos quando da transição para o governo digital.

A superação da já referida exclusão digital – conduta indispensável ao êxito da reforma administrativa pretendida – depende da garantia da acessibilidade digital, assim definida por Torres, Mazzoni e Alves:

acessibilidade no espaço digital consiste em tornar disponível ao usuário, de forma autônoma, toda a informação que lhe for franqueável (informação para a qual o usuário tenha código de acesso ou, então, esteja liberada para todos os usuários), independentemente de suas características corporais, sem prejuízos quanto ao conteúdo da informação.¹⁹

Garantir acessibilidade neste padrão envolverá não só a superação dos problemas de acesso em si às plataformas eletrônicas, mas também garantir que os usuários tenham efetivamente informação, no sentido preconizado por Sorj:

O valor efetivo da informação depende da capacidade dos usuários de interpretá-la. Informação só existe na forma de conhecimento, e conhecimento depende de um longo processo de socialização e de práticas que criam a capacidade analítica que transforma bits em conhecimento.²⁰

Expandem-se a previsão de dispêndios associados à concretização do projeto de governo digital, para compreender também iniciativas de educação digital. O somatório de gastos vai tensionando a pretensão de ajuste fiscal associada à iniciativa. Afinal, a par dos desembolsos suscetíveis de um grau relativo de previsibilidade, tem-se ainda um potencial incremento de despesas decorrentes da aceleração da atividade administrativa e da perda de um instrumento de gestão que não se contém, a rigor, nos limites da legalidade, mas que é real: a postergação de decisões administrativas que possam determinar mais custos.

Resta ainda referir a um terceiro aspecto atinente ao foco no controle fiscal que pode se apresentar como cláusula de bloqueio real à implementação deste novo modelo de Administração Pública, a saber; a precariedade na projeção dos virtuais ganhos decorrentes da incorporação de uma lógica de governo digital.²¹ Esta zona cinzenta de incerteza, é de se dizer, se põe em relação à Administração Pública, e mesmo em relação aos demais atores presentes no ecossistema instituído pelo governo digital. Afinal, qual o valor que a cidadania ou o mercado atribui a plataformas governamentais que disponibilizem, por exemplo, informações? Quanto vale, a plataforma GOV.BR

¹⁹ TORRES, Elisabeth Fátima; MAZZONI, Alberto Angel; ALVES, João Bosco da Mota. A acessibilidade à informação no espaço digital. *Ciência da Informação*, v. 31, p. 85, 2002.

²⁰ SORJ, Bernardo; GUEDES, Luís Eduardo. Exclusão digital: problemas conceituais, evidências empíricas e políticas públicas. *Novos estudos CEBRAP*, p. 115-116, 2005.

²¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício (coord.). *Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública*. A Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 55-56.

oferecer serviço de assinatura eletrônica? Essas indagações não encontram resposta estruturada, e mais ainda, a valoração que se pudesse eventualmente construir pode ser substancialmente alterada por novas expectativas dos usuários, ou ainda pela oferta de outros meios para alcançar o mesmo resultado.

Um subproduto importante de um governo digital adequadamente estruturado é o conhecimento associado às informações agregadas que se pode construir. Inegável o valor destas informações uma vez estruturadas ou ainda extraídas a partir da identificação de padrões operada, por hipótese, pela aplicação de mecanismos de IA. Afinal, estes dados revelam o resultado de iniciativas administrativas já havidas, refinando sua avaliação. De outro lado, informações adequadamente organizadas podem orientar a formulação de políticas públicas, seja pelo enriquecimento dos componentes associados ao problema público em enfrentamento pela Administração, seja pela possibilidade de construção de modelos preditivos dos efeitos de diversas estratégias de ação em cogitação, que antecipem eventuais efeitos laterais indesejáveis.

Fato é que na perspectiva puramente de ajuste fiscal, a equação encontra diversas variáveis cujo valor não é efetivamente conhecido. Mais ainda; considerando que iniciativas de migração para o ambiente digital reclamam permanente atualização, o conflito entre os dois componentes da reforma administrativa em cogitação se potencializa. Surge então a cogitação quanto aos riscos de falha sequencial.

3 Falha sequencial no horizonte do governo digital?

Premissa inicialmente estabelecida no subitem 2.2 foi aquela de que a transição para o governo digital se apresenta como iniciativa que busca a criação de novos modelos e paradigmas da Administração Pública. Naturalmente, associada a essa premissa estará a compreensão de que o modelo atual de Administração não atende, em alguma medida, não só às expectativas da sociedade, mas nisso inatende igualmente aos compromissos finalísticos que foram postos ao Estado. Mudar o modelo seria então não só uma escolha, mas um imperativo constitucional. O problema reside em alcançar a coordenação dos distintos atores que devem concorrer para o sucesso da iniciativa reformadora.

É ainda Rezende quem traz à consideração a teoria da falha permanente;²² consideração que sustenta que organizações podem subsistir em condição de baixa performance permanente. Ainda segundo esta construção teórica, estruturas de crônica baixa performance têm dificuldade para melhorar. Curiosamente, este estado de falha permanente culmina por produzir ou desencadear mecanismos e um conjunto de incentivos que se perpetuam no tempo. Ainda na lógica da teoria da falha permanente, existem organizações em que a *performance* não é o fator determinante da sua sobrevivência, não é sempre a principal força motriz do comportamento das organizações. E se esse é o quadro, o esforço de mobilização para alcançar a mudança de desempenho desta mesma organização há de ser intenso – o suficiente para superar os incentivos para que a sua *performance*, ainda que falha, subsista.

A teoria da falha permanente tematiza a hipótese de que a coordenação desejada entre os atores recrutados pelo ecossistema do governo digital se revele árdua, quiçá

²² REZENDE, Flávio da Cunha, *op. cit.*, p. 128.

inalcançável. Afinal, em que pese o princípio constitucional da eficiência já referido neste ensaio, e os compromissos finalísticos postos ao Estado pela Constituição de 1988, fato é que organizações administrativas, independentemente de sua *performance*, devem subsistir – porque a sua inexistência representaria, igualmente, violação constitucional.²³ Disso pode resultar, para alguns, maior sensibilidade para os desincentivos de reforma do que para os reclamos em relação às virtudes do resultado pós esta mesma iniciativa. Dissociado pelo menos um dos atores que sejam chamados a agir segundo uma coordenação necessária à real implantação do governo digital, tem-se agora a falha sequencial, que compromete a continuidade da iniciativa reformista.

É de se destacar que o ambiente atual não permite um bloqueio absoluto à implantação de modelos de governo digital. Afinal, a ubiquidade de serviços digitais oferecidos pela iniciativa privada evidencia para os cidadãos uma miríade de atividades que podem ser desenvolvidas, com facilidade e segurança, em ambiente digital – e disso decorre uma natural pressão social pela disponibilização de mecanismos assemelhados de parte da Administração Pública. O risco que se está aqui denunciando é de que se verifique, ao sabor do tempo e do comportamento dos gastos associados à transição para o digital, uma descontinuidade da iniciativa. Também aqui, entenda-se, a descontinuidade pode se apresentar de maneira mais sutil, não pela cessação da oferta de serviços já migrados para o ambiente digital, mas pela não atualização de modelos ou ainda pela não expansão para serviços outros, cuja subsistência em modelo analógico não determine tanta reação.

O terreno é cedido. A própria percepção do que se tenha efetivamente transitado para um modelo de governo digital é alguma coisa que não é facilmente identificável pelo usuário. Afinal, quando o cidadão formula um pedido de serviço em plataforma digital – um corte de árvore, por exemplo –, ele não sabe se a sequência deste *input* se dá em ambiente digital ou analógico. É certo que para o usuário em si, uma vez que o serviço efetivamente aconteça, é irrelevante se o tratamento de sua solicitação promovido internamente pela Administração Pública se deu em ambiente digital ou analógico. Mas não é menos certo que essa “máscara” de governo digital constituirá também ela manifestação do Estado do espetáculo, como referido por Justen Filho,²⁴ eis que abdica dos benefícios que podem resultar para a Administração, da implantação real de um governo digital.

Em resumo, o risco de falha sequencial é real, e a patologia pode se manifestar de forma insidiosa, comprometendo as promessas do governo digital – por isso a oportunidade de ter-se em conta a ameaça presente, para que se possa refletir em relação a quais sejam os potenciais caminhos para a construção de incentivos suficientes à preservação do governo digital com a abrangência e atualidade necessárias a que este possa ter por substantivo.

²³ A assertiva pode eventualmente merecer temperamento quando se cogita de entidades da Administração Indireta. Afinal, nestas hipóteses, a descentralização administrativa constituiu uma opção estratégica de organização administrativa e pode ser revista e revertida sem que disso tenha o Estado *lato sensu* abdicado do desenvolvimento de funções que lhe tenham sido cometidas pela Constituição.

²⁴ Ver nota de rodapé nº 6.

4 Conclusão

A mutabilidade permanente da coletividade e das relações sociais desafia a aptidão das estruturas estatais para oferecer resposta à altura a riscos e expectativas dos indivíduos. O Direito Administrativo, instrumento para a concretização de políticas públicas como a retratada no chamado governo digital, deve compreender os desafios para além do estritamente jurídico que esta transição propõe e internalizar a realidade de que um câmbio dessa natureza traz em si, desde o início, signos contrários.

Disso não resulta uma atitude paralisante ou a abdicação dos inegáveis benefícios que o digital pode trazer à Administração Pública. O que é preciso é uma atitude realista, que, empreendendo uma diagnose adequada das dificuldades que se apresentam à política pública sob exame, possa buscar alternativas de superação destes já identificados obstáculos culturais. Vem à luz a alegoria de Sundfeld,²⁵ que afirma: “mentalizo o Direito Administrativo como um oceano: grandes águas, vagas, marés; eterno balanço e rodopio. Conheçê-lo é entender as constantes de seus movimentos, dos fluxos e refluxos, enfim, dos contrários batendo-se e convivendo”.

Que seja o presente esboço de diagnóstico uma profissão de fé na aptidão de um Direito Administrativo afinado com sua teleologia, para conduzir mais uma vaga de transformação que bate às portas da Administração Pública.

Referências

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1938-1960, 2016.

BRIDLE, James. *A nova idade das trevas*. A tecnologia e o fim do futuro. Tradução Érico Assis. São Paulo: Todavia, 2019.

CADEMARTORI, L. H. U.; OLIVEIRA, V. C. Constitucionalização do Direito Administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. *REI – Revista de Estudos Institucionais*, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 168-191, 2016. DOI: 10.21783/rei.v2i1.38. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/38>. Acesso em: 21 fev. 2024.

DE MOURA, Luzia Menegotto Frick *et al.* Exclusão Digital em processos de Transformação Digital: uma revisão sistemática de literatura. *Gestão. Org.*, v. 18, n. 2, p. 198-213, 2020.

GROSSI, Márcia Gorett Ribeiro; DA COSTA, José Wilson; DOS SANTOS, Ademir José. A exclusão digital: o reflexo da desigualdade social no Brasil. *Nuances: estudos sobre Educação*, v. 24, n. 2, p. 68-85, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, p. 65-85, 2012.

MODESTO, P. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 51, n. 2, p. 105-119, 2014. DOI: 10.21874/rsp.v51i2.328. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>. Acesso em: 21 fev. 2024.

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, p. 88, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*. Em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Recommendation of the Council on Digital Government Strategies*. Adopted by the OECD Council on 15 July 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>, acesso em: 21 fev. 2024.

RAMOS, Altina; FARIA, Paulo. Literacia digital e literacia informacional: breve análise dos conceitos a partir de uma revisão sistemática de literatura. *Revista Linhas*, Florianópolis, vol. 13, n. 2, p. 29-50, 2012.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo* [S. l.], v. 272, p. 209-249, 2016. DOI: 10.12660/rda.v272.2016.64303. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/64303>. Acesso em: 21 fev. 2024.

SOUSA WAHRLICH, Beatriz Marques de. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. *Revista de Administração Pública*, v. 8, n. 2, p. 27-76, 1974.

SORJ, Bernardo; GUEDES, Luís Eduardo. Exclusão digital: problemas conceituais, evidências empíricas e políticas públicas. *Novos estudos CEBRAP*, p. 101-117, 2005.

SULEYMAN, Mustafa; BHASKAR, Michael. *A próxima onda*. Inteligência artificial, poder e o maior dilema do século XXI. Tradução: Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro: Record, 2023, p. 33.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, p. 87-93, 2012.

TACITO, Caio. Transformações do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 242, p. 151-158, 2005.

TORRES, Elisabeth Fátima; MAZZONI, Alberto Angel; ALVES, João Bosco da Mota. A acessibilidade à informação no espaço digital. *Ciência da Informação*, v. 31, p. 83-91, 2002.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício (coord.). *Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública*. A Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 55-62.

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

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Governo digital: uma reforma administrativa silenciosa fadada à falha sequencial? In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 539-550. ISBN 978-65-5518-820-2.

LIMITES DA CONSENSUALIDADE NO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO

ALESSANDRA WEGERMANN

1 Introdução

O Projeto de Lei nº 2.481, apresentado em 2022, está em trâmite no Senado e pretende, com sua aprovação, alterar a Lei nº 9.784, vigente desde 1999.

Nesses últimos 20 anos se evidenciou a importância da Lei do Processo Administrativo na aplicação do devido processo legal, no âmbito da Administração Pública, e a necessidade, ao mesmo tempo, de ajustes para sanar as omissões evidenciadas ao longo deste período.

O Direito Administrativo traz para si, nestas alterações legislativas, o instituto do negócio jurídico, o modelo cooperativo de processo previsto no artigo 6º do CPC, como modo, em tese, de manifestação livre e consensual de vontade.

Um ponto, contudo, do projeto de lei que chama atenção é a previsão de que os negócios jurídicos poderão ser realizados antes de deflagrado o processo administrativo. Considerando a ausência de isonomia entre administração e administrado, tal manifestação é, de fato, livre?

O arbitramento prévio de forma unilateral pelo Poder Público, das condições para que ocorra o negócio jurídico processual autocomposição, não violaria o devido processo legal e a ampla defesa?

Estes serão os temas que iremos enfrentar no presente artigo, à luz de casos práticos existentes em outras esferas do Direito.

2 A origem do negócio jurídico processual

Para se analisar os limites da consensualidade do negócio jurídico processual administrativo, se faz necessária uma digressão acerca de sua origem e primeiras aplicações no modelo jurídico brasileiro.

A origem do instituto brasileiro advém, primordialmente, do Direito francês, tendo por escopo acordos processuais procedimentais entre as partes.¹

Nogueira,² em sua tese doutoral sobre o tema, faz uma análise histórica acurada, remontando ao surgimento do negócio jurídico na Europa, oriundo do Direito romano, onde na fase de *lex aciones* as partes compareciam perante o juiz e acordavam uma solução para a controvérsia. O desenvolvimento do modelo de instituto, contudo, adveio da doutrina alemã, no século XIX:

SCHÖNKE, já no século passado, admitia as convenções privadas sobre determinadas situações processuais (v.g. pacto de não executar), mas nesses acordos não surtiriam efeitos imediatos de caráter processual embora obrigassem os interessados a proceder segundo eles.

LEIBLE coloca a transação como um ato de natureza dúplice, sendo, em uma perspectiva, um contrato processual (apesar de ser também um contrato material), produzindo o efeito de resolver a controvérsia e gerar um título. Em sentido próximo, também JAUERNIG admite, embora excepcionalmente, segundo ZPO, a existência de contratos processuais (v.g. compromisso arbitral). Ainda dentre outros alemães, LENT procurou identificar negócios processuais, no âmbito dos atos processuais praticados pelas partes; seriam verificados quando os efeitos processuais se produziram quando queridos pela parte.

(...)

Na Itália, CHIOVENDA admitiu claramente a figura dos negócios processuais, visto que em certos atos a lei relaciona, imediatamente, a produção de efeitos com vontade das partes. Assim daria os atos unilaterais praticados com o fim de criar, modificar ou extinguir direitos processuais (v.g. renúncia, aceitação da herança etc.). Ao mesmo tempo, adverte: a) que sempre quando o acordo e condição para o despacho do juiz se fala em negócio processual; b) que os negócios não deixam de ser atos processuais, regulados, por isso pela lei processual; c) que a vontade para a prática de negócios processuais não tem a mesma importância que lhe é reconhecida no direito privado;

Nesse sentido, relevante a contribuição do jurista brasileiro Marcos Bernardes de Melo³ sobre o conceito de negócio jurídico, que o define como o fato jurídico cujo elemento nuclear é a livre manifestação de vontade, dentro de limites predeterminados.

Nogueira destaca, contudo, ao citar Chiovenda, que a vontade para a prática de negócios processuais não tem a mesma autoridade que no Direito Privado.

2.1 A aplicação do negócio jurídico no Direito brasileiro

No Brasil, tal influência europeia fez com que fosse implementado primeiramente no Processo Civil, sendo ampla a doutrina acerca dos contornos que dirigem a aplicação do instituto.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 120-121.

² NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese / Doutorado UFBA; Salvador, 2011, p. 124.

³ MELLO, Marcos Bernardes Bandeira de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.

Negócio jurídico processual, segundo o processualista Fredie Didier Jr.,⁴ trata-se de um fato jurídico voluntário que consiste no poder de alterar o procedimento previamente definido em lei, dentro dos limites estabelecidos:

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas.

Quanto à tipicidade, os negócios jurídicos processuais se dividem em típicos e atípicos.

O Código de Processo Civil prevê uma série de negócios jurídicos típicos, como a eleição negocial do foro prevista no artigo 63 do CPC,⁵ adiamento negociado da audiência, consubstanciado no artigo 362, inciso I, do CPC,⁶ e a escolha consensual do perito disposta no artigo 471 do CPC.⁷

Há, também, a possibilidade de celebração de negócios processuais amparados no art. 190 do CPC, que implementou uma cláusula geral de negociação sobre o processo, sendo denominada atípica.⁸

A cláusula geral de negociação processual permite, em consenso, a ampliação de negociações não previstas tipicamente na lei.

Nelson Nery Junior e Rosa Nery, em um conceito ampliado, elucidam que a aplicação pode se dar em juízo ou fora dele, gerando pré-eficácia do negócio processual:

Conceito. Negócio jurídico processual é o negócio jurídico celebrado, em juízo ou fora dele, com a intenção de produzir efeitos processuais, antes do processo, (pré-eficácia do negócio processual), no curso do processo ou depois de encerrado o processo (pós-eficácia do negócio processual).⁹

De acordo com os autores, o negócio jurídico processual pode se classificar, ainda, em três categorias, conforme seu objetivo e finalidade.¹⁰

O negócio jurídico processual *strito sensu* se materializa dentro do processo e sua validade tem escopo tão somente no processo. O negócio jurídico extrajudicial, de outro modo, se realiza fora do processo, extraíndo para o âmbito extrajudicial atos

⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento I*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 377.

⁵ CPC, art. 63: As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

⁶ CPC, art. 362: A audiência poderá ser adiada:
I - por convenção das partes;

⁷ As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:
I - sejam plenamente capazes;
II - a causa possa ser resolvida por autocomposição

⁸ CPC, art. 190: Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 823.

¹⁰ *Apud*, p. 825.

processuais. Negócio jurídico de Direito Privado, por fim, representa atos privados que terão repercussão no processo, sendo utilizados como exemplo a renúncia, o pagamento ou a transação.

Destaca-se, em relação ao consentimento, que os negócios processuais podem ser realizados de modo unilateral, bilateral ou plurilateral. Tal definição dependerá da necessidade de manifestação de vontade de uma, duas ou mais partes. Nesse sentido, se exemplifica com a renúncia, que constitui negócio jurídico processual unilateral. Isso porque o direito em comento pode ser abdicado apenas por uma parte, seu detentor. Podem, ainda, ser expressos ou tácitos, conforme o comportamento das partes for comissivo ou omissivo.¹¹

Contudo, no que concerne à omissão, nem todo silêncio da parte pode gerar consequências. Somente as hipóteses tipicamente previstas incorrem em um ato-fato processual.¹²

Por se tratar de direito de dupla natureza jurídica: material e processual, em consonância com a doutrina majoritária, na sua constituição, para a sua validade e eficácia, a negociação depende de uma série de requisitos indispensáveis. O agente deve ser capaz, a manifestação livre de vontade e, por fim, o objeto lícito.¹³

3 A implementação do negócio jurídico no processo administrativo

O instituto processual do negócio jurídico processual inicialmente previsto apenas no processo civil se pretende implementar, agora, no processo administrativo.

Todavia, antes mesmo do projeto de lei, a utilização dos instrumentos consensuais no Direito Administrativo já era defendida por administrativistas, como Sérgio Ferraz:

A admissão dos instrumentos consensuais, no Direito Administrativo, constitui demonstração clara de mudança de paradigmas nessa seara da Ciência do Direito: a passagem da imperatividade absoluta, do regramento estatal, para uma ambiência de cooperação entre o público e o privado. No pano de fundo de tal transformação, a busca, cada dia mais intensa, pela eficiência, justiça e legitimidade.¹⁴

Ferraz fundamenta seu posicionamento utilizando-se de direitos e negócios processuais típicos que geraram este avanço na esfera administrativa:

Atenta a tudo isso, a Lei Federal nº 9.469 de 10.07.97, cujo art. 1º dispõe que o Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive

¹¹ SANTOS, Silas Silva *et al.* *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, página RL-1.40.

¹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 379.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 823. *Apud*, p. 825.

¹⁴ FERRAZ, Sérgio. *Acordos Processuais Administrativos. Instrumentos Consensuais*. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 126.

os judiciais, minuciosamente cuidou dos acordos e exemplo extraordinário, da consagração à consensualidade, tanto na feição preventiva quanto na corretiva, se deu recentemente no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165 (STF), quando a AGU – Advocacia-Geral da União e diversas entidades financeiras e de poupadores puseram termo a uma controvérsia de muitas décadas de duração, envolvendo o pagamento de diferenças de correção monetária de valores depositados em cadernetas de poupança, depósitos esses que sofreram a incidência de expurgos inflacionários estabelecidos pelos Planos (governamentais) Bresser, Verão, Collor I e Collor II.¹⁵

O Projeto de Lei nº 2.481/2022, que altera a Lei do Processo Administrativo Federal, prevê a inclusão do negócio jurídico no processo administrativo.

A novidade advém do art. 25-A do Projeto que está trâmite no Senado e contém a seguinte redação:

Art. 25-A. Os órgãos e entidades podem, em consenso com o administrado, celebrar negócio jurídico processual administrativo que estipule mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da situação concreta, antes ou durante o processo.

§1º O negócio jurídico processual administrativo deverá ser celebrado após a manifestação do órgão jurídico, observados os princípios previstos no artigo 2º desta Lei.

§2º As partes podem, consensualmente, fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§3º O calendário vincula as partes, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§4º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual cujas datas tiverem sido designadas no calendário.¹⁶

Ao teor do art. 25-A do PL nº 2.481, de 2022, se aprovado, o negócio jurídico implementado no processo administrativo federal terá as seguintes características.

Quanto à tipicidade, denota-se que o legislador optou por uma roupagem atípica. Ou seja, assim como o art. 190 do CPC, estabeleceu-se uma cláusula geral com amplitude, dentro dos limites da lei, para a convencionalidade processual.

Enquanto negócio jurídico *stricto sensu*, órgãos, entidades e administrados poderão se valer da previsão no *caput* do artigo 25-A para alterar o processo administrativo em curso, no tocante ao procedimento, para ajustá-lo às circunstâncias específicas do caso concreto.

Adotando o conceito ampliado de eficácia, prevê, também, a possibilidade da celebração do negócio jurídico antes do processo, seguindo a teoria defendida por Nelson Nery Junior e Rosa Nery, gerando pré-eficácia do negócio processual.¹⁷

No tocante ao consentimento, o artigo dispõe que o negócio jurídico se perfectibiliza pelos órgãos e entidades, em consenso com o administrado. Portanto, o instituto

¹⁵ *Apud*, 126.

¹⁶ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.481, de 16 de setembro de 2022*. Reforma da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo). Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154735>, acesso em: 15 jan. 2024, p. 4.

¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 823.

se afigura, aqui, como bilateral ou plurilateral (em caso de haver mais de um órgão ou entidade envolvida). Ao que parece, a unilateralidade prevista como uma modalidade de realização do negócio processual torna-se incompatível de adequação em razão da supremacia do interesse público e não deverá ser adotada, em tese, pelo Direito Administrativo.

Não há previsão quanto à omissão enquanto ato gerador de efeitos típicos para o negócio jurídico processual administrativo, por ausência de previsão legal. Ao contrário, o legislador adotará, se aprovado o texto, a concretização expressa do negócio jurídico como condição de existência.

No modelo originalmente implementado no processo civil, apesar de produzir efeitos imediatos uma vez celebrado o negócio processual, o juiz tem o dever de analisar a validade e eficácia do negócio jurídico.¹⁸ Nery Junior e Rosa Nery elucidam, ainda, que, por vezes, o negócio só terá eficácia plena se houver a homologação judicial, como no caso de transação ou de extinção do processo sem resolução de mérito.

Contudo, no processo administrativo, acerca da validade, se acresce um requisito para perfectibilizar, de maneira válida, o ato: a manifestação do órgão jurídico, observados os princípios previstos no artigo 2º desta Lei. Significa dizer que cumprirá ao corpo jurídico do órgão ou entidade o dever de manifestação, através de parecer jurídico, sobre a observância dos requisitos de validade e eficácia do negócio que se pretende analisar.

O primeiro destes requisitos expresso no §1º do art. 25-A seria a observância do art. 2º do PL nº 2.481/2022, que possui o seguinte teor:

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

§1º Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

.....

XIV – possibilidade de negociação com o administrado na busca do atendimento do interesse público.

§2º As disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aplicam-se aos processos administrativos.¹⁹

O negócio jurídico processual pode ser amplamente celebrado sobre as regras procedimentais, desde que observe os princípios que regem a Administração Pública, como a legalidade, finalidade, moralidade, segurança jurídica e o interesse público.

Veja-se, portanto, que o interesse público deve pautar a instituição do negócio processual entre Administração Pública e administrado, de modo que não será válida negociação que beneficie tão somente o administrado. O inverso, contudo, não segue a mesma lógica, podendo o interesse público prevalecer na tratativa acordada. Este aspecto certamente demandará uma análise acurada de cada caso pelo parecerista.

¹⁸ *Apud*, p. 825-827.

¹⁹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.481, de 16 de setembro de 2022. Reforma da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo)*. Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154735>, acesso em: 15 jan. 2024, p. 2.

Além dos requisitos indispensáveis já elencados, não se pode olvidar dos materiais indispensáveis à validade do ato, como agente capaz, manifestação de vontade livre e objeto lícito. A consensualidade e objeto serão alvo de debate no capítulo seguinte. Quanto à capacidade, caso o administrado seja incapaz, deverá estar representado no ato para poder celebrar negócios processuais.

Outro aspecto que se mostra relevante é a observância das disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito, prevista no §2º do art. 2º do PL.

Ainda que aprovada pelo parecer judicial emitido, não se descarta a possibilidade de controle e revisão do ato pelo Poder Judiciário, tal como ocorre no processo civil, quando se identificar que não foram cumpridas as exigências previstas para a existência, validade e eficácia do negócio processual. Segundo Nery Junior e Rosa Nery: “O magistrado pode e deve declarar a nulidade do negócio jurídico processual nos casos em que a Constituição ou a lei reconheça expressamente essa nulidade”.²⁰

No entanto, tal controle deve considerar as peculiaridades de ter, nestes casos, envolvido, como uma das partes, a Administração Pública, amparada pelo princípio da deferência. Numa análise do art. 22 da LINDB, com a doutrina Chevron, Nihebur, Oliveira e Medeiros²¹ advertem para a recomendação de que os magistrados adotem uma conduta cautelosa ao revisar os atos administrativos, referendados por parecer jurídico:

Na contramão de uma conduta ativista, o Princípio da deferência à Administração Pública consiste numa recomendação para que os magistrados adotem uma postura de auto-contenção ao revisar os atos administrativos expedidos em termos admissíveis, ainda que possam eventualmente discordar da interpretação levada a cabo pelo Poder Público. Significa que o Poder Judiciário se abstém de impor sua opinião sobre qual é a resposta correta fornecida pelo ordenamento jurídico, desde que haja duas ou mais opiniões válidas e a solução encontrada pela Administração seja aderente ao texto da lei e expedida em termos razoáveis.

O art. 25-A do Projeto de Lei nº 2.481/2022, para além de regulamentar negócios processuais atípicos no processo administrativo, pretende, ainda, a inserção do denominado calendário processual, que se enquadra no modelo típico de negócio processual.

A novidade advém da previsão contida nos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 25-A, que, se aprovados na íntegra, permitirão à Administração Pública e aos administrados a fixação de calendário próprio para a prática de atos processuais. Tal calendário vinculará as partes aos prazos nele contidos, podendo modificá-los somente em casos excepcionais, devidamente justificados. A fixação das datas previamente definidas no calendário incorre, ainda, no efeito tácito de intimação, pois dispensará a intimação posterior para a prática do ato processual.

A adoção desta prática poderá aumentar a celeridade dos processos administrativos, muitas vezes dotados de morosidade, dada a previsão prévia de prazos para o cumprimento de atos processuais.

²⁰ *Apud*, p. 828.

²¹ NIEBHUR, Pedro; OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MEDEIROS, Isaac Kofi. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o art. 22 da LINDB. *In*: MAFFINI Rafael; RAMOS, Rafael (coord.). *Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. São Paulo: Lumen Juris, 2020, p. 82.

Contudo, no processo civil, doutrinadores como Hartmann²² defendem a inconstitucionalidade do calendário para a prática de atos processuais, por entender a sobreposição do interesse particular em detrimento do público.

Em se tratando de processo administrativo, todavia, há de prevalecer o interesse público sobre o particular, que será objeto de fiscalização e análise pelo órgão jurídico competente. Considerando, ademais, que a transparência e eficiência são princípios que têm avançado na sua aplicação, não parece que o instituto padecerá de inconstitucionalidade, ao contrário, visualiza-se como uma aposta de modernização necessária à Administração Pública, de modo a atender os parâmetros constitucionais.

4 Consensualidade do negócio jurídico processual na Administração Pública

O negócio jurídico processual emana do dever de cooperação entre as partes, consubstanciado no artigo 6º do Código de Processo Civil Brasileiro:

O art. 6º do CPC/2015 estabelece que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão demérito justa e efetiva”. Porém, a cooperação entre partes pressupõe comportamentos pautados na boa-fé, de onde podemos verificar a íntima conexão e implicância existente entre os arts. 5º e 6º do CPC/2015.²³

O princípio da cooperação advém do desenvolvimento do princípio do contraditório, assumindo uma roupagem mais moderna:

o princípio da cooperação é um desdobramento do princípio do contraditório, constitucionalmente assegurado. Assim, o contraditório teria assumido roupagens modernas, a partir das quais não bastaria assegurar formalmente às partes oportunidades processuais de se manifestarem nos autos. O procedimento deve ir além, oportunizando que haja real influência das partes na formação do juízo de convencimento do juiz. Para tanto, a cooperação assumiria papel viabilizador desse contato eficaz e construtivo entre os litigantes e o julgador.²⁴

Humberto Theodoro Júnior²⁵ reforça que tal princípio deverá nortear as partes e o juiz na aplicação do negócio processual (no processo administrativo, o órgão jurídico) com o objetivo de solucionar o conflito através de esforço comum para alcançar uma decisão justa, mediante um procedimento mais simplista e adequando ao caso concreto.

Todavia, não são quaisquer atos capazes de ser mediados através deste instituto. Nesse sentido, Silas Santos elenca hipóteses que poderão ser objeto de negociação atípica processual:

²² HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso Completo do Novo Processo Civil*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 222-223.

²³ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 219.

²⁴ *Apud*, p. 219.

²⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 21. ed. rev. e a atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 257.

O objeto, o negócio jurídico processual pode versar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes, ou, ainda, sobre procedimentos, desde que passíveis de autocomposição, antes ou durante o processo. O seu objeto não versa, portanto, sobre direito material, de modo que ainda que este seja indisponível não haverá óbice à sua celebração, desde que o poder, faculdade, ônus ou deveres processuais negociados sejam passíveis de autocomposição.²⁶

4.1 Limites objetivos e subjetivos

A consensualidade na Administração Pública está limitada a uma série de requisitos.

Com efeito, a cooperação com a Administração Pública e administrado como partes necessariamente dependerá da autonomia de vontade bilateral e dos limites objetivos e subjetivos que envolvem o negócio jurídico. Isso se deve, *in casu*, ao ente público, com suas peculiaridades, como uma das partes envolvidas na negociação.

Os primeiros limites a serem observados nessas tratativas são os objetivos. Nesse sentido, são considerados limites objetivos: a ordem pública e os direitos constitucionais:

Em se tratando de direito a respeito do qual se permite a autocomposição, é possível às partes a celebração de negócio jurídico processual que lhes aprouver, respeitados os limites da constitucionalidade, ordem pública e disposição de vontade.²⁷

Há, ainda, limites subjetivos que devem ser acrescidos na autocomposição processual com o Poder Público, que são a manifestação de vontade e o direito público.

Para compreender melhor a manifestação de vontade enquanto limite subjetivo, torna-se relevante a análise de Nogueira²⁸ sobre a distinção entre autonomia de vontade, autonomia privada e autorregramento da vontade:

A questão da nomenclatura utilizada para designar o complexo de poderes exercidos na manifestação do ato negocial também é discutida. Fala-se em “autonomia da vontade”, autonomia privada, – expressão geralmente utilizada por aqueles que intentam se afastar do dogma da vontade, assim como o autorregramento da vontade. Para além de ser uma questão meramente terminológica, o uso de uma ou outra expressão é relevante para destacar o âmbito de aplicação do conceito.

Os propósitos deste trabalho – em que se busca aplicar a teoria do negócio jurídico, como conceito de Teoria Geral do Direito, ao Direito Processual –, recomendam o uso do termo autorregramento de vontade.

(...)

Aproxima-se da doutrina da autorregulação de interesses OLIVEIRA ASCENSÃO, que aceita a concepção de BETTI quando a admitir que a função do negócio é justamente a regulação de interesses, muito embora sem caráter preceptivo.

²⁶ SANTOS, Silas Silva *et al.* *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. R14.

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 826.

²⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese / Doutorado UFBA; Salvador, 2011, p. 118, 123-124.

Para o autor português, negócio jurídico se define como uma “ação de autoregulação de interesses com vinculatividade jurídica, que é relevante para o ordenamento através da atribuição de efeitos jurídicos quando possível correspondentes ao objetivo das partes.

No que toca ao Poder Público, o Direito Público sempre será um limite necessário ao autorregramento de vontade, pois, diferente do que ocorre no Direito Privado, a negociação estará restrita à observância exata das normas de Direito Público para a sua concretização:

Admite-se, também, o negócio processual no processo constitucional e administrativo, guardados os limites naturais de autocomposição que esses processos possuem. A sempre citada expressão de Otto Mayer (“Der Staat nicht parktiert”- O Estado não pactua- Otto Mayer. Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag [Aor3] (1988), p. 3 et seq.), associada à ideia veiculada por Stassinopoulos (“O Estado só está autorizado a fazer o que a lei permitir: não pode agir nem contra a lei, mas apenas secundum legem” [Stassinopoulos. Traité, §10, 1, p. 69]) tem sido levada em conta quando se examina a possibilidade de haver negócio processual em processos envolvendo o Poder Público, para confirmá-la e mitigá-la, dada a evolução das situações em que a lei permite uma série grande de atividades que o Estado está autorizado a fazer.²⁹

O negócio jurídico processual administrativo impele, portanto, a negociação apenas do que for a favor, e não contrário ao Direito Público.

Com isso nasce, também, a possibilidade de revisão e nulidade dos negócios jurídicos processuais administrativos, sempre que se observar a violação dos limites objetivos e subjetivos.

5 Conclusão

Conclui-se, portanto, que, ainda que se receba com entusiasmo a inserção atípica do negócio jurídico processual no processo administrativo, as hipóteses tendem a ser bem restritas na sua aplicabilidade.

Quanto à vulnerabilidade na celebração de negócios jurídicos, Scarpinella esclarece que cabe ao magistrado controlar a validade dos negócios processuais, reconhecendo a sua nulidade em caso de manifesta vulnerabilidade de uma das partes.³⁰

Entretanto, se revela mínima a esfera de consensualidade para o administrado, sendo, aparentemente, inadmissível a arguição de vulnerabilidade do administrado na concretização do negócio jurídico processual, antes ou durante o processo.

Isso porque as peculiaridades que envolvem a Administração tornam-se limitadas às exigências impostas.

No caso da multa administrativa, por exemplo, o administrado terá que consentir com a aplicação da penalidade imposta para obter desconto e impedir a deflagração processual. Portanto consensualidade da pactuação do negócio jurídico extrajudicial

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 826.

³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 232.

apta a gerar pré-eficácia implicará a automática renúncia ao direito de contraditório e ampla defesa.

É inegável possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo Administrativo. Os parâmetros de controle dos atos administrativo, contudo, terão direções completamente diferentes.

Nos moldes do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil, a validade do negócio jurídico processual está sujeita ao controle jurisdicional, que, de ofício ou a requerimento, “o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

Considerando a natureza dúplice do negócio jurídico processual, subordina-se ao preenchimento dos requisitos de validade material indispensáveis elencados por Nery. Neste ponto, igualmente, os atos processuais privados e públicos se equiparavam, para efeitos de validade e eficácia.

A livre manifestação de vontade encontra, porém, limites. A cláusula geral a convenção processual, enquanto negócio jurídico previsto no Código de Processo Civil, quando eivada de vícios, poderá ser revista e considerada nula e, por conseguinte, inexistente e ineficaz, pelo Poder Judiciário.

Já no processo administrativo, a hipossuficiência de alteração substancial das condições para a aquiescência do negócio jurídico processual não será passível, aparentemente, de controle pelo Poder Judiciário, a não ser que se identifique o descumprimento dos princípios administrativos consubstanciados no art. 2º do PL nº 2.481/2022.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. CPC (2015). Código de Processo Civil: Lei nº 13.105, de março de 2015. Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações, Brasília, 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.481, de 16 de setembro de 2022*. Reforma da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo). Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154735>. Acesso em: 15 jan. 2024.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERRAZ, Sérgio. *Acordos Processuais Administrativos*. Instrumentos Consensuais. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso Completo do Novo Processo Civil*. 4. ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MELLO, Marcos Bernardes Bandeira de. *Teoria do Fato Jurídico* (Plano da Existência). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NIEBHUR, Pedro; OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MEDEIROS, Isaac Kofi. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o art. 22 da LINDB. In: MAFFINI Rafael; RAMOS, Rafael (coord.). *Nova LINDB: consequentialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. São Paulo: Lumen Juris, 2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese / Doutorado UFBA; Salvador, 2011.

SANTOS, Silas Silva *et al.* *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 21. ed. rev. e a atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

WEGERMANN, Alessandra. Limites da consensualidade no negócio jurídico processual administrativo. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 551-562. ISBN 978-65-5518-820-2.

A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA NA PROTEÇÃO DA MULHER E A (IM)POSSIBILIDADE DE SUA CONCRETIZAÇÃO

WEIDA ZANCANER

1 Introdução

A sociedade brasileira é formada por uma população multirracial e multicultural, o que fez outros povos imaginarem que os brasileiros formavam um povo inclusivo e não discriminador.

Ledo engano, o Brasil é, sem dúvida, um país extremamente preconceituoso e costuma não só diferenciar por gênero ou raça, mas também por condição social e econômica, religião, idade, orientação sexual e hipossuficiência de qualquer espécie.

Essa faceta do brasileiro, escondida a sete chaves, de si mesmo, ficou submersa enquanto as ideias iluministas não naufragaram na onda de extrema-direita que se alastrou nos EUA, para, posteriormente, criar raízes na Europa e na maioria dos países situados no mundo ocidental.

O Brasil foi um dos países mais atingidos pelas ideias disseminadas pela extrema-direita, em razão da submissão aos ideais norte-americanos e sua dependência com relação à política econômica dos EUA.

Em um trabalho conjunto entre as forças políticas do governo norte-americano, liderados por Trump e seus mentores, e os políticos reacionários brasileiros descontentes com os novos rumos progressistas que o Brasil trilhava, após o governo Lula e no decorrer do governo Dilma Rousseff, foi tramado um golpe de Estado que retirou do Poder a Presidente da República e que propiciou o desmonte do incipiente Estado Democrático de Direito brasileiro e possibilitou a ascensão de Jair Bolsonaro e suas consequências nefastas para o país, com o auxílio de grande parte do Poder Judiciário, da mídia brasileira e parte expressiva do Ministério Público Federal.¹

¹ Entre os próceres destes setores, podemos citar, entre outros: o ex-juiz Sérgio Moro, as organizações Globo e o ex-procurador da República Deltan Dallagnol.

Não iremos aqui adentrar as razões pelas quais um país com uma economia estabilizada como o Brasil deixou-se seduzir novamente pelo canto das sereias do neoliberalismo em 2015, apesar de ter atravessado, sem grandes problemas, a crise financeira de 2008² que assolou os EUA.

A partir do golpe de 2016, o Brasil regrediu não apenas economicamente, mas social, ambiental, educacional, culturalmente e se transformou em um Estado de Exceção em que passou a imperar o “*law fare*”, a perseguição contra indígenas, LGBTQIA+, aos cultos afro-brasileiros e a todos os que buscavam igualdade de gênero, raça ou lutavam por melhores condições sociais.

2 A formação da sociedade brasileira

A população brasileira, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no censo de 2010, era de 190.755.799 pessoas, sendo 93.406.990 homens e 97.348.809 mulheres. Pelo site do IBGE desse ano, o Brasil no Censo de 2022 tem uma população de 203.062.512 pessoas o que “significa que o crescimento médio da população nos últimos anos foi de 0,52, o menor registrado no país desde 1872, quando foi realizado o primeiro censo do país”.³

As mulheres brasileiras, embora constituam maioria, ainda hoje, necessitam da proteção do Estado, da mesma forma que os hipossuficientes, tendo em vista o tratamento desigual a que estão submetidas no seio da sociedade.

A cultura patriarcal e despótica, que teve origem no Brasil-colônia, ainda subsiste, mesmo nas regiões mais desenvolvidas de nosso país e influencia a sociedade brasileira até os nossos dias.

Até a Proclamação da República, o sistema jurídico brasileiro era importado de Portugal e consistia nas Ordenações vigentes no Reino de Portugal. No Brasil vigoraram as Ordenações: Afonsinas, de 1500 a 1514, as Manuelinas, de 1514 a 1603, e as Filipinas, de 1603 a 1916. As duas primeiras tiveram aplicação restrita no Brasil-colônia, por duas razões: (i) por não ter Portugal qualquer desejo de estabelecer um sistema judiciário completo em sua colônia; e (ii) pelas diferenças culturais e demográficas entre Brasil e Portugal.

Já as Ordenações Filipinas⁴ muito influenciaram o sistema jurídico e a formação da sociedade brasileira, não só por terem sido aplicadas por um Judiciário formal, que teve início com a chegada da Coroa Portuguesa no Brasil, mas, sobretudo, pelo tempo em que foram aplicadas, pois permaneceram vigentes no Brasil Império e só foram sendo paulatinamente substituídas com o advento da República em 1889. Sem embargo, o livro das ordenações que mais perdurou foi o:

² 2 A crise financeira de 2008 ocorreu devido a uma *bolha imobiliária* nos Estados Unidos, causada pelo aumento nos valores imobiliários, que não foi acompanhado por um aumento de renda da população.

³ Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/21972-populacao-brasileira-crece-6-5-e-chega-a-203-1-milhoes-de-habitantes-aponta-censo-2022.html>.

⁴ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Ordenações Filipinas*: considerável influência no direito brasileiro. Considerável Influência no Direito Brasileiro. Disponível em: <https://historiadodireitofmp.blogspot.com/2015/07/ordenacoes-filipinas-consideravel.html>. Acesso em: 20 jan. 2024.

IV, vigorando durante toda a época do Brasil Império e parte do período republicano, com profunda influência no nosso atual sistema jurídico, (...) sendo que as normas relativas ao direito civil só foram definitivamente revogadas com o advento do Código Civil de 1916.⁵

As Ordenações Filipinas tiveram por base os textos que as antecederam e que haviam sido formulados no período medieval, em que os homens tinham poderes quase absolutos sobre as mulheres, podendo castigá-las sem serem punidos e sendo os únicos exercentes do poder familiar, à época denominado “pátrio poder”.

Logo após a Proclamação da Independência em 7 de setembro de 1822, as forças portuguesas que haviam se acantonado na Bahia para resistir à Independência do Brasil, lideradas pelo general Madeira de Mello, em 2 de julho de 1823, zarparam para os mares, com soldados, praças e marinheiros: seus inúmeros navios haviam sido derrotados pela resistência brasileira, após mais de um ano lutando pela sua permanência em *Terra Brasilis*.

A resistência dos baianos foi motivada pela pesada carga de impostos que a Coroa portuguesa exigia de seus súditos e teve início em fevereiro de 1922. Dentre os resistentes uma figura se destaca: a do soldado Medeiros, que, na verdade, era uma mulher, Maria Quitéria, que por vontade própria tinha se alistado para lutar contra os portugueses.

Maria Quitéria de Jesus foi descoberta por seu pai, que tentou fazer com que a expulsassem do Exército, mas a destemida jovem não foi expulsa de seu batalhão, graças à intervenção do Major José Antonio Silva Castro, que reconheceu a sua habilidade com armas e seu empenho nas missões que recebia. Essa mulher corajosa chegou a comandar um grupo de mulheres civis que lutaram contra os portugueses na Barra de Paraguaçu, Bahia, e foi condecorada por D. Pedro I com a insígnia de Cavaleiro da Ordem *imperial do Cruzeiro*.

Outro símbolo da vitória dos brasileiros sobre os portugueses, na Bahia, foi a abadessa Joana Angélica de Jesus, assassinada ao tentar impedir a invasão do Convento da Lapa pelos portugueses, que no local buscavam armas e brasileiros insurgentes.

Mas foi uma mulher negra, escrava alforriada, capoeirista, adepta do candomblé e que exercia a atividade de marisqueira quem lançou raízes profundas no imaginário do brasileiro, a ponto de sobreviver não apenas em livros tardios, mas na tradição oral do nosso povo, a tal ponto que alguns historiadores chegaram a cogitar que ela seria uma figura lendária, conhecida pelo nome de Maria Felipa.

Maria Felipa de Oliveira, símbolo de bravura e coragem, representante de nosso povo, heroína da Independência, não era uma lenda, mas a mulher de carne e osso que comandou homens e mulheres, por volta de 200, que travaram com os portugueses uma batalha que implicou a retirada dos colonizadores, quando, baseados na Ilha de Itaparica, tentaram invadir Salvador, consolidando, assim, a Independência do Brasil.

Em 25 de março de 1824, D. Pedro I edita a Constituição Política do Império do Brasil, que, em seu artigo 46, prescrevia:

Art. 46. Os Príncipes da Casa Imperial são Senadores por Direito, e terão assento no Senado, logo que chegarem à idade de vinte cinco anos.

⁵ *Idem.*

O texto, de clareza solar, não deixava dúvidas de que, em 29 de julho de 1871, ao completar 25 anos, a Princesa Izabel era, de Direito, senadora e, portanto, teria assento no Senado. Mas a Princesa não foi convidada a comparecer ao Senado, mesmo porque, anteriormente, em 1867, fora questionado esse seu direito com o esdrúxulo fundamento de que as mulheres não eram aptas para a política e que o texto a elas não se reportava e, apesar de no art. 178 prescrever “que a lei será igual para todos,” em momento algum a referida Constituição mencionou a palavra “mulher”.

À época houve até uma contenda entre José de Alencar e Pimenta Bueno, o primeiro contra e o segundo favorável a que a Princesa ocupasse tão ilustre cargo. Dizia Pimenta Bueno: se a Princesa está vocacionada a ocupar o trono, por que estaria impedida de ocupar o cargo de senadora?

Mas as leis que discriminavam o gênero feminino continuariam a ser editadas. Serve de exemplo a *Lei de 15 de outubro de 1827*, que dispunha sobre a criação de escolas “de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos do Império,” que prescreve, em seus artigos 6º, 11 e 12, que as matérias ensinadas para meninos e meninas deveriam ser diferentes, “*verbis*”:

Art. 6º Os Professores ensinarão a ler, escrever as quatro operações de aritmética, prática de quebrados, decimais e proporções, as nações mais gerais de geometria prática, a gramática da língua nacional, e os princípios de moral cristã e da doutrina da religião católica e apostólica romana, proporcionando à compreensão dos meninos; preferindo para as leituras a Constituição do Império e a História do Brasil.

Art. 11. Haverão escolas de meninas nas cidades e vilas mais populosas, em que os Presidentes em Conselho, julgarem necessário este estabelecimento.

Art. 12. As Mestras, além do declarado no Art. 6º, com exclusão das noções de geometria e limitando a instrução de aritmética só as suas quatro operações, ensinarão também as prendas que servem à economia doméstica. (...)

Como bem salienta Isabela Guimarães Rabelo do Amaral,⁶ embora a Constituição de 1824 pregasse que a lei seria igual para todos, *ex vi* art. 179, inciso XIII, isso realmente não ocorria na legislação do Império, como ficou patente quando da edição da Lei de 15 de outubro de 1827, sobre a criação de escolas primárias, em razão da qualidade e da quantidade das matérias ensinadas para os meninos e meninas. As matérias ensinadas às meninas as impediam de ter êxito ou condições de prestarem concurso em condições de igualdade com o sexo oposto.

Foi só em 1890, após o advento da República, que o Decreto nº 181, de 24 de janeiro do mesmo ano, estabeleceu ser vedada ao marido a aplicação de castigos físicos à mulher e aos filhos, mas o pátrio poder ainda permaneceu nas mãos dos homens, mesmo com o advento do Código Civil de 1916, código este que o avalizou. Talvez essa possa ter sido uma das razões que ajudaram a formar uma sociedade discriminadora e intolerante com negros, índios e mulheres.

Os negros por serem escravos não eram sujeitos de direito. Tal situação só foi alterada com a abolição da escravatura, pela chamada Lei Áurea, sancionada pela

⁶ Para aqueles que querem se aperfeiçoar nas pesquisas, indico um belo artigo intitulado: Inferiorizando Mulheres no Período Imperial Brasileiro: A Influência do Direito, de Isabela Guimarães Rabelo do Amaral.

Princesa Isabel, em 13 de maio de 1888. A Lei Áurea foi precedida pela Lei do Ventre Livre, em 28 de setembro de 1871, que libertou as crianças filhas de escravos.

Hoje, a condição dos negros é reveladora das atitudes comportamentais que os vitimaram e ainda vitimam, em que impera o desprezo e humilhações que relembram as afrontas que sofriam os escravizados no Brasil-Colônia, o que demonstra que as ideias feudais incutidas nos brasileiros permanecem vivas em pleno século XXI. A não punição dos detratores da civilidade e da democracia é maléfica à existência de uma sociedade justa, livre, inclusiva e igualitária, além de ferir nossa Constituição Cidadã de 1988⁷ e grande parte da legislação ordinária que nela se assenta.

A escravização dos índios pelos colonizadores foi um rotundo fracasso. Acostumados à liberdade preferiam morrer a viver em cativeiro, o que fez com que a Coroa Portuguesa os considerasse livres. Sem embargo, os que não se submetessem à religião católica ensinada pelos jesuítas eram literalmente dizimados. Portanto, ou se aculturavam, perdendo seus usos, costumes e crenças e eram incorporados à “civilização branca”, ou eram aniquilados.

O Código Civil de 1916 passou a considerar os silvícolas como relativamente incapazes, situação que perdura até hoje para os índios isolados, pois são tutelados pela FUNAI, tendo em vista o disposto no Código Civil vigente e na Lei nº 6.001/73, também denominada Estatuto do Índio.

Mas as poucas e frágeis melhorias conseguidas pelos povos originários, após o descobrimento do Brasil, foram destroçadas com o descaso do Governo de Jair Bolsonaro com o garimpo ilegal nas terras indígenas, que aumentou 787%, entre 2016 e 2022, conforme registra o INPE.⁸

O Código de 1916 também considerava a mulher como relativamente incapaz. Ela necessitava de um representante – sendo o pai, se solteira, ou marido, se casada – para assisti-la nos atos da vida civil, sob pena de serem anulados.

Mas as mulheres brasileiras, ainda que relativamente incapazes, fundaram em 1910 o Partido Republicano Feminino – PRF, lideradas pela sufragista baiana Prof. Leontina Figueiredo Dalto, cuja atuação ocorreu no Rio de Janeiro, sob a égide da Constituição de 1891.

⁷ A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º inciso XLII, determina que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à reclusão nos termos da lei”.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) – IV Promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a prosperidade (...).

– XLI A lei punirá a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Art. 4º – A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II – prevalência dos direitos humanos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo. Art. 7º (...) XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Art. 215. §1º – O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. Art. 216. §5º – Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. ADCT – Art. 68 – Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras e reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

⁸ CASEMIRO, Poliana; STABILE, Arthur. Garimpo aumentou 787% em terras indígenas entre 2016 e 2022, aponta Inpe. *G1*, Rio de Janeiro, p. 1-1, 11 dez. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2023/02/11/garimpo-aumenta-787percent-em-terras-indigenas-entre-2016-e-2022-aponta-inpe-infografico.ghtml>. Acesso em: 20 jan. 2024.

Outra feminista que se destacou na luta pela emancipação das mulheres foi a paulista Bertha Lutz,⁹ que comandou a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, fundada em 9 de fevereiro de 1922.

Em 1932, foi garantido o sufrágio feminino, sendo uma vitória da luta que as mulheres começaram quando da vigência da Constituição 1891.

Cabe aqui mencionar outra mulher de escol: *Nise da Silveira*. Nise, a alagoana que se formou médica pela Universidade da Bahia, foi aluna de Jung e presa pelo governo Vargas em 1936/37, por ser militante comunista, época em que conheceu Olga Benário e Graciliano Ramos. Nise foi citada por Graciliano em “Memórias do Cárcere”.¹⁰

A Nise deve-se o início da luta antimanicomial e a própria existência da Lei nº 10.216/2001,¹¹ bem como a criação do Museu do Inconsciente, situado no Rio de Janeiro.¹²

Em 24 de abril de 2022, foi aprovado o projeto de lei apresentado pela deputada Jandira Fegali, que visava a inscrever o nome da psiquiatra Nise da Silveira no Livro dos Heróis e Heroínas da Pátria e enviado para a sanção presidencial.

Sem embargo dos méritos da homenageada e da importância de seus feitos, em 25 de maio do mesmo ano foi publicado, no Diário Oficial, o veto do Presidente Jair Bolsonaro, que, como homem de pedestre cultura e misoginia declarada que é,

⁹ A vida da cientista, advogada, tradutora, educadora e sufragista, Bertha Lutz, dá enredo a várias histórias que se confundem com o desenvolvimento das Ciências, do Direito, das Letras, da Educação e do movimento feminista no Brasil. Filha de Adolfo Lutz, o fundador da Medicina Tropical e da Zoologia Médica, não foi um apêndice do pai, em verdade foi uma grande cientista, educadora e sufragista e sua biografia deveria ser ensinada nas escolas, para que moçoilas da elite paulistana pudessem aprender, em pleno século XXI, que a vida pode ser melhor vivida se deixassem de receber polpudas mesadas até a idade de 60 ou 70 anos, para preencherem suas vidas ociosas em clubes, onde as conversas consistem em contar a última viagem a Paris ou a alguma ilha do Caribe, onde só os iates de grande envergadura aportam. SECRETARIA DA CULTURA DA PREFEITURA DE SÃO BERNARDO. *Os Sapos e o Feminismo: Bertha Lutz*. Prefeitura de São Bernardo. São Bernardo, p. 1-1, mar. 2023. Disponível em: <https://www.saobernardo.sp.gov.br/web/cultura/-biblioteca-publica-lugar-de-conhecimentos-mulheres-na-ciencia-e-em-todos-os-lugares-parte-4-os-sapos-e-o-feminismo-bertha-lutz>. Acesso em: 21 jan. 2024.

¹⁰ Eis a passagem redigida por Graciliano Ramos: “Numa passada larga, atingi o vão da janela: agarrei-me aos varões de ferro, olhei o exterior, zozno, sem perceber direito porque me achava ali. Uma voz chegou-me, fraca, mas no primeiro instante não atinei com a pessoa que falava. Enxerguei o pátio, o vestibulo, a escada já vista no dia anterior. No patamar, abaixo de meu observatório, uma cortina de lona ocultava a Praça Vermelha. Junto, à direita, além de uma grade larga, distingui afinal uma senhora pálida e magra, de olhos fixos, arregalados. O rosto moço revelava fadiga, aos cabelos negros misturavam-se alguns fios grisalhos. Referiu-se a Maceió, apresentou-se:
– Nise da Silveira.

Noutro lugar o encontro me daria prazer. O que senti foi surpresa, lamentei ver a minha conterrânea fora do mundo, longe da profissão, do hospital, dos seus queridos loucos. Sabia-a culta e boa, Rachel de Queiroz me afirmara a grandeza moral daquela pessoinha tímida, sempre a esquivar-se, a reduzir-se, como a escusar-se de tomar espaço. Nunca me havia aparecido criatura mais simpática. O marido, também médico, era o meu velho conhecido Mário Magalhães. Pedi notícias dele: estava em liberdade. E calei-me, em vivo constrangimento.

De pijama, sem sapatos, seguro à verga preta, achei-me ridículo e vazio; certamente causava impressão muito infeliz. Nise, acanhada, tinha um sorriso doce, fitava-me os bugalhos enormes, e isto me agravava a perturbação, magnetizava-me. Balbucio imprecisões, guardou silêncio, provavelmente se arrependeu de me haver convidado para deixar-me assim confuso”. Disponível em: <https://blogdoims.com.br/graciliano-ramos-e-nise-da-silveira-em-memorias-do-carcere-por-elvia-bezerra/>.

¹¹ BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF.

¹² DULCE, Emilly. Como a alagoana Nise da Silveira revolucionou o tratamento mental por meio da arte. *Brasil de Fato*, São Paulo, p. 1-1, 15 fev. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/02/15/como-a-alagoana-nise-da-silveira-revolucionou-o-tratamento-mental-por-meio-da-arte>. Acesso em: 19 jan. 2024.

fundamentou seu veto negando ser possível relacionar os feitos da médica, a despeito de sua contribuição para a implementação, no Brasil, da terapia ocupacional, e o impacto dessa terapia para o desenvolvimento da ciência médica, aos inúmeros seres humanos mantidos em nosocômios. Mas, em 5 de julho de 2022, o veto de Bolsonaro foi derrubado pelo Congresso Nacional.

Portanto, quando se fala de mulheres, seus cerceios e seus progressos, não se pode olvidar Nise da Silveira, pois ela “é mais do que atual, é sinônimo de resistência atemporal e expansão do pensamento”.¹³

Em 1962 veio a lume a Lei nº 4.212, que propiciou um efetivo avanço para romper com os grilhões que impediam a liberdade feminina, como: poder trabalhar sem autorização do marido, ter direito à herança e à possibilidade, no caso de separação, de pleitear a guarda dos filhos, já que muitas mulheres sem condições de trabalho e sem a guarda dos filhos se submetiam a serem vassalas do marido, em pleno século XX.

No crepúsculo do ano de 1977, precisamente em 26 de dezembro, foi publicada a Lei nº 6.515, também chamada Lei do Divórcio,¹⁴ que extinguiu o vínculo matrimonial e permitia que homens e mulheres pudessem refazer suas vidas, pois no regime anterior à citada lei os casamentos poderiam ser desfeitos pelo desquite, mas as uniões que porventura viessem a ter os cônjuges separados, a partir do desquite, não eram consideradas legítimas e, assim, aqueles que se desquitassem tinham que viver em concubinato.

Os mais ferrenhos defensores da indissolubilidade do casamento eram os católicos e, por mais incrível que possa parecer, foram as mulheres católicas as que mais discriminavam mulheres separadas, olhando-as como se fossem caçadoras de maridos, pelo simples ato de terem se desquitado. Pode-se dizer – sem temor de errar – que, no Brasil, a Igreja Católica, as Evangélicas e parte da doutrina religiosa Espírita muito contribuíram para a opressão das mulheres.

Um marco importante para a preservação da integridade física e psicológica da mulher foi a criação da Delegacia de Defesa da Mulher, no Estado de São Paulo, pelo Governo do Estado em 1985.

Sem embargo, a estruturação dessa indispensável medida à proteção da mulher sempre deixou a desejar, mesmo após 36 anos de sua criação, pois o atendimento à mulher fragilizada pela violência física, psicológica ou moral jamais primou pela amabilidade e competência. Tanto que as principais queixas das mulheres vitimadas, especialmente em relação às mulheres violentadas, são: a frieza nos acolhimentos, as perguntas desrespeitosas ou agressivas e os atendimentos feitos por policiais homens, que, por serem machistas, tendem a não dar como críveis as dolorosas narrativas feitas por essas mulheres e também porque muitas das policiais mulheres, que prestam esse mesmo serviço, não possuem formação adequada para proceder a esse tipo de acolhimento.

O Estado de São Paulo, em 2001, lança o Programa “Bem Me Quer”, que em março deste ano completou 23 anos de assistência às mulheres vítimas de abusos sexuais e outros tipos relacionados.

O Programa congrega ações das Secretarias da Segurança Pública, da Saúde e da Assistência Social, além da Procuradoria-Geral do Estado e, no Estado de São Paulo,

¹³ *Idem, ibidem.*

¹⁴ A Lei do Divórcio teve como seu mais destacado prócer o deputado Nelson Carneiro.

do Hospital Pérola Byington, e visa a quebrar o ciclo de impunidade, além de permitir o tratamento psicológico e físico da mulher, para impedir a disseminação de doenças oportunistas como a aids e outras doenças infectocontagiosas.

Nos casos de estupro, em razão da Lei nº 12.845/13, todas as brasileiras têm direito ao tratamento preventivo contra o vírus da aids e de outras doenças sexualmente transmissíveis. Esses tratamentos são ministrados por hospitais públicos. Na Grande São Paulo, as vítimas, com o boletim de ocorrência, devem procurar o mais rápido possível o Centro de Referência no tratamento da aids, o Hospital Pérola Byington.

Em 4 de abril de 2023, foi publicada a Lei nº 14.541, que prescreve que deve ser ininterrupto o funcionamento das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, pois as agressões às mulheres são, na maioria das vezes, feitas na calada da noite ou em fins de semanas, geralmente, sombrios, para muitas mulheres brasileiras.

Mas foi só em 1988 que a Constituição brasileira prescreveu que homens e mulheres são iguais perante a lei, pois nos “anos de chumbo” (1968 a 1985) incontáveis mulheres foram seviciadas, estupradas e mortas pelo Estado brasileiro, por lutarem por um país livre e democrático, onde as injustiças e as discriminações, que ainda hoje campeiam nossa terra, não fincassem raízes na Constituição Cidadã de 1988.

Infelizmente, a igualdade de gênero, no Brasil, ainda não foi concretizada. Em prol do nosso posicionamento vale lembrar que o ridículo requisito que permitia que o homem se separasse ou se divorciasse da mulher, por ela não ser mais virgem quando do casamento, só deixou de ser relevante em 2002, com o advento do Novo Código Civil.

Num país de miseráveis surge um programa que veio transformar a vida de milhões de brasileiros e brasileiras: o Bolsa Família, instituído pela Lei nº 10.836/2004 e regulamentado pelo Decreto nº 5.209/2004, que pode ser considerado a mais efetiva e bem-sucedida política pública até hoje implementada no Brasil e consiste em um programa de transferência direta de renda para auxiliar famílias em situação de extrema pobreza. Quando de sua implementação, o Bolsa Família se destinava a brasileiros com renda familiar *per capita* inferior a R\$ 77,00 (setenta e sete) reais mensais. O cartão magnético que viabiliza a utilização do benefício é emitido, preferencialmente, em nome da mulher.

Esse programa, embora não visasse a melhorar, especificamente, a condição da mulher em si, mas da família como um todo, assim o fez, pois o fato de ser a mulher a responsável pelo cartão para a utilização do benefício pago pelo governo federal propiciou que muitas mulheres se desenvolvessem executando algumas atividades, entre elas: a de sacoleira, costureira, quituteira ou prestando pequenos serviços que as libertaram do jugo de seus maridos e companheiros, pois passaram a não depender, integralmente, do dinheiro destes para poder alimentar seus filhos.

Adversário ferrenho do Bolsa Família e da emancipação das mulheres, o Sr. Bolsonaro¹⁵ criou o Auxílio Brasil para substituir o Bolsa Família, que tanto havia combatido, visando a ser reeleito ao cargo de Presidente da República.

¹⁵ Em 2020, o presidente Jair Bolsonaro vetou integralmente o projeto da Câmara dos Deputados (PL nº 2.508/20) que dava prioridade para o pagamento do auxílio emergencial em cota dupla (R\$ 1.200,00) para a mulher chefe de família (uniparental) quando o pai também informasse ser responsável pelos dependentes. O objetivo era evitar que o pai que não cuida do filho sacasse os valores do auxílio, em detrimento da mãe. Agência Câmara dos Deputados.

Na atualidade, o programa Bolsa Família foi recriado por meio da Medida Provisória nº 1.164/2023, convertida na Lei nº 14.601/2023, ampliando benefícios e atualizando os valores a serem recebidos pelos beneficiários.

Uma das excelentes políticas públicas implementadas pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR), em 2005, foi o Ligue 180, para a oitiva de mulheres vítimas de violência. Esse serviço, além de fonte de informação para conhecer o mapa da violência contra as mulheres, tem auxiliado o governo a incrementar políticas públicas nas áreas em que a mulher está mais exposta a esse tipo de conduta.

O serviço Disque ou Ligue 180 tem como atendentes mulheres treinadas a tratar com humanidade e acolhimento as vítimas da violência. Funcionando 24 horas por dia e 7 dias por semana, a Central de Atendimento, desde sua criação, já realizou milhões de atendimentos.

Este serviço constatou que a violência contra a mulher acontece desde o início da relação, o que demonstra que as mulheres se submetem a essa situação por estarem acostumadas a conviver com ela. Suas mães, tias e avós foram vítimas e elas também apreenderam a abaixar a cabeça ao destino que lhes é imposto.

Em 2006, foi sancionada e promulgada, no Brasil, a Lei nº 11.340/06, também chamada Lei Maria da Penha, em homenagem à biofarmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, que lutou por mais de 20 anos para levar a julgamento e à prisão seu marido, o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveiros, que tentou assassiná-la duas vezes, a primeira delas com um tiro nas costas, ocasião em que ficou cadeirante, e a outra, alguns meses depois, quando Viveiros atirando-a da cadeira de rodas tentou eletrocutá-la no chuveiro.

A Lei Maria da Penha tipifica como formas de violência contra a mulher a violência física, sexual, psicológica, moral e patrimonial. Determina a criação de juizados especiais para tratar da violência contra a mulher, com competência cível e criminal. Proíbe a aplicação de penas pecuniárias ao réu agressor, possibilita que o juiz determine a prisão preventiva do agressor quando houver risco de danos físicos ou psicológicos à vítima e permite que o juiz determine a presença compulsória do agressor em programas de recuperação, alterando a lei de execução penal.

Mudanças foram feitas para aperfeiçoar a Lei nº 11.340/2006, são elas:

- a) Lei nº 13.505/2017, que acrescentou os artigos 10-A e 12-A, que prescrevem que o atendimento às mulheres deve ser feito, preferencialmente, por policiais mulheres, assim como por profissionais especializados para tomar o depoimento das vítimas ou proceder a exames e inquirições necessárias para a preservação destas, suas famílias e testemunhas, apartando-as do contato com seus agressores ou pessoas relacionadas, em local mais preservado;
- b) Lei nº 13.641/2018, que acrescenta o art. 24-A, que estabelece a pena de 3 (três) meses a 2 (dois) anos àqueles que desobedeçam às medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/06;
- c) Lei nº 13.772/2018, que criminaliza o registro não autorizado da intimidade sexual com penalidade de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa e amplia a abrangência do artigo 7º da Lei nº 11.340/2006, ao acrescentar a expressão “violação da intimidade”;
- d) Lei nº 13.827/2019, que institui medida protetiva de urgência, *ex vi* do §1º do art. 12 -C, com redação do *caput* dada pela Lei nº 14.188/2021, que poderá ser

- aplicada também por Delegado de Polícia ou policial, nos casos especificados, devendo, nestas hipóteses o juiz ser comunicado, no prazo de 24 horas, e em igual prazo decidir sobre sua manutenção ou revogação da referida medida;
- e) Lei nº 13.836/2019, que estabelece o dever de a autoridade policial informar sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e se, da violência sofrida, resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente, conforme dispõe o art. 12, §1º, inciso IV, da Lei Maria da Penha;
 - f) Lei nº 13.871/2019, acrescentando o §4º no artigo 9º, que prescreve que o agressor será obrigado a ressarcir todos os danos causados à vítima e a seus dependentes, inclusive ao SUS (Sistema Único de Saúde), em situação de violência doméstica e familiar, sem ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e seus dependentes e sem configurar atenuante ou ensejar possibilidade de substituição da penalidade, que lhe for aplicada;
 - g) Lei nº 13.880/2019, ao inserir o artigo 12, VI-A, que determina à autoridade policial verificar se o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo, assim como o dever de notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte, nos termos do Estatuto de Desarmamento. A apreensão, por ordem judicial, de qualquer arma de fogo em posse do agressor, é prevista no art. 18 da Lei nº 11.340/2006;
 - h) Lei nº 13.882/2019, que acrescenta o §7º ao artigo 9º, garantindo que a mulher, em situação de violência doméstica e familiar, tem prioridade para matricular ou transferir seus dependentes na instituição básica mais próxima de seu domicílio, independentemente da existência de vaga, sendo seus dados e de seus dependentes sigilosos e só acessíveis ao juiz do feito;
 - i) Lei nº 13.894/2019, que acrescenta o artigo 14-A, prescrevendo que a mulher, em situação de violência doméstica ou familiar, tem a possibilidade de optar por propor a ação de divórcio ou dissolução de união estável no Juizado de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher, ficando excluída deste juízo a competência relacionada com relação à partilha de bens;
 - j) Lei nº 13.984/2020, que altera o artigo 22, para obrigar que o agressor frequente centro de educação e reabilitação e passe a ter acompanhamento psicossocial;
 - k) Lei nº 14.310/2022, que inclui o parágrafo único ao artigo 38-A e estabelece que as medidas protetivas de urgência, quando expedidas, deverão ser registradas em banco de dados do Conselho Nacional de Justiça, garantindo acesso imediato ao Ministério Público, Defensoria Pública e outros, visando à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas;
 - l) Lei nº 14.550/2023, que acrescenta ao artigo 19 os §§4º, 5º e 6º, determinando que as medidas protetivas deverão ser concedidas em juízo de cognição sumária, a partir do depoimento da ofendida perante autoridade policial ou de suas alegações escritas, mas poderão ser indeferidas caso não haja risco aos direitos protegidos pela Lei nº 11.340/2006. As medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação legal da violência, não sendo também necessário o ajuizamento de ação civil ou penal, da existência de inquérito policial ou registro de boletim de ocorrência e deverão vigorar enquanto a ofendida e seus dependentes continuarem em situação de risco,

e mais, que essas medidas serão aplicadas em todas as situações previstas no artigo 5º da Lei Maria da Penha, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência ou da condição do ofensor ou da ofendida, *ex vi* o art. 40, do mesmo diploma legal.

Todas as alterações feitas na Lei Maria da Penha visam a uma melhor proteção à mulher em situação de violência doméstica ou familiar. As leis são muito importantes para a responsabilização do ofensor e proteção da ofendida, mas não podemos esquecer que a lei, por si só, não é suficiente para tornar-se concreta. Aqui não há crítica alguma àqueles que tentaram ampliar a abrangência das hipóteses legais, a fim de impedir reiteradas condutas agressivas às vítimas de violência doméstica e familiar e seus descendentes, mas apenas alertamos que a lei não pode prever todos os casos fáticos em que uma mulher pode ser agredida por duas razões: (i) por ser logicamente impossível; e (ii) mesmo se pudéssemos supor tal possibilidade, o que é faticamente impossível, a lei deixaria de ser lei para ser um ato concreto e, assim, estaríamos frente a uma impossibilidade jurídica.

A Lei Maria da Penha determina que o ofensor frequente centro de educação e reabilitação e que tenha acompanhamento psicossocial. Esta medida, em nossa opinião, é um dos pontos-chave para diminuir os atos de violência contra a mulher.

Só a educação é que poderá desmistificar a crença de ser a mulher um sexo frágil. Fragilidade, ou melhor dizendo, a menor resistência física das mulheres em relação aos homens não significa menor fragilidade psíquica, emocional ou moral e a falta de conhecimento destes aspectos componentes da realidade, pela sociedade brasileira, transformou a mulher em um ser muito frágil e passível de opressão pela maioria dos homens, principalmente pelos inseguros, possessivos¹⁶ ou que foram frutos de famílias machistas e violentas, em que o pai agressor penalizava mulher e filhos com agressões físicas, infundindo terror psicológico e ofensas morais, mas isto também só não basta, como veremos a breve passo.

3 Mudanças normativas

No início de 2012, veio a lume a Lei nº 12.650, também conhecida pelo nome de Lei Joanna Maranhão, que acrescentou o inciso V ao art. 111 do Código Penal Brasileiro, elevando a prescrição, com relação aos crimes contra a dignidade de crianças e adolescentes, para a data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se já houver sido proposta a competente ação penal.

¹⁶ Entre os pontos de alerta citados pelo MPES (Ministério Público do Espírito Santo) sobre o perfil dos possíveis agressores e que merecem atenção das mulheres estão:

- em geral, o potencial agressor tem autoestima baixa;
- é sensível a críticas;
- são possessivos e inseguros;
- tendem a manipular a companheira.

Segundo o MPES, até mesmo o excesso de proteção pode resultar no afastamento da mulher de amigos e parentes.

Tr: VASCONCELOS, Tarciane. Inseguro, possessivo e insensível: o perfil dos agressores de mulheres no ES. *G1*, Rio de Janeiro, p. 1-1, 12 abr. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2023/04/12/inseguro-possessivo-e-insensivel-ministerio-publico-do-es-detalha-perfil-de-agressores-de-mulheres.ghtml>. Acesso em: 21 jan. 2024.

Sabe-se que, embora a lei penal não possa retroagir, quando gravosa ao acusado, o que implica dizer que sua vigência deve fluir a partir da data de sua publicação, ou seja, em 12 de maio de 2012, além da dificuldade de se comprovar um ilícito anos após ter ocorrido, servirá a Lei nº 12.650/2012, ao menos, para que, a partir de sua edição, as vítimas denunciem seus agressores.

No mesmo ano foi publicada a Lei nº 12.737, também chamada Lei Carolina Dieckmann, que alterou o Código Penal por tipificar como crime de delitos informáticos a invasão de dispositivo eletrônico alheio, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, sem a autorização expressa ou tácita do proprietário ou instalar vulnerabilidades para obtenção de vantagens, bem como a interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico ou informático, telemático ou de informação de utilidade pública.

Muitas outras leis foram editadas, mas não há como negar que a Lei nº 12.845/2013, também conhecida como Lei do Minuto Seguinte, foi extremamente útil e efetiva para um grande número de mulheres, pois oferece, sem a apresentação de boletim de ocorrência pela vítima, atendimento médico, psicológico e social emergencial, informações sobre seus direitos, assim como os exames necessários para a profilaxia da gravidez e demais doenças sexualmente transmissíveis.

A Casa da Mulher Brasileira, criada pelo Decreto nº 8.086/2013, que foi revogado e alterado pelo Decreto nº 11.431/2023, é outra política pública importantíssima em um país miserável como o nosso. Faz parte do programa “Mulher: Viver Sem Violência”, projeto criado no governo Dilma Rousseff, que conjuga a atuação do Governo Federal, Estados e Municípios. A primeira dessas casas foi inaugurada em 3 de fevereiro de 2015, em Campo Grande, Mato Grosso do Sul. Esse programa constitui um dos mais promissores em matéria de políticas públicas, para libertar a mulher das opressões às quais se encontra submetida, por reunir em um mesmo espaço todos os serviços necessários, como o acolhimento a essa mulher e seus filhos, apoio psicológico, delegacia para ela prestar queixa e órgãos do juizado e do Ministério Público.

Após o golpe de 2016, o programa foi descontinuado por falta de verbas até o início do ano de 2023, quando então voltou a ser implementado e aperfeiçoado pelo atual governo.

Finalmente, a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, veio alterar o Código Penal brasileiro, incluindo, entre as formas de homicídio qualificado, o feminicídio, crime contra a mulher praticado em razão da condição do sexo feminino, isto é, quando envolve violência doméstica e familiar ou ainda, menosprezo e discriminação à condição de mulher.

No feminicídio a pena será aumentada de 1/3 (um terço) até a metade, *ex vi* art. 7º da supracitada lei, se o crime for praticado: “I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima”.

Poder-se-ia pensar que um país que edita inúmeras leis protetivas às mulheres tivesse, ao menos, uma queda no número de estupros, lesões corporais e ameaças que as vitimam. Enganosa suposição, já que as estatísticas demonstram que as agressões dispararam a partir da gestão do governo de Bolsonaro.

Em 2014, a ONU reconheceu o direito das mulheres à higiene menstrual; só que, por ser ainda considerada um “tabu” em várias partes do mundo, a menstruação não é verbalizada e compreendida pela nossa sociedade, em pleno século XXI. Poucos sabem que a ovulação e a menstruação constituem faces de uma mesma moeda, pois, quando uma mulher ovula, é porque está apta para ter filhos, mas se ela não mantém relações sexuais, não pode engravidar e, ao não engravidar, ocorre a menstruação. Assim, esse fato que ocorre na vida das mulheres é normal, mas requer cuidados especiais para que elas não se isolem da sociedade, o que hoje é inteiramente possível com o uso de absorventes, para impedir que o sangramento decorrente do óvulo não fertilizado vaze, em suas roupas, e as coloquem em situação constrangedora.

Difícil precisar a origem desse tabu que marca a menstruação como um estigma, mas no Levítico 15:19-20, pode-se ler: “Quando uma mulher tiver fluxo de sangue que sai do corpo, a impureza da sua menstruação durará sete dias, e quem nela tocar ficará impuro até a tarde”. “Tudo sobre o que ela se deitar durante a sua menstruação ficará impuro, e tudo sobre o que ela se sentar ficará impuro”.¹⁷

Vê-se que o ensinamento supra referido conflita com as palavras de Deus transcritas no livro Gênesis 1:28, que determina: “Deus os abençoou e lhes ordenou: “Sede férteis e multiplicai-vos! Povoai e sujeitai toda a terra; dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu e sobre todo animal que rasteja sobre a terra!”¹⁸

Mesmo assim, a marca da vergonha de ser considerada impura e pecadora ainda persiste, notadamente em comunidades religiosas.

Em artigo de mão e sobremão de Carolina Zancaner Zockun e Mônica Éllen Pinto Bezerra Antinarelli¹⁹ demonstra-se à sociedade a importância da Lei nº 14.214/21, cujo cerne é o combate à pobreza menstrual e à discriminação de gênero. Sua aplicação irá proteger a saúde física e psíquica das meninas que deixam de frequentar as escolas por falta de condições econômicas para a aquisição de absorventes, pois “a manutenção de meninas, adolescentes e mulheres na vida escolar e acadêmica durante todo o período menstrual é elemento essencial para seu desenvolvimento pleno, oferecendo-se, pois, a oportunidade de, por meio da educação, alcançar uma melhor condição de vida”.²⁰

Esta lei, que teve início pela iniciativa popular, mas que só vingou em razão do PL nº 4.968/2019 apresentado, à época, pela então deputada federal Marília Arraes, deu origem à Lei nº 14.214, de 06.10.2021, mas não em sua inteireza, pois o veto parcial do então Presidente Jair Bolsonaro, tentou descaracterizá-la em sua razão de ser, pois entre os artigos vetados estavam os artigos 1º e 3º, que asseguravam a distribuição gratuita de absorventes higiênicos e similares a estudantes carentes, mulheres de baixa renda e presidiárias.

¹⁷ BÍBLIA. *Levítico 15:18-20, 25-27*. Disponível em: <https://www.bible.com/pt/bible/129/LEV.15.19-20,25-27.NVI>. Acesso em: 20 jan. 2024.

¹⁸ BÍBLIA. *Gênesis 9:7*. Disponível em: <https://www.bible.com/pt/bible/129/LEV.15.19-20,25-27.NVI>. Acesso em: 20 jan. 2024.

¹⁹ SANTOS, Herta Rani Teles; GUIMARÃES, Juliana Pita (org.). *O Poder Feminino: entre percursos e desafios*. São Paulo: Arraes Editora, 2021, p. 421.

²⁰ *Idem*, p. 406.

Ora, como dizem as autoras do artigo citado:

as famílias de baixa renda não tem os itens mínimos de higiene necessários, utilizando, pois, objetos inadequados que fazem mal à saúde para estancar o vazamento, como miolo de pão e papel higiênico,²¹ para mais além explicar: “que no Brasil, os absorventes higiênicos ainda são vistos como itens supérfluos, sendo tributados como tal”.²²

Importante frisar que o Anuário Brasileiro Segurança Pública de 2023, atualizado em 20 de julho 2023, desvela a verdadeira face do Brasil, que sob o governo Bolsonaro mostrou-se ainda mais machista, racista, misógina, inculta e violenta.

De forma não exaustiva pretende-se mostrar o aumento da violência contra as mulheres nestes últimos anos, com base no anuário supra referido.

A tabela 29 do anuário de 2023, ao se referir a lesão corporal dolosa e violência doméstica, em 2021, conclui que 237.596 mulheres foram vítimas desse tipo de delito, já em 2022, 245.713 mulheres foram as vitimadas, com um aumento, portanto, de 2,9%.²³ Os crimes de ameaça tiveram um incremento de 7,2% e os chamados ao número 190 (telefone da Polícia Militar) subiram 8,7%, perfazendo o total de 899.485 chamadas, o que significa 102 acionamentos por hora.²⁴

Também em 2022 contabilizou-se o maior número de estupros, desde que começou ser feita a contagem em 2005, ou seja: 74.930 vítimas, distribuídas da seguinte forma: 18.110 estupros, 56.820 estupros de vulneráveis, o que implica um crescimento de 8,2% com relação a 2021, que foi de 52.057. As vítimas são 88,7% do sexo feminino e 11,3% do sexo masculino, sendo 56,8% negras, 42,3% brancas, 0,5% indígenas e 0,4% amarelas. As principais vítimas são as crianças e – pasmem – 61,4% têm entre 0 e 13 anos e 10,4% têm menos de 4 anos, sendo que a maioria dos agressores são pessoas conhecidas, na seguinte proporção: com relação às vítimas de 0 a 13 anos, 86,1% são conhecidos e 64,4% são familiares. Já, entre as vítimas acima de 14 anos, 77,2% são conhecidos e 24,3% de autoria de parceiros ou ex-parceiros íntimos.²⁵

Mas esses dados não são suficientes para exibir o calvário das mulheres brasileiras, que mostra sua pior expressão nas periferias, nas prisões e nas áreas sociais mais pobres. Exemplifico esta afirmação trazendo um pequeno texto do bem elaborado artigo de autoria de Isabela Corby, Vitória Maria Murta, Nana Oliveira e Luan Cândido: “A prática da revista vexatória nas unidades prisionais brasileiras e a disputa interpretativa do STF em proibi-la ou não”:

A pessoa que visita o sistema prisional, em sua maioria mulheres, sobretudo negra, para ingressar na unidade precisa entrar em uma sala, na presença de uma policial penal ou militar e tirar toda a sua roupa, ou seja, ficar completamente nua. Agachar até o chão três

²¹ *Idem, ibidem.*

²² *Idem, p. 413.*

²³ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

²⁴ *Idem, ibidem.*

²⁵ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

vezes de frente e três vezes de costa. Depois desses agachamentos, a pessoa precisa deitar em uma maca, como as de hospitais, levantar as pernas como se faz em uma consulta ginecológica e fazer força como se fosse expulsar um bebê de seu ventre ou defecar. Essa parte da revista ocorre durante o tempo que a policial entender necessário, mesmo havendo regulamentações risíveis dessa revista, na prática não há estrutura para que haja fiscalização. Esta revista possui variações ainda mais invasivas, como a introdução de dedos na vagina ou ânus das mulheres, a exigência que se faça força a ponto de defecar na maca, e por fim, é comum a célebre frase após tudo isso: “não estou vendo o seu canal, você não vai poder visitar hoje”.²⁶

Ora, essa revista é mais do que vexatória, ela é um ato de barbárie pura, praticado por servidores públicos e ocorre dentro de um estabelecimento prisional, portanto, dentro de um local estatal, o que implica dizer que o Estado também pratica discriminação odiosa e tortura contra as mulheres.

Mas esse tipo de tortura não basta para descrever o que as mulheres sofrem no Brasil, mulheres formadas e atuantes na profissão também podem ser vítimas do machismo estrutural que campeia pelo país, pois a discriminação, a misoginia e o desejo do opressor de subjugar a mulher oprimida, para se sentir poderoso, vicejam em todos os grupos sociais, pois ela é – repita-se – estrutural.

Advogadas são ameaçadas, perseguidas, sofrem atentados, têm seus bens incendiados e vivem em estado de tensão e medo, como denuncia Adriana Negreiros no artigo: “A violência que tenta calar as advogadas”.²⁷

O artigo supracitado conta a estória de duas advogadas vítimas de violência, uma delas é Laura Cardoso, de 31 anos, advogada especializada na defesa de mulheres e crianças, grávida de 39 semanas, e que teve à época dos fatos seu carro incendiado na porta de sua casa.

Quando o fogo foi apagado, Laura chegou perto do veículo e viu, nos bancos da frente, “uma marreta usada na construção civil e um galão de gasolina”,²⁸ o que a fez concluir que o incêndio não foi acidental, mas provocado, pois meses antes a advogada atuara “em um caso cujo réu era investigado por mandar incendiar os carros das pessoas”²⁹ que queria intimidar.

A Ordem dos Advogados, seção de São Paulo publicou no primeiro semestre deste ano pesquisa feita pelo grupo Carmim Feminismo Jurídico de Alagoas, que revelou os seguintes dados: das 191 profissionais consultadas de forma voluntária e anônima, 85% afirmaram se sentir em perigo por serem ou defenderem mulheres; 45,5% já pensaram em desistir da profissão; 84,9% sentem sua saúde mental e física abalada em razão da violência sofrida e que a OAB não privilegia o resguardo de suas advogadas contra a violência de gênero.³⁰

²⁶ CORBY, Isabela *et al.* Da série não existe racismo no Brasil: a prática da revista vexatória nas unidades prisionais brasileiras e a disputa interpretativa do STF em proibi-la ou não. *Migalhas*, São Paulo, p. 1-1, jun. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direitos-humanos-em-pauta/387772/da-serie-nao-existe-racismo-no-brasil>. Acesso em: 20 jan. 2024.

²⁷ NEGREIROS, Adriana. Elas são ameaçadas por defender mulheres: próximo passo é nos matar? *Universa*, São Paulo, p. 1-1, 7 jun. 2023.

²⁸ *Idem, ibidem.*

²⁹ *Idem, ibidem.*

³⁰ *Idem, ibidem.*

4 Conclusões

Em face desta situação que coloca em risco a integridade física e mental das mulheres brasileiras, tendo em vista o machismo estrutural que assola nosso país, e que se apresenta em todos os escalões sociais de forma abusiva e permanente, parece-nos necessário que o Estado acrescente uma matéria obrigatória nas escolas de primeiro grau, que vise a ensinar que a igualdade de gênero não é um favor ou uma perfumaria, mas sim um direito de todas as mulheres. Igualmente se aduz que a força física não é um diferencial importante para enobrecer pessoas, mas sim a polidez e a força moral. Nem que o amor não se confunde com posse e que quem realmente ama quer o melhor para o ser amado, ou seja, conhecimentos básicos do que é afeição, respeito, educação e civilidade. Talvez desta forma possamos ter um país mais igualitário e civilizado.

Referências

BÍBLIA. *Levítico 15:18-20, 25-27*. Disponível em: <https://www.bible.com/pt/bible/129/LEV.15.19-20,25-27.NVI>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BÍBLIA. *Gênesis 9:7*. Disponível em: <https://www.bible.com/pt/bible/129/LEV.15.19-20,25-27.NVI>. Acesso em: 20 jan. 2024.

CASEMIRO, Poliana; STABILE, Arthur. Garimpo aumentou 787% em terras indígenas entre 2016 e 2022, aponta Inpe. *G1*. Rio de Janeiro, p. 1-1. 11 dez. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2023/02/11/garimpo-aumenta-787percent-em-terras-indigenas-entre-2016-e-2022-aponta-inpe-infografico.ghtml>. Acesso em: 20 jan. 2024.

CORBY, Isabela *et al.* Da série não existe racismo no Brasil: a prática da revista vexatória nas unidades prisionais brasileiras e a disputa interpretativa do STF em proibi-la ou não. *Migalhas*, São Paulo, p. 1-1, jun. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direitos-humanos-em-pauta/387772/da-serie-nao-existe-racismo-no-brasil>. Acesso em: 20 jan. 2024.

DULCE, Emilly. Como a alagoana Nise da Silveira revolucionou o tratamento mental por meio da arte. *Brasil de Fato*. São Paulo, p. 1-1. 15 fev. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/02/15/como-a-alagoana-nise-da-silveira-revolucionou-o-tratamento-mental-por-meio-da-arte>. Acesso em: 19 jan. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Ordenações Filipinas: considerável influência no direito brasileiro. Considerável Influência no Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://historiadodireitofmp.blogspot.com/2015/07/ordenacoes-filipinas-consideravel.html>. Acesso em: 20 jan. 2024.

NEGREIROS, Adriana. Elas são ameaçadas por defender mulheres: próximo passo é nos matar? *Universa*, São Paulo, p. 1-1, 7 jun. 2023.

SANTOS, Herta Rani Teles; GUIMARÃES, Juliana Pita (org.). *O Poder Feminino: entre percursos e desafios*. São Paulo: Arraes Editora, 2021.

SECRETARIA DA CULTURA DA PREFEITURA DE SÃO BERNARDO. *Os Sapos e o Feminismo*: Bertha Lutz. *Prefeitura de São Bernardo*, São Bernardo, p. 1-1, mar. 2023. Disponível em: <https://www.saobernardo.sp.gov.br/web/cultura/-biblioteca-publica-lugar-de-conhecimentos-mulheres-na-ciencia-e-em-todos-os-lugares-parte-4-os-sapos-e-o-feminismo-bertha-lutz>. Acesso em: 21 jan. 2024.

VASCONCELOS, Tarciane. Inseguro, possessivo e insensível: o perfil dos agressores de mulheres no ES. *G1*. Rio de Janeiro, p. 1-1. 12 abr. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2023/04/12/inseguro-possessivo-e-insensivel-ministerio-publico-do-es-detalha-perfil-de-agressores-de-mulheres.ghtml>. Acesso em: 21 jan. 2024.

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

ZANCANER, Weida. A evolução legislativa brasileira na proteção da mulher e a (im)possibilidade de sua concretização. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lúgia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 563-579. ISBN 978-65-5518-820-2.

A VEDAÇÃO AO CONTROLE ANACRÔNICO E A NECESSÁRIA ANÁLISE DAS DIFICULDADES REAIS DO GESTOR COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DA SENTENÇA EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

JOÃO PEDRO TEIXEIRA TRANSMONTANO

RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO

1 As necessárias alterações da lei de improbidade administrativa: respostas à utilização indevida do marco legal

A improbidade administrativa possui *status* e natureza constitucional, o que é observado, principalmente, pela leitura dos arts. 15, V, e 37, §4º, da Constituição da República.

Não obstante a sua previsão formal, conforme bem adverte Ricardo Marcondes Martins, “a Constituição de 1988 não define a improbidade expressamente”,¹ de modo que, “em outubro de 1988, não havia um conceito técnico-jurídico de improbidade administrativa”.²

Neste sentido, o art. 37, §4º, prevê as possíveis sanções a serem aplicadas no caso de prática de ato de improbidade administrativa, mas não contempla a sua definição, quais são os atos propriamente ditos e qual a forma de aplicação ou gradação destas sanções, limitando-se a dispor que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilização de agentes públicos e improbidade administrativa: uma história conturbada. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). *Lei de Improbidade Administrativa Reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 101.

² *Ibid.*, p. 101.

Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, sendo aquelas que “necessitam de uma integração normativa por parte do legislador ordinário para que possam produzir os efeitos essenciais almejados pelo constituinte originário”.³

Martins acrescenta que a expressão “na forma e gradação prevista em lei” denota tratar-se, para além de uma norma constitucional de eficácia limitada, “mais precisamente, norma constitucional de princípio institutivo, do tipo impositiva”,⁴ que são, conforme lição de José Afonso da Silva, “as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa”.⁵

Portanto, há um dever do legislador em criar a lei integradora, o que somente veio a ocorrer em 6 de junho de 1992, com a promulgação da Lei nº 8.429/1992, a chamada Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Conforme observam Luis Manuel Fonseca Pires e Vitor Marques, referida lei “surge no ordenamento jurídico brasileiro como texto legal, prioritariamente, voltado ao combate à corrupção”,⁶ o que se extrai não apenas pela grande intercambialidade dos conceitos ao longo das discussões da Assembleia Constituinte, que chegou a apresentar o termo “atos de corrupção administrativa” ao invés de “atos de improbidade administrativa”,⁷ mas, principalmente, pelo contexto histórico de promulgação da lei, “vindo a ocorrer somente diante das acusações que alimentavam o movimento pelo *impeachment* do então Presidente Fernando Collor”.⁸

Assim, em resposta aos anseios políticos e sociais, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.446/91, que originou a Lei nº 8.429/1992, após cerca de 10 (dez) meses de tramitação legislativa.

Referido contexto social de forte sensibilização relativamente ao combate à corrupção no Brasil certamente contribuiu para o conteúdo rigoroso da legislação, que também padeceu de diversos vícios técnico-legislativos em sua redação (talvez pela urgência de apresentação de uma resposta à sociedade), como é o caso de suas disposições excessivamente genéricas e tipos ímprobos demasiadamente abertos, a exemplo do art. 11, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, cuja redação original tratava-se de rol exemplificativo, de modo que qualquer conduta que, a princípio, pudesse ofender algum princípio administrativo poderia ser sancionada como ato de improbidade administrativa, o que levou à aplicação indevida da lei.

³ LEITE, George Salomão. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020, p. 69.

⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilização de agentes públicos e improbidade administrativa: uma história conturbada. *Op. cit.*, p. 99.

⁵ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 126-127.

⁶ PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARQUES, Vitor. O reencontro da improbidade administrativa com o propósito da Constituição Federal de 1988. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). *Lei de Improbidade Administrativa Reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 111.

⁷ O quadro histórico do art. 37, §4º, da Constituição da República pode ser encontrado em: BRASIL, Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Quadro histórico artigo 37, §4º, da Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/35539/quadro_historico_art.%20037_%C2%A74.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 11 nov. 2023.

⁸ *Ibid.*, p. 113.

Neste sentido, em análise específica acerca da utilização dos princípios administrativos para justificar o sancionamento (ou não) por ato de improbidade administrativa pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), Carlos Ari Sundfeld e Ricardo Alberto Kanayama analisaram 353 (trezentos e cinquenta e três) acórdãos proferidos no período de um ano⁹ e concluíram que, destas decisões colegiadas, 244 (duzentas e quarenta e quatro) foram condenatórias, o que corresponde a quase 70% (setenta por cento) dos casos.

Além disso, mais de 60% (sessenta por cento) dessas decisões possuem a aplicação genérica de princípios, sendo aquela “afirmando simplesmente que ‘os princípios da administração haviam sido violados’ ou que, apesar de mencionarem princípios específicos, deixam de explicar o motivo para se concluir por sua violação”.¹⁰

Os autores também destacam a aplicação parcialmente genérica de princípios nas decisões colegiadas analisadas, pelo que “compreendem-se as decisões que citam conceitos dos princípios presentes na doutrina, mas não os contextualizam no caso concreto. São decisões com *textos-padrão*”.¹¹

Desta forma, observa-se que os tipos ímprobos genéricos são utilizados para balizar decisões judiciais que não analisam, verdadeiramente, o caso concreto e a incidência do texto legal à realidade, o que leva ao sancionamento indevido e à paralisação da decisão administrativa, conforme será retratado adiante.

Além da existência de tipos ímprobos demasiadamente abertos, Pires e Marques destacam outros problemas da antiga redação da LIA, como “a dificuldade na diferenciação dos conceitos de culpa e dolo, principalmente diante de teses jurisprudenciais que permitem condenações com base no chamado “dolo genérico”¹² e a “ausência de critérios para calcular a dosimetria da pena, o que deságua na condenação em blocos, independentemente da conduta dos agentes”.¹³

Por esta razão, a LIA se tornou a principal ferramenta de controle e sancionamento de gestores públicos, superando, até mesmo, as ações penais em assuntos conexos,¹⁴ o que se deu em razão, principalmente, da excessiva abertura normativa dos tipos ímprobos e da má aplicação da lei pelo Poder Judiciário.

Desvirtuou-se, portanto, o instituto da improbidade administrativa, que passou a ser aplicada de maneira indevida, sancionando-se de forma grave atos de mera irregularidade, má administração ou ilegalidade, que não correspondem ao tradicional posicionamento (supostamente) defendido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo o qual “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente” (REsp n. 827445, Rel(a). Min(a). Luiz Fux, Rel(a). para o acórdão Min(a). Teori Albino Zavascki, julgado em 02.02.2010, DJe, 08.03.2010), razão pela qual “a Lei n. 8.429/92, por força, sobretudo, de seu caráter punitivo, não

⁹ Englobando os seis meses que antecederam e os seis meses subsequentes à promulgação da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo Alberto. A promessa que a lei de improbidade administrativa não foi capaz de cumprir. *Revista Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 414.

¹¹ *Ibid.*, p. 414.

¹² PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARQUES, Vitor. O reencontro da improbidade administrativa com o propósito da Constituição Federal de 1988, *op. cit.*, p. 117.

¹³ *Ibid.*, p. 117.

¹⁴ *Ibid.*

pode ser aplicada a simples condutas de má administração ou meramente irregulares” (AgInt-AREsp n. 413.498, Rel(a). Min(a). Regina Helena Costa, julgado em 16.03.2017, DJe, 24.03.2017).

Ao contrário, a aplicação da Lei nº 8.429/1992 demonstrou-se problemática e excessivamente rigorosa, inclusive pelo próprio STJ, o que levou aos fenômenos do apagão das canetas e do direito administrativo do medo, em que os agentes públicos deixaram de tomar decisões em razão do risco de responsabilização.

Neste cariz, Rodrigo Valgas dos Santos bem observa que “ao assumir a função pública e ordenar a despesa pública não se trata mais de *quem* poderá ser processado por improbidade, mas sim de *quando* isto ocorrerá”,¹⁵ o que demonstra o cenário do direito administrativo do medo e “a total disfunção do regime sancionatório por improbidade administrativa no Brasil”.¹⁶

Fernando Vernalha Guimarães também destaca o fenômeno da crise da ineficiência pelo controle:

O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de *crise da ineficiência pelo controle*: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública.¹⁷

Ainda, Sundfeld e Kanayama alertam para o efeito do apagão das canetas ao destacar que, “entre 2010 e 2015, impressionantes 27% do orçamento dos municípios do Estado de São Paulo ficaram sem execução”,¹⁸ vez que, com o passar do tempo, “os prefeitos municipais se tornaram os principais alvos, de modo que as ações de improbidade podem ter a ver com a paralisia administrativa”.¹⁹

¹⁵ SANTOS, Rodrigo Valgas Dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 172.

¹⁶ *Ibid.*, p. 172.

¹⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo Alberto. A promessa que a lei de improbidade administrativa não foi capaz de cumprir, *op. cit.*, p. 412.

¹⁹ *Ibid.*, p. 412.

João Pedro Accioly acrescenta que “a doutrina, a jurisprudência e, sobretudo, os órgãos de controle, no quase sempre bem-intencionado afã de punir agentes ímprobos, acabam então ultrapassando limites hermenêuticos e desrespeitando direitos individuais e outros valores caros à ordem constitucional brasileira”.²⁰

Desta forma, o que se observou foi o “ajuizamento de um número alarmante de ações civis públicas de improbidade elaboradas de modo açodado, descriterioso e leviano”,²¹ como é o caso daqueles desprovidos do necessário conjunto probatório mínimo que demonstre indícios de autoria e materialidade elementares para a movimentação da máquina judiciária, o que foi denominado por Mauro Roberto Gomes de Mattos²² como assédio processual do Poder Público em ações de improbidade administrativa.

Em análise à realidade dos municípios do estado de Santa Catarina, por exemplo, Rodrigo Valgas dos Santos²³ destaca que, entre os anos de 2018 e 2021, foram ajuizadas 857 (oitocentos e cinquenta e sete) ações, o que corresponde a uma média de quase 3 (três) ações (2,90) de improbidade administrativa no período de um mandato de 4 (quatro) anos,²⁴ quando realizada a média pelo número de municípios catarinenses.

Assim, considerando-se que “uma ação de improbidade apenas deveria ser aforada diante de situações realmente sérias, não deixa de ser significativo que um prefeito encerre o período de um mandato com pelo menos 3 ações de improbidade”.²⁵

Neste contexto de uso desmedido e desvirtuado da Lei de Improbidade Administrativa, um tímido movimento de reforma legislativa foi esboçado no governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, quando da edição da Medida Provisória nº 2.088-35, de 27 de dezembro de 2000, que alterou o art. 17 da LIA para introduzir algumas características do processo penal no rito das ações de improbidade, como foi o caso da fase de defesa prévia, como tentativa de conter o prosseguimento de ações temerárias.

No entanto, como observa Mauro Roberto Gomes de Mattos, “no caso da improbidade administrativa, as ações são admitidas, em sua grande maioria, em face do interesse da sociedade (*in dubio pro societate*), segundo vem decidindo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça – STJ”. Em outros termos, invocando-se o suposto interesse da sociedade, a fase de defesa prévia foi sistematicamente esvaziada pela jurisprudência, deixando de atender aos objetivos a que se dispunha.

Concomitantemente a este movimento jurisprudencial, já em um segundo momento de reforma legislativa, novas legislações passaram a ampliar os conceitos

²⁰ ACCIOLY, João Pedro. *Improbidade Administrativa e Proibição de Contratar com o Poder Público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 22.

²¹ *Ibid.*, p. 22.

²² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Assédio processual do poder público nas ações de improbidade administrativa e nas investigações disciplinares. *Revista Prática Forense*, ano III, n. 36, p. 7-34, dez. 2019.

²³ SANTOS, Rodrigo Valgas Dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos, op. cit.*, p. 200.

²⁴ Conforme dados apresentados pelo autor, colhidos do Ministério Público Estadual pela Lei de Acesso à Informação, foram 333 (trezentos e trinta e três) ações de improbidade administrativa propostas em 2018; 157 (cento e cinquenta e sete) em 2019; 129 (cento e vinte e nove) em 2020 e 238 (duzentos e trinta e oito) em 2021, chegando-se ao total de 857 ações para o período de 4 (quatro) anos (SANTOS, 2023, p. 200).

²⁵ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos, op. cit.*, p. 200.

genéricos da LIA, prevendo novos tipos ímprobos em sua redação,²⁶ acompanhando a jurisprudência que se consolidava pela vulgarização do instituto.

A vulgarização da improbidade administrativa é paradigmaticamente exemplificada pelo famoso caso do prefeito da cidade de Capela do Alto Alegre, estado da Bahia, que foi acusado de ato de improbidade administrativa em razão de ter subido ao palco de uma festa junina e dançado com a cantora, o que foi entendido como ato de autopromoção com verbas públicas, vez que o evento foi patrocinado pelo Ministério do Turismo, o que ofenderia (supostamente) o disposto no art. 37, §1º, da Constituição da República.²⁷

Referido cenário legislativo e jurisprudencial propiciou a ampliação do apagão das canetas e da crise da decisão administrativa, o que motivou o terceiro movimento de reforma legislativa, com a promulgação da Lei nº 14.230/2021, que alterou substancialmente a Lei nº 8.429/1992 e, por esta razão, foi denominado pela doutrina como a Nova Lei de Improbidade Administrativa, um dos marcos normativos mais polêmicos da atualidade.

O Projeto de Lei nº 2.505/2021 (anteriormente nº 10.887/2018) foi objeto de profundas modificações em seu texto ao longo da tramitação no Congresso Nacional e, após a sua aprovação e publicação em 26 de outubro de 2021, adentrou o ordenamento jurídico como uma necessária resposta legislativa à má aplicação do instituto da improbidade administrativa.

Neste sentido, Rodrigo Valgas dos Santos bem observa que:

A Lei 14.230/2021 foi um raro momento em que o parlamento brasileiro resolveu – de modo surpreendente – rever os efeitos devastadores da Lei de Improbidade após quase trinta anos de mudanças pouco significativas. Dizemos surpreendente, porque toda a história do legislativo brasileiro foi sempre de exasperar penas e ampliar o escopo punitivo do estado nos mais diversos níveis, a exemplo da Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010); da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial); e da Lei 14.133/2021, que ampliou as penas nos crimes em licitações e contratos.²⁸

Trata-se de uma tentativa de contenção dos órgãos de controle através de uma lei que confere maiores garantias materiais e processuais aos acusados pela prática de atos de improbidade administrativa.

É o caso, por exemplo, da exigência de dolo específico para a configuração do ato ímprobo (art. 1º, §§2º e 3º), da incidência dos princípios constitucionais do Direito

²⁶ Cite-se, por exemplo: o art. 18 da Lei nº 11.107/2005, que incluiu os incisos XIV e XV no art. 10 da LIA, com disposições atinentes à prática de atos de improbidade vinculadas à contratação de consórcios públicos; os arts. 77 e 78 da Lei nº 13.019/2014, que alteraram a redação do inciso VII do art. 10 e incluíram os incisos XVI a XX no art. 10, e o inciso VIII no art. 11 da LIA, com disposições atinentes à prática de atos ímprobos relacionados às parcerias da Administração Pública com as organizações da sociedade civil; o art. 103 da Lei nº 13.146/2015, que incluiu o inciso IX no art. 11 da LIA, tratando da prática de ato ímprobo decorrente da omissão do agente em cumprir requisitos de acessibilidade previstos no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

²⁷ O caso é retratado por Rodrigo Valgas dos Santos em sua obra (2023, p. 2003), tendo sido objeto de matérias jornalísticas. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/prefeito-danca-em-palco-com-cantora-e-e-processado-pelo-mpf-por-improbidade-por-tentar-se-autopromover-veja-video.ghml>. Acesso em: 01 mar. 2024.

²⁸ SANTOS, Rodrigo Valgas Dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*, op. cit., p. 170.

Administrativo Sancionador (art. 1º, §4º), da exclusão do ato de improbidade que causa prejuízo ao erário na modalidade culposa e exigência de dano efetivo e comprovado ao erário nestes casos (art. 10, *caput*), da previsão de rol taxativo para os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), das novas disposições para a concessão do pedido de indisponibilidade de bens (art. 16) e das novas previsões para o saneamento e a instrução das ações de improbidade (art. 17).

Dentre as sensíveis alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa, destaca-se a inclusão do art. 17-C, dispositivo que impõe ao magistrado a observância de diversos requisitos no momento de proferir a sentença em ações de improbidade administrativa e que, a despeito de modificar substancialmente o ato decisório, parece ter sido indevidamente relegado pelo escrutínio jurídico, carecendo de maior análise.

2 O primado da realidade na Lei de Improbidade Administrativa: a vedação ao controle anacrônico enquanto elemento essencial da sentença

O art. 17-C foi incluído na redação da LIA através da Lei nº 14.230/2021, tratando-se de dispositivo legal extenso, cujo *caput* assenta que “a sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil): [...]”, atentar-se a diversos requisitos adicionais que, por expressa previsão legal, serão contemplados enquanto elementos essenciais da sentença em ações de improbidade administrativa.

Segundo Marçal Justen Filho, “o art. 17-C disciplina a elaboração da sentença condenatória em ação de improbidade, visando evitar condenações genéricas, cuja motivação seja inadequada, insuficiente ou inaplicável ao caso concreto”.²⁹

Destaca-se, para os fins do estudo proposto, a previsão do inciso III, que prevê que o magistrado deverá, no momento de proferir a decisão que coloca fim ao processo de conhecimento, “considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

Referido dispositivo possui inegável inspiração no art. 22, *caput*, da LINDB,³⁰ que dispõe que, “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada*: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 213.

³⁰ A Lei nº 13.655/2018 foi responsável por incluir os arts. 20 a 30 na LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), com o intuito de conceder “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, como disposto em sua ementa. Por esta razão, Edilson Vitorelli observa que “a LINDB, que sempre foi um diploma importante para o Direito Internacional Privado, para o Direito Civil e para a hermenêutica jurídica, foi transportada para o universo do Direito Administrativo” (2019, p. 196). Ainda, Marçal Justen Filho acrescenta que “as inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 destinam-se preponderantemente a reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal.” (2018, p. 15).

Trata-se do chamado primado da realidade, que, conforme leciona Irene Nohara:

indica a necessidade de se interpretar o texto normativo e as exigências da gestão pública também da perspectiva das dificuldades reais do gestor e das exigências das políticas públicas a seu cargo, sendo averiguadas, quando da regularização da situação, as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.³¹

No mesmo sentido, Carlos Ari Sunfeld acrescenta que, mesmo nos casos em que as decisões dos órgãos de controle estejam baseadas em regras claras, “é necessário e prudente considerar, à luz do caso, as circunstâncias fáticas que se apresentaram no momento da prática do ato em exame”.³²

Busca-se, desta forma, “avaliar a situação à luz de suas peculiaridades, das informações de que o administrador dispunha à época, dos respectivos custos e do que se pretendia alcançar naquele momento”:³³

A finalidade é garantir maior contextualização nas decisões públicas. A lei assume que, para o controlador julgar as decisões ou condutas administrativas, é razoável que ele considere os ônus vivenciados pelo gestor público. Trata-se de um possível desdobramento do chamado teste de deferência, o qual já estava presente na literatura e na jurisprudência estrangeira, com maior intensidade. Com essa dinâmica, a lei procura impor a consideração da realidade ‘carne e osso’ do gestor, alinhando-se a uma concepção mais realista, pragmática ou empírica do direito público.³⁴

Dessarte, as dificuldades práticas do gestor devem ser levadas em consideração pelos órgãos de controle externo no momento de fiscalizar a atuação dos agentes públicos, especialmente no caso de controle posterior do ato administrativo.

Frise-se que o controle da Administração Pública pode ser classificado sob diferentes paradigmas, sendo que, quanto à localização do controle, este é classicamente dividido em interno e externo.

No caso do controle dos atos do Poder Executivo realizado pelo Poder Judiciário estar-se-á falando em controle externo, como leciona Rodrigo Pironti Aguirre de Castro:

Quanto à localização do controle, verifica-se a existência do controle interno e do controle externo. O primeiro é aquele realizado pela própria Administração e é inerente a cada um dos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no exercício de suas atividades administrativas; o segundo é aquele realizado por órgão estranho à Administração, por quem não pertence à Administração que emanou o ato controlado, v.g., o controle do Executivo pelo Judiciário e pelo Legislativo e o controle pelos Tribunais de Contas. O controle externo pode, ainda, ser exercido pelo próprio particular que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus próprios interesses, mas na defesa dos interesses da coletividade, é chamado controle social ou popular.³⁵

³¹ NOHARA, Irene. *Direito Administrativo*. 11. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 825.

³² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 47.

³³ *Ibid.*, p. 47.

³⁴ *Ibid.*, p. 139-140.

³⁵ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 113.

Ademais, o controle também pode ser analisado sob a ótica do momento em que se efetiva, caso em que poderá ser prévio, concomitante ou posterior a emanação do ato controlado.³⁶

Sob este enfoque, a ação de improbidade administrativa se enquadra como um instrumento de controle externo da Administração Pública³⁷ que se realiza através do Poder Judiciário e é, por excelência, posterior à prolação dos atos administrativos, com a finalidade precípua de aplicar sanções ao gestor público desonesto, cuja atuação viola a probidade administrativa.

Ocorre que o exercício do controle externo e *a posteriori* geralmente é maculado por um vício de ordem prática: a análise do fenômeno pretérito sob a égide do conhecimento presente, quando já se conhece o desfecho e as consequências da decisão tomada.

Há um verdadeiro anacronismo decisório, em que o controlador decide com base em conhecimentos que o tomador da decisão não detinha à época dos fatos, sendo evidente a insegurança jurídica gerada pela atividade controladora realizada em tais moldes, ainda que necessária para o efetivo controle e funcionamento do Poder Público.

A este respeito, Rodrigo Valgas dos Santos leciona que:

O art. 22 da LINDB exige que na interpretação das normas sobre gestão pública sejam considerados os obstáculos e dificuldades reais do gestor, o que certamente envolve aspectos quanto às informações que detinha ao decidir evitando que o ente controlador atue como “engenheiro de obra feita” ou “apite o jogo com consulta ao VAR”. O art. 22, *caput*, da LINDB impõe sejam considerados na atividade administrativa, controladora e judicial “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor”, tal qual ocorreu no desenvolvimento da jurisprudência da BJR nos EUA. É o chamado *hindsight bias*, ou viés retrospectivo, que induz a fácil percepção dos desdobramentos de um evento já ocorrido exatamente porque já aconteceu, fazendo parecer que certas decisões se mostrem equivocadas exatamente por já terem dado errado, o que em verdade não seria facilmente perceptível quando do lapso temporal em que decisão foi adotada.³⁸

Daniel Kahneman, por sua vez, complementa que “o viés retrospectivo apresenta efeitos perniciosos nas estimativas dos tomadores de decisão. Leva os observadores a avaliar a qualidade de uma decisão sem considerar se o processo foi sólido, mas se o desfecho foi bom ou ruim”.³⁹

Portanto, o art. 17-C, III, da LIA exige do magistrado que, ao realizar o controle externo e posterior dos atos do gestor público, coloque-se no lugar dele e analise a

³⁶ Conforme leciona Rodrigo Pironi Aguirre de Castro, “quanto ao momento em que se efetiva o controle, ele pode ser: (i) prévio, quando realizado antes do surgimento do ato e tem como principais aspectos as funções autorizativas e orientadoras; (ii) concomitante, quando o controle se faz em todas as etapas do nascimento do ato administrativo, sua principal característica é o caráter orientador; e (iii) posterior, quando o controle se faz após a emanação do ato, o controle posterior pode ainda ter o condão corretivo ou punitivo, dependendo do caso” (2008, p. 113).

³⁷ Sem adentrar as diversas conceituações acerca do termo “Administração Pública” em sentido subjetivo, para os fins ora proposta, utilizou-se o termo enquanto sinônimo das entidades, órgãos e agentes públicos que compõem o Poder Executivo, vez que são aqueles que, mais frequentemente, estão expostos ao ajuizamento de ações de improbidade administrativa.

³⁸ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*, op. cit., p. 300-301.

³⁹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 254.

ocorrência ou não de um ato de improbidade a partir do contexto fático efetivamente apresentado ao administrador público, sob a ótica dos conhecimentos revelados à época, levando-se em conta, ainda, as exigências de efetivação de políticas públicas impostas quando a decisão foi tomada.

Neste sentido, o enunciado 12 da II Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) disciplina:

A aplicação do artigo 17-C, III, da Lei nº 8.429/92 exige que o julgador, ao proferir a sentença, considere os obstáculos, as dificuldades reais enfrentadas pelo gestor público e as exigências de políticas públicas a seu cargo, ocorridas à época da prática do ato de improbidade administrativa.

Portanto, pode-se afirmar que é vedado o controle anacrônico dos atos dos gestores públicos, sendo aquele realizado de acordo com conhecimentos hodiernos e, portanto, não disponíveis ao agente público quando da tomada de decisão, principalmente pois se está diante de uma legislação que, muitas das vezes, aplica sanções mais gravosas do que aquelas previstas na própria esfera penal, razão pela qual andou bem o legislador na referida inclusão normativa.

A este respeito, poderia ser questionada a real necessidade da previsão do art. 17-C, III, na LIA, haja vista que a LINDB já prevê tal exigência dos órgãos controladores e, conforme bem observam Filipe Lobo Gomes, Thyago Bezerra Sampaio e Lean Antônio Ferreira de Araújo, trata-se de uma metanorma:

as normas contidas na LINDB possuem alcance para todas as dogmáticas, para todos os ramos das ciências jurídicas, e propõe-se a conduzir o operador do direito no exercício da interpretação, buscando evitar compreensões distorcidas, e, para tal, fixando conceitos gerais de vigência, revogação, vacância, dispondo ainda sobre questões relativas a aplicabilidade da lei no tempo e no espaço, sendo, pois, considerada metanorma.⁴⁰

Parece-nos que a inclusão do art. 17-C, III à LIA não foi um mero descuido do legislador, que teria repetido comando legal já previsto no diploma normativo que baliza a interpretação do Direito brasileiro, mas, em verdade, uma medida de efetivação e afirmação do referido comando legal.⁴¹

É que, em exame da realidade prática, observa-se que a LINDB é subutilizada pelos órgãos de controle da Administração Pública, que parecem resistir às balizas impostas pela Lei nº 13.655/2018, deixando de aplicá-las em sua devida forma.

Para além de subutilizada, em muitos casos, a LINDB é mal utilizada por referidos órgãos, como ocorre com a noção de “erro grosseiro”, prevista no art. 28 da LINDB e cuja finalidade era limitar a responsabilização de agentes públicos pelos controladores externos, principalmente no âmbito dos Tribunais de Contas. Não obstante, referida

⁴⁰ GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra; ARAÚJO, Lean Antônio Ferreira de. LINDB e argumentação jurídica: da efetiva motivação dos atos pelo administrador público para a superação dos conceitos jurídicos abstratos. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 6, n. 2, p. 444, 2020.

⁴¹ Tal qual ocorreu com a previsão de que o ato de improbidade administrativa ocorre somente mediante a existência de dolo, não bastando a mera voluntariedade do agente e excluindo a malsinada improbidade culposa, o que foi repetido à exaustão pelo legislador reformador de 2021.

ideia foi completamente desvirtuada, a ponto de qualquer erro ser enquadrado como “grosseiro” para fins de sancionamento.

Assim, o instituto que deveria limitar o sancionamento é utilizado como critério legal para realizá-lo de forma ainda mais incisiva, o que possui o condão de esclarecer a opção do legislador reformador em reiterar a importância da análise já imposta pelo art. 22 da LINDB.

Em análise à jurisprudência posterior à promulgação da Lei nº 13.655/2018, são raras as menções às dificuldades reais do gestor quando do julgamento colegiado das ações de improbidade administrativa, razão pela qual a intenção do legislador reformador de 2021 parece ter sido a de reforçar que é dever dos magistrados observar o primado da realidade.⁴²

Ademais, quando o art. 17-C da LIA elenca que a sentença proferida nas ações de improbidade administrativa deverá observar as dificuldades reais do gestor à época dos fatos, “além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”, deixa claro que a decisão que não realizar referida análise padecerá de vício de fundamentação, acarretando a sua nulidade.

Isto, pois, o citado art. 489 do CPC prevê os elementos mínimos da sentença, dentre eles a fundamentação, que, segundo Alexandre Freitas Câmara, consiste na indicação dos motivos que justificam a conclusão obtida, sob o ponto de vista jurídico:

Este é um ponto essencial: fundamentar é justificar. É que a decisão precisa ser legitimada democraticamente, isto é, a decisão precisa ser constitucionalmente legítima. Para isso, é absolutamente essencial que o órgão jurisdicional, ao decidir, aponte os motivos que justificam constitucionalmente aquela decisão, de modo que ela possa ser considerada a decisão correta para a hipótese.⁴³

Por esta razão, “a existência de um vício de fundamentação (que pode consistir em sua absoluta ausência ou na existência de uma fundamentação inadmissível)”,⁴⁴ que corresponde àquela enquadrada nas hipóteses do §1º do art. 489, ou àquela que não observe as exigências do §2º, “acarreta a nulidade da decisão judicial”.⁴⁵

Luiz Fux destaca que a fundamentação da sentença é “garantia constitucional (art. 93, IX, da CF/1988) que exige do magistrado motivar a sua decisão, explicitando o itinerário lógico do seu raciocínio”.⁴⁶ Em complementação à garantia constitucional, o art. 489, §1º, do CPC “explicitamente denuncia que a falta de fundamentação eiva de nulidade o pronunciamento judicial que dela dependa para produzir efeitos, v.g. sentença, decisão interlocutória, acórdão, etc.”,⁴⁷ o que também se aplica à “fundamentação

⁴² Destaca-se como bom exemplo da aplicação do primado da realidade às ações de improbidade administrativa o seguinte julgado do TJ/PR, no qual a Corte Paranaense entendeu *inexistir fumus boni iuris* nas alegações do MP/PR, vez que houve a contratação de agentes de saúde mediante dispensa de licitação em situação de emergência decorrente de surto epidêmico, demonstrando a dificuldade real do gestor no caso: TJ-PR. Acórdão no AI 0015003-13.2019.8.16.0000, Rel. Des. Leonel Cunha (5ª Câmara Cível), julgado em 06.08.2019, publicado em 12.08.2019.

⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022, 294.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 303.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 303.

⁴⁶ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book, p. 477.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 477.

genérica, utilizando-se de dispositivos secos com o propósito de atribuir validade a pronunciamentos inegavelmente nulos”.⁴⁸

Desta forma, a LIA, ao elevar o dever de considerar as dificuldades reais do gestor ao patamar de elemento mínimo da sentença de Improbidade Administrativa, impõe que tal análise é pressuposto de validade da referida decisão, de modo que a sua ausência deverá ensejar a declaração de nulidade do ato decisório, por ausência de fundamentação adequada, nos termos do art. 11 do CPC e do art. 93, IX, da Constituição da República.

3 Conclusão

A improbidade administrativa é instituto jurídico que possui *status* e natureza constitucional, mas que demanda a criação de uma lei integradora, o que veio a ocorrer somente em 6 de junho de 1992, com a promulgação da Lei nº 8.429/1992, a chamada Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que surgiu no ordenamento jurídico enquanto resposta ao anseio político e social de combate à corrupção, após as acusações que alimentavam o movimento pelo *impeachment* do então Presidente Fernando Collor.

Referido contexto social de forte sensibilização relativamente ao combate à corrupção no Brasil contribuiu para o conteúdo rigoroso da legislação, que também padeceu de diversos vícios técnico-legislativos em sua redação e que foi, sistematicamente, ampliada e tornada mais rigorosa ao longo dos anos pelo legislador.

Esta conjuntura de fatores proporcionou a má aplicação do instituto pelos órgãos de controle, com o ajuizamento de ações de improbidade administrativa desprovidas dos elementos mínimos de autoria e materialidade, além de severas condenações, inclusive balizadas em violações aos princípios administrativos, mas que não restaram efetivamente demonstradas no caso concreto.

Referido cenário legislativo e jurisprudencial propiciou a ampliação do apagão das canetas e da crise da decisão administrativa, o que motivou novo movimento de reforma legislativa, com a promulgação da Lei nº 14.230/2021, que alterou substancialmente a Lei nº 8.429/1992, em evidente tentativa de contenção dos órgãos de controle através de uma lei que confere maiores garantias materiais e processuais aos acusados pela prática de atos de improbidade administrativa.

Dentre as suas disposições, destacam-se as previsões do art. 17-C, dispositivo que impõe ao magistrado a observância de diversos requisitos no momento de proferir a sentença em ações de Improbidade Administrativa.

Em seu inciso III, o artigo determina que deverão ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo pelo magistrado em seu ato decisório, de modo a contemplar o chamado primado da realidade, já previsto no art. 22 da LINDB.

Portanto, é vedado o controle anacrônico dos atos dos gestores públicos, sendo aquele realizado de acordo com conhecimentos hodiernos e, portanto, não disponíveis ao agente público quando da tomada de decisão.

Além disso, ao elevar o dever de considerar as dificuldades reais do gestor ao patamar de elemento mínimo da sentença de Improbidade Administrativa, a LIA impõe

⁴⁸ *Ibid.*, p. 477.

que tal análise é pressuposto de validade da referida decisão, equiparando-a às previsões do art. 489, §1º, do CPC, de modo que a sua ausência deverá ensejar a declaração de nulidade do ato decisório, por ausência de fundamentação adequada, nos termos do art. 11 do CPC e do art. 93, IX, da Constituição da República.

A tarefa imposta sobre o magistrado certamente é árdua, o que não retira a sua necessidade, pois o ofício do administrador público, de gerir a máquina estatal visando a promoção de políticas públicas, também o é, sendo lógico que o controle de tais atos se coloque diante da realidade nua e crua observada pelo tomador de decisões à época dos fatos, sob pena de se legitimar um controle judicial anacrônico e aplicador de sanções severas, o que perpetuará o já observado fenômeno do apagão das canetas na Administração Pública brasileira.

Referências

ACCIOLY, João Pedro. *Improbidade Administrativa e Proibição de Contratar com o Poder Público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL, Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Quadro histórico artigo 37, §4º, da Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/35539/quadro_historico_art.%20037_%C2%A74.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 11 nov. 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book.

GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra; ARAÚJO, Lean Antônio Ferreira de. LINDB e argumentação jurídica: da efetiva motivação dos atos pelo administrador público para a superação dos conceitos jurídicos abstratos. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 6, n. 2, p. 439-464, 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Revista Columistas de Direito do Estado*, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 11 nov. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Rev. 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. 13-41, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LEITE, George Salomão. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilização de agentes públicos e improbidade administrativa: uma história conturbada. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.) *Lei de Improbidade Administrativa Reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 95-110.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Assédio processual do poder público nas ações de improbidade administrativa e nas investigações disciplinares. *Revista Prática Forense*, ano III, n. 36, p. 7-34, dez. 2019.

NOHARA, Irene. *Direito Administrativo*. 11. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARQUES, Vitor. O reencontro da improbidade administrativa com o propósito da Constituição Federal de 1988. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). *Lei de Improbidade Administrativa Reformada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 111-123.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo Alberto. A promessa que a lei de improbidade administrativa não foi capaz de cumprir. *Revista Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 409-426.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 195-219, out./dez. 2019.

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

TRANSMONTANO, João Pedro Teixeira; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. A vedação ao controle anacrônico e a necessária análise das dificuldades reais do gestor como pressuposto de validade da sentença em ações de improbidade administrativa. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 581-594. ISBN 978-65-5518-820-2.

PARTE II

TEXTOS DOS VENCEDORES DO CONCURSO
DE ARTIGOS JURÍDICOS

PRIMEIRO LUGAR

REPARANDO ERROS DA PITONISA: A ALTERABILIDADE DA MATRIZ DE RISCOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAIO FELIPO CAMINHA DE ALBUQUERQUE

1 Introdução

A Lei nº 14.133/2021 trouxe uma generalização do uso da matriz de riscos para os contratos administrativos que tem o potencial de gerar grandes benefícios em termos de transparência e adaptabilidade contratual, mas também atrai questionamentos importantes acerca dos limites da ferramenta. Como um risco envolve um evento futuro e incerto que pode causar impactos desconhecidos, qualquer empreitada humana que envolva a previsão, a quantificação e a atribuição de responsabilidades acerca do risco está sujeita a falhas. Quando isso ocorre, o contrato pode ser negativamente afetado, seja por uma atribuição de ônus indevida para um dos contratantes ou por conflitos gerados entre as partes em relação às responsabilidades previstas na matriz.

Os gregos antigos tinham um especial fascínio por oráculos, e várias tragédias gregas demonstram uma busca pelo conhecimento do futuro vinculada a uma busca por poder. No famoso Oráculo de Delfos, a sacerdotisa era chamada de pitonisa, a responsável por prever acontecimentos futuros por meio de profecias. De maneira semelhante, a matriz de alocação de riscos é uma forma de prever o futuro em relação aos contratos e o responsável por sua elaboração, como a pitonisa, faz profecias sobre o que pode acontecer e as registra na matriz de riscos. Mas o que fazer quando a pitonisa erra em suas profecias?

As falhas podem existir desde a origem da matriz de alocação de riscos ou decorrer da mudança de contexto pelo decurso do tempo, e o reconhecimento desses dois fatores atrai o questionamento que o presente artigo pretende responder: uma vez estabelecida a matriz de alocação de riscos de um determinado contrato, por que e como ela pode ser alterada durante a execução contratual?

Para a compreensão dos fundamentos e dos limites para a alteração da matriz de alocação de riscos, o artigo analisa a metodologia básica para a sua formulação, de modo a evidenciar que existe uma metodologia a ser seguida e que eventual alteração não poderá ocorrer sem parâmetros técnicos adequados. Em seguida, são verificadas as possíveis causas de falhas, que podem gerar a necessidade de alteração de uma matriz de riscos. Com isso, são identificadas também quais são as prováveis consequências de uma matriz de riscos irregular. Ao final, o questionamento inicial é abordado sob duas óticas de análise: a possibilidade jurídica e a possibilidade técnica de alteração da matriz de alocação de riscos. A análise é feita por meio de uma pesquisa bibliográfica interdisciplinar com o uso do método dedutivo e da análise das disposições legislativas e entendimentos jurisprudenciais para chegar aos fundamentos e aos parâmetros da alterabilidade da matriz de alocação de riscos em contratos administrativos.

2 Um panorama da formulação da matriz de alocação de riscos

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos ampliou as possibilidades de uso da matriz de alocação de riscos em relação à legislação anteriormente existente. Agora, todo contrato poderá conter a matriz¹ e em certos casos ela será obrigatória.² Dessa forma, a análise de riscos assume um papel importante na modelagem dos contratos administrativos.

Nesse contexto, por meio da matriz prevista na Lei nº 14.133/2021, é possível registrar os riscos do contrato e ainda estabelecer responsabilidades acerca da mitigação dos riscos ou da absorção de seus impactos. Nesses casos, tem-se uma matriz de alocação de riscos que, além de identificar riscos e medidas de mitigação, atribui responsabilidades contratuais e, por isso mesmo, fixa o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

O art. 103 da Lei nº 14.133/2021 prevê que o contrato poderá identificar riscos contratuais previstos e presumíveis e, diante disso, estabelecer matriz de alocação de riscos entre os contratantes. Com base nisso, haverá a indicação dos riscos a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles que serão compartilhados. A lei, contudo, não estabeleceu uma metodologia ou mesmo uma base para a formulação de uma metodologia, deixando para cada ente federativo a responsabilidade pela regulamentação. Porém, existem padrões e normas que podem ser utilizados como bases para o estabelecimento de metodologias, como a ABNT NBR ISO 31000:2018 e a ABNT NBR ISO/IEC 31010:2012. Nesse contexto, algumas etapas básicas podem ser identificadas para o processo: *i*) identificação de riscos; *ii*) análises qualitativa e quantitativa e estabelecimento de medidas de mitigação; e *iii*) alocação dos riscos entre os contratantes.

Uma vez identificados e analisados os riscos, tem início a atividade de alocação das responsabilidades dos contratantes sobre eles. Será necessário avaliar qual das

¹ Art. 103 da Lei nº 14.133/2021: O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

² Art. 21, §3º, da Lei nº 14.133/2021: Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

partes responderá por cada fator de risco ou em quais casos haverá responsabilidade compartilhada. Essa alocação dos riscos demanda uma análise de congruência em relação às capacidades das partes para a adoção de medidas preventivas e para a absorção dos custos sem que haja onerosidade excessiva.

O art. 103, §1º, da Lei nº 14.133/2021, estabelece que a alocação dos riscos nos contratos administrativos considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.³ Havendo cobertura oferecida por seguradoras para determinado risco, ele será preferencialmente transferido ao contratado (art. 103, §2º, da Lei nº 14.133/2021).

Por sua vez, o §6º do art. 103 da Lei nº 14.133/2021 prevê a possibilidade de adoção de métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas para a alocação de riscos. Vale ressaltar, contudo, que na literatura internacional não parece haver um único parâmetro de alocação de riscos aplicável facilmente a todos os contratos em todos os mercados. Como indicam Farquharson *et al.*,⁴ a forma básica de alocação envolve atribuir o risco à parte com maior capacidade para controlar a ocorrência do evento de risco, para lidar com suas consequências ou para identificar a probabilidade de ocorrência, mas ainda pode haver variação na alocação entre projetos e diferentes mercados e o nível de competitividade.

É perceptível que, ainda que a Lei nº 14.133/2021 não tenha detalhado o procedimento de elaboração da matriz de riscos, existem diretrizes que podem ser adotadas, inclusive com base na experiência internacional.⁵ A tendência é que haja uma uniformização dos padrões e das metodologias, ainda que cada ente federativo possa estabelecer metodologias próprias. Assim, as matrizes de riscos eventualmente poderão apresentar resultados convergentes com o acúmulo de experiências em diferentes órgãos e entidades.

3 A matriz de riscos e suas possíveis falhas

A elaboração de uma matriz de alocação de riscos, como qualquer empreitada humana, está sujeita a imperfeições. Isso pode ocorrer tanto por meio de erros existentes desde o momento em que ela é formulada quanto por eventos supervenientes que alterem o contexto inicial e a deixem, ao menos quanto a certos aspectos, em descompasso com a realidade.

³ Timothy Irwin propõe um interessante princípio para a alocação de riscos, baseado na capacidade de cada parte do contrato para lidar com diferentes aspectos do evento de risco. Nesse contexto, a alocação determinada pelo princípio levará em consideração os seguintes aspectos: i) capacidade de influência sobre a probabilidade de ocorrência do fator de risco; ii) capacidade para se antecipar ou dar uma resposta ao fator de risco; iii) capacidade para absorção dos impactos evento de risco. Cf.: IRWIN, Timothy. *Government guarantees: allocating and valuing risk in privately financed infrastructure projects*. New York: World Bank Publications, 2007, p. 56-62.

⁴ FARQUHARSON, Edward; MASTLE, Clemencia Torres de; YESCOMBE, E. R. *How to engage with the private sector in public-private partnerships in emerging markets*. New York: World Bank Publications, 2011, p. 39.

⁵ Cf.: ASHLEY, David B.; DIECKMANN, James E.; MOLENAAR, Keith R. *Guide to Risk Assessment and Allocation for Highway Construction Management*. U.S. Department of Transportation – Federal Highway Administration, 2006; CALTRANS – California Department of Transportation. *Project Risk Management Handbook: A Scalable Approach*, 2012; IRWIN, Timothy. *Government guarantees: allocating and valuing risk in privately financed infrastructure projects*. New York: World Bank Publications, 2007; e WORLD BANK. *Guidance on PPP Legal Frameworks*. New York: World Bank, 2022.

Há várias formas de analisar os possíveis empecilhos à construção de uma matriz de alocação de riscos perfeita.⁶ Tratando-se de uma atividade que extrapola o âmbito exclusivamente jurídico, a abordagem interdisciplinar é a mais adequada, de modo que, a seguir, aborda contribuições da teoria econômica e da psicologia comportamental para o tema.

Mesmo advindo de um contexto literário, uma citação de Fernando Pessoa é bastante pertinente para dar uma estrutura à análise: “Vivo sempre no presente. O futuro, não o conheço. O passado, já o não tenho”.⁷ Com efeito, será visto que as cláusulas contratuais (das quais a matriz de alocação de riscos é uma) são elaboradas: sempre no presente, sob a influência dos custos de transação; por meio de uma análise potencialmente enviesada de um futuro desconhecido; e com base em um passado desconhecido, já que são escassas as bases de dados sobre contratos antecedentes.

3.1 Vivo sempre no presente: a incompletude da matriz de riscos

Os contratos são manifestações de vontade que formam um negócio jurídico vinculante para as partes por meio da estipulação de regras que serão observadas na execução do ajuste. Essas regras são formuladas no presente com vistas a regular uma situação futura. Sobre esse ponto, a Análise Econômica do Direito (AED) traz uma importante contribuição: a concepção de que os contratos não podem prever todas as contingências futuras capazes de influenciar a relação jurídica.

Deve-se compreender que esses ajustes são, em maior ou menor medida, incompletos, por faltar às partes, no presente, a possibilidade de previsão total das contingências em potencial, a depender da quantificação dos custos para tanto. Para uma melhor compreensão, Fernando Araújo⁸ traça um paralelo entre o conceito de contrato completo e o conceito de mercado perfeito: ambos somente podem existir caso não haja custos de transação, os agentes atuem somente de forma racional, a informação seja perfeita e simétrica, haja a possibilidade escolhas irrestritas e inexistam externalidades. Na prática, contudo, todos esses elementos que tornam o mercado imperfeito existem e afetam a análise dos riscos futuros, tornando-a mais custosa.

A incompletude contratual, portanto, é uma característica comum dos contratos,⁹ assim como as falhas são naturalmente encontradas em mercados. E uma variável importante para determinar o grau de incompletude é o prolongamento da relação jurídica no tempo. Quanto mais durar a relação jurídica contratual, mais provável será a interferência de eventos externos, sejam eles previstos ou imprevistos.¹⁰ Não se afasta,

⁶ TEIXEIRA JÚNIOR *et al.* apresentaram importantes fontes incerteza na construção de uma matriz de riscos e o presente artigo pretende apresentar argumentos complementares a esse estudo: TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Matriz de riscos e a ilusão da perenidade do passado: precisamos ressignificar o conceito de tempo nas contratações públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, p. 59-82, jul./set. 2021.

⁷ SOARES, Bernardo (Fernando António Nogueira Pessoa). *Livro do Desassossego*. Novo Hamburgo: Clube de Literatura Clássica, 2021, p. 89.

⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 181.

⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 420.

¹⁰ Uma das características dos contratos que são prolongados no tempo é a dinamicidade da relação. As cláusulas contratuais tentam capturar as intenções das partes em determinado momento do tempo, permeadas por um

contudo, como observa Klein,¹¹ a existência de situações que envolvem contratos menos complexos e com pouca duração que permitem uma contratação completa. Nesse sentido, a incompletude estaria ligada a dois aspectos: a duração e a complexidade. No entanto, para esses contratos sobre os quais a incompletude não teria efeito, também não faria sentido estipular uma matriz de alocação de riscos.

O contrato completo seria, de acordo com Fernando Araújo,¹² “aquele que especificaria as obrigações para cada uma das partes em cada uma das contingências que podem afetar a onerosidade do contrato”. Teoricamente, construir um contrato completo é possível, mas apenas mediante a assunção de custos de transação. Nesse sentido, o que definirá o grau de incompletude de um contrato é a grandeza dos custos de transação associados ao esforço necessário para a formulação de cláusulas contratuais capazes de reger todas as variáveis envolvidas na relação contratual.¹³

Em suma, o contrato como um todo inclina-se em direção à incompletude. Sendo o contrato um conjunto de regras, pressupõe-se que as propriedades do conjunto podem ser identificadas nas partes (no caso, nas cláusulas contratuais). Contudo, não seria adequado afirmar que a incompletude contratual é uma característica que incide de maneira linear sobre todas as cláusulas contratuais. É razoável supor que as cláusulas contratuais, se consideradas de maneira específica, serão mais ou menos incompletas, já que diferentes graus de imprecisão podem incidir sobre elas, a depender, como dito acerca dos contratos, dos custos de transação associados. Ou seja: o contrato tem a característica da incompletude por não prever todas as situações que podem afetar a relação jurídica, mas essa característica não incide de maneira linear sobre todas as cláusulas, de modo que algumas estão menos sujeitas a interferências decorrentes de eventos externos enquadrados como riscos.¹⁴

Nesse contexto, a matriz de riscos incluída em um contrato invariavelmente terá a mesma característica de ser incompleta, em maior ou menor grau. E não poderia ser diferente, afinal, a matriz de alocação de riscos é justamente considerada uma cláusula contratual. Contudo, nesse caso a incompletude ganha uma relevância específica, tendo em vista que o propósito manifesto dessa cláusula é justamente tentar prever as contingências que podem afetar a relação contratual.

As cláusulas contratuais em geral têm o propósito principal de estabelecerem regras para a adequada execução do objeto do contrato, de acordo com as finalidades propostas pelas partes. Com isso, quando não está presente uma cláusula sobre riscos,

determinado contexto econômico, social, cultural e histórico. Todo esse contexto, entretanto, está sujeito a mudanças e é justamente por isso que a regra da força vinculatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) pode ser relativizada. Não é por outro motivo que se desenvolveu a ideia de que as obrigações contratuais são vinculantes na medida em que são mantidas as premissas iniciais envolvidas nas manifestações de vontade. Essa ideia é condensada na cláusula *rebus sic stantibus*, que permite a revisão contratual ou a resolução por onerosidade excessiva.

¹¹ KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015, p. 118.

¹² ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 148.

¹³ NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista brasileira de direito administrativo e regulatório*, v. 1, p. 5, 2010.

¹⁴ A cláusula que define o objeto de um contrato de concessão da exploração de determinada rodovia, por exemplo, estará menos sujeita a gerar problemas de execução diante de eventos imprevistos do que uma cláusula que estabelece obrigações acessórias do concessionário. Nesse sentido, podem existir diferentes níveis de certeza acerca de diferentes cláusulas.

a previsão de contingências associada à busca pela completude assume uma posição de propósito latente, por mais que seja válido supor que se trate de algo de interesse das partes. Por outro lado, a matriz de alocação de riscos é uma cláusula que decorre de uma análise das demais cláusulas, contextualizando-as no futuro e estabelecendo obrigações acerca de intercorrências incertas. Trata-se, podemos dizer, de uma “metacláusula”, já que, mesmo fazendo parte do contrato, analisa suas próprias regras.

Logo, se formular cláusulas contratuais completas já é uma tarefa custosa, com mais razão ainda será elaborar uma matriz completa. Diante dos custos envolvidos, é necessário buscar um estado ótimo de eficiência entre a busca pela completude da previsão dos eventos de risco e a vantagem que essa busca trará em relação à duração do contrato.

A incompletude, nesse contexto, é uma característica que não pode ser facilmente afastada das matrizes de riscos e ela fica mais evidente na medida em que a relação contratual é prolongada no tempo. Quanto mais durar a execução contratual, mais a incompletude será revelada. Isso, ao mesmo tempo em que denota a dinamicidade dos contratos e abre margem para novas soluções, permite que a matriz de riscos fique defasada em certos aspectos. Ou seja, riscos inicialmente previstos podem passar a estar em descompasso com a realidade durante a execução contratual e os custos associados à mitigação deles ou as responsabilidades de absorção, por exemplo, podem perder o sentido.

3.2 O futuro, não o conhecimento: a falibilidade humana na atividade preditiva

As limitações cognitivas humanas em relação à incerteza dificultam a formulação de regras presentes que sejam capazes de reger a relação jurídica diante de todos os eventos futuros e possíveis. Isso porque falta ao responsável pela elaboração da matriz de riscos um elemento que sempre será desconhecido para as partes: o próprio futuro. Prova disso é o fato de que diversos estudos acerca da tomada de decisões indicam a existência de vieses cognitivos, os quais revelam tendências humanas de comportamento e julgamento capazes de levar a erros de previsão que podem ter consequências na elaboração da matriz de riscos.

Em uma revisão de literatura focada na mitigação de vieses cognitivos na identificação de riscos para o setor aeroespacial, Emmons *et al.*¹⁵ apontaram a existência de 4 vieses que impactam a análise de riscos: o viés do otimismo, a falácia do planejamento, o viés de ancoragem e o efeito da ambiguidade.

O viés do otimismo é facilmente perceptível e representa uma tendência ao favorecimento de informações positivas no processo de tomada de decisões, já que temos uma inerente aversão aos problemas e aos riscos.¹⁶ Ele está intimamente relacionado à falácia do planejamento, que representa uma propensão, no planejamento de qualquer

¹⁵ EMMONS, Debra L.; MAZZUCHI, Thomas A.; SARKANI, Shahram; LARSEN, Curtis E. Mitigating cognitive biases in risk identification: Practitioner checklist for the aerospace sector. *Defense acquisition research journal*, v. 25, n. 1, p. 52, 2018, p. 5.

¹⁶ SHAROT, Tali. The optimism bias. *Current biology*, v. 21, n. 23, p. R941-R945, 2011.

atividade, para subestimar custos e riscos, enquanto os benefícios são superestimados, como indicam Buehler *et al.*¹⁷ A matriz de riscos é, em si, uma ferramenta que faz parte do planejamento de um projeto, de modo que a identificação de riscos pode ser negativamente afetada por essas inclinações enviesadas que levam a visões otimistas e pouco realistas.

Por sua vez, o viés de ancoragem, identificado por Tversky e Kahneman,¹⁸ denota uma tendência a confiar demais em informações preliminares e direcionar as decisões em razão delas. Assim, diferentes informações de partida podem gerar diferentes resultados em estimativas pelo viés gerado pelos valores iniciais. Na análise de riscos, é possível que a análise do impacto de determinado risco seja superestimada ou subestimada, a depender das informações previamente verificadas. Dessa maneira, após analisar um risco pouco provável e de baixo impacto, por exemplo, o responsável pode ter um julgamento enviesado do risco seguinte com base na análise prévia, evitando reconhecer um risco de alta probabilidade e alto impacto, em uma comparação inconsciente e inadequada.

Já o efeito da ambiguidade representa uma inclinação para evitar decisões acerca de opções ambíguas ou para as quais haja pouca informação.¹⁹ Em outras palavras, afastamo-nos de opções que envolvam incertezas e buscamos decisões que envolvam menos riscos quando estas estão disponíveis. No âmbito da matriz de riscos, isso pode afetar o julgamento sobre determinados riscos externos, como os sociopolíticos e ambientais.²⁰

A essa lista de vieses ainda é possível acrescentar o chamado “Efeito Dunning-Krueger”. Trata-se de um viés cognitivo que ocorre quando alguém com pouco conhecimento técnico em determinada área superestima suas competências.²¹ Ou seja, o conhecimento superficial impede o reconhecimento de dificuldades intrínsecas à matéria. Assim, o responsável pela matriz de riscos, por não ter a experiência necessária em relação a determinado objeto contratual, pode simplesmente deixar de registrar riscos importantes por não saber da existência deles. Alguém que não conheça a realidade de contratos de pavimentação de rodovias pode, por exemplo, não reconhecer o risco que a necessidade de alteração das distâncias de transporte por esgotamento de uma jazida pode trazer para o contrato.

Ainda é necessário observar que, mesmo quando os dados adequados estejam disponíveis, falhas de julgamento ainda podem ser verificadas pela análise de padrões passados que nem sempre são repetidos. É aqui que o problema do “Cisne Negro” ganha especial relevo.

¹⁷ BUEHLER, Roger; GRIFFIN, Dale; ROSS, Michael. Exploring the “planning fallacy”: Why people underestimate their task completion times. *Journal of personality and social psychology*, v. 67, n. 3, p. 366, 1994.

¹⁸ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty. *Science*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

¹⁹ EINHORN, Hillel J.; HOGARTH, Robin M. Decision making under ambiguity. *Journal of business*, p. S225-S250, 1986.

²⁰ EMMONS, Debra L.; MAZZUCHI, Thomas A.; SARKANI, Shahram; LARSEN, Curtis E. Mitigating cognitive biases in risk identification: Practitioner checklist for the aerospace sector. *Defense acquisition research journal*, v. 25, n. 1, p. 52, 2018, p. 4.

²¹ DUNNING, David; JOHNSON, Kerri; EHRLINGER, Joyce; KRUGER, Justin. Why People Fail to Recognize Their Own Incompetence. *Current Directions in Psychological Science*, vol. 12, n. 3, p. 83-87, 2003.

Nassim Nicholas Taleb²² chama de “Cisne Negro” o evento que foge das expectativas ordinárias, tem um extremo impacto e é imprevisível de forma prospectiva. No entanto, o mais interessante para o ponto aqui abordado é que a terminologia adotada pelo autor surgiu do fato de que, até a descoberta da existência de cisnes com plumagem negra na Austrália, as pessoas estavam certas de que todos os cisnes eram brancos.

Trata-se de um exemplo adequado para demonstrar o quanto podemos criar expectativas inadequadas em razão da análise de dados relativos a eventos passados. Ele revela uma inerente condição humana: somos ótimos na percepção de padrões, mas incapazes no que tange à previsão de fugas do padrão esperado. Apenas com dados adequados é que podemos fazer previsões e, ainda assim, elas não serão perfeitas, já que cisnes negros podem ser encontrados no caminho.

Percebe-se, nesse contexto, que existem vários fatores que podem levar a uma falha de julgamento na atividade preditiva. O desconhecimento do futuro aliado às inclinações cognitivas do ser humano expõe a atividade de elaboração da matriz de riscos à possibilidade de falhas.

3.3 O passado, já não o tenho: a problemática da disponibilidade de dados

As dificuldades da atividade preditiva que são inerentes à cognição humana ainda podem ser amplificadas pela ausência de dados adequados para a análise. Qualquer análise de eventos cuja ocorrência é incerta demanda a avaliação de dados de qualidade para embasar o esforço preditivo. Somente podemos analisar o desconhecido (o futuro) com base naquilo que é conhecido (o passado). Nesse ponto, a qualidade dos dados é de alta relevância para a obtenção dos resultados adequados.

Existe um termo comum no ramo das ciências da computação que pode ser bem utilizado para explicar uma das razões da falibilidade da matriz de riscos: *garbage in, garbage out*²³ (GIGO). O conceito denota o fato de que, por mais que se tenha um software tecnicamente adequado para processar informações, a utilização de dados (*inputs*) de baixa qualidade gerará resultados (*outputs*) incongruentes, ainda que o processo seja formalmente válido.

No contexto da matriz de riscos, a inconsistência, a insuficiência e a imprecisão dos dados que são utilizados para a sua formulação podem gerar resultados indesejados, ainda que toda a metodologia correta seja utilizada. Em outras palavras, dados confiáveis são necessários para todas as etapas da matriz de riscos, desde a identificação até a alocação dos riscos contratuais – e nem sempre eles estão disponíveis. Até o momento, não há uma legislação robusta que incentive a adoção de práticas de acumulação e tratamento de dados estatísticos sobre a execução dos mais diversos objetos contratuais. Isso faz com que a Administração Pública não aprenda com os erros de contratos passados, algo que poderia afetar positivamente a elaboração da matriz de riscos, gerando uma inexperience persistente.²⁴

²² TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do Cisne Negro: O impacto do altamente improvável*. Tradução: Renato Marques de Oliveira. São Paulo: Objetiva, 2021.

²³ Em tradução livre: lixo entra, lixo sai.

²⁴ Analisando os motivos para a constante superação dos orçamentos previstos para sediar os Jogos Olímpicos, Flyvberg, Budzier e Lunn identificaram o que eles chamaram de “Síndrome do Eterno Iniciante”: basicamente, fazer um rodízio de locais para sediar os Jogos faz com que o megaevento seja sempre realizado por iniciantes

Um fator importante que pode afetar negativamente a matriz de riscos é que ela é elaborada unilateralmente pela Administração Pública, antes mesmo de as propostas serem apresentadas pelos licitantes. Isso, por si, faz com que a análise possa gerar distorções em decorrência do maior ou menor conhecimento acerca do objeto contratual, da unilateralidade do levantamento de dados e da ausência de contraditório nas decisões. Todos os dados são levantados unicamente pelos responsáveis pelo projeto, sem diálogo com outros atores possivelmente detentores de informações, até mesmo outras instituições que já executaram objetos semelhantes. Conforme identificado por Peckiene *et al.*,²⁵ em revisão de literatura sobre a alocação de riscos em contratos de construção, decisões tomadas apenas sob o prisma de uma das partes são frequentemente incorretas para a outra parte, o que resulta em conflitos na execução do contrato.

Nesse contexto, a ausência de dados qualitativa e quantitativamente adequados para a análise de riscos é uma potencial causa de irregularidades na matriz de alocação de riscos.

4 Prováveis consequências de irregularidades na matriz

Os fatores indicados no tópico anterior apontam para a conclusão de que a matriz de riscos pode apresentar falhas. No entanto, essa constatação é insuficiente, por si só, para justificar a necessidade de alteração da cláusula contratual, sendo útil investigar os prováveis desdobramentos da existência dessas falhas ou irregularidades.

Uma das vantagens da matriz de alocação de riscos é a possibilidade de fazer com que o preço estimado do contrato seja mais capaz de refletir a realidade de mercado diante dos riscos assumidos pelo contratado. Nesse sentido, o art. 22 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que, quando houver matriz, o cálculo do valor estimado da contratação poderá levar em consideração uma taxa de risco compatível com o objeto licitado e com os riscos assumidos pelo contratado.

Deve haver uma metodologia predefinida pelo ente federativo para o cálculo da taxa de riscos que incidirá sobre o valor do contrato e, como ela deverá considerar o objeto do contrato e os riscos assumidos pelo contratado, a matriz de riscos indevidamente formulada pode levar a um resultado que não reflete a realidade contratual. Logo, considerando que a matriz afeta o preço estimado da contratação pela incidência de uma taxa de riscos, se ela for mal formulada, é provável que o valor contratado fique distorcido, gerando sobrepreço²⁶ e dano aos cofres públicos por enriquecimento sem causa do particular.

inexperientes, que provavelmente nunca fizeram algo semelhante. Mesmo quando há a repetição de cidades-sede, há um considerável espaço de tempo entre cada edição dos jogos, o que faz com que o problema continue existindo, já que as pessoas que participaram da edição anterior estarão aposentadas ou já falecidas. Essa inexperiência persistente é um dos motivos pelos quais o evento das Olimpíadas é detentor do recorde de maior custo excedente em qualquer megaprojeto. Cf.: FLYVBJERG, Bent; BUDZIER, Alexander; LUNN, Daniel. Regression to the tail: Why the Olympics blow up. *Environment and Planning A: Economy and Space*, v. 53, n. 2, p. 233-260, 2021.

²⁵ PECKIENE, Aurelija; KOMAROVSKA, Andzelika; USTINOVICIUS, Leonas. Overview of risk allocation between construction parties. *Procedia Engineering*, v. 57, p. 889-894, 2013, p. 893.

²⁶ O conceito de sobrepreço pode ser encontrado no art. 6º, LVI, da Lei nº 14.133/2021: preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada.

Outro ponto relevante da matriz de alocação de riscos é a possibilidade de exigência da contratação de seguros obrigatórios pelo contratado para mitigar os impactos de riscos por ele assumidos no contrato. Os custos de contratação desses seguros devem ser diretamente integrados no custo da contratação, de acordo com o art. 22, §2º, III, da Lei nº 14.133/2021, de modo que caberá ao ente contratante arcar com eles. Por conseguinte, eventuais irregularidades na matriz de riscos podem redundar na exigência de seguros obrigatórios desnecessários diante das especificidades do objeto contratual, levando, novamente, a um sobrepreço, ainda que não haja propriamente um enriquecimento do particular.

Além dos seguros obrigatórios, o contratado poderá contratar por conta própria seguros para riscos por ele assumidos. Mesmo com relação a esses seguros facultativos, as inadequações da matriz de alocação de riscos podem trazer prejuízos. Nesse caso, a diferença em relação aos seguros obrigatórios é que não há previsão legal de que os custos integrarão diretamente o custo da contratação. Assim, em certa medida os custos com seguros facultativos integrarão o valor final do contrato de forma indireta, por meio da taxa de riscos prevista no art. 22 da Lei nº 14.133/2021. Quando não houver reflexo na taxa de riscos, o contratado precisará decidir entre arcar com os custos do seguro ou com os custos da ocorrência do evento de risco.

Mesmo não havendo reflexo da irregularidade da matriz sobre o preço, seja por meio da taxa de riscos ou pelos seguros obrigatórios, os erros que resultem em maiores custos para o particular contratado terão como consequência um aumento nos valores das propostas. Caso os licitantes percebam a assunção de riscos que não geram reflexo no preço estimado, eles tenderão a incluir os possíveis custos nas propostas apresentadas, afastando, com isso, a seleção do menor preço efetivo.

Por outro lado, uma matriz de alocação de riscos que gere uma atribuição exagerada de riscos para o ente contratante poderá incentivar a atuação oportunista dos contratados. Nesse caso, o particular pode optar por não comunicar o erro com o propósito de obter benefícios com a ocorrência de um risco que ele mesmo poderia controlar, mitigar ou absorver, mas que será assumido pela Administração Pública. Dessa maneira, a alocação inadequada de riscos poderá resultar em um superfaturamento²⁷ em razão do desequilíbrio econômico-financeiro favorável ao contratado.

A todas essas consequências das irregularidades da matriz de riscos ainda deve ser acrescida a possibilidade de conflitos durante a execução contratual decorrentes de discordâncias supervenientes entre as partes acerca de riscos indevidamente mensurados ou alocados.

²⁷ O conceito de superfaturamento é dado pelo art. 6º, LVII, da Lei nº 14.133/2021: dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por: a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança; c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado; d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços.

5 A formatação jurídica da alteração da matriz

Os tópicos precedentes demonstram que a matriz de alocação de riscos está sujeita a falhas e elas podem ter consequências consideráveis. Dessa forma, é necessário investigar a forma legal de alteração dessa cláusula contratual. Essa possibilidade de mutabilidade da matriz de riscos já foi indicada por Teixeira Júnior *et al.*,²⁸ restando saber como a Lei nº 14.133/2021 pode albergar a modificação.

A mutabilidade é uma característica própria dos contratos administrativos e está diretamente vinculada ao regime jurídico de direito público. Entre o art. 124 e o art. 136, a Lei nº 14.133/2021 dispõe sobre as formas de alteração dos contratos e dos preços. É estabelecida, primeiramente, a possibilidade de alteração unilateral, esta subdividida em duas espécies: a qualitativa e a quantitativa.²⁹ A primeira diz respeito à modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos; a segunda, à modificação do valor contratual para acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto.

A alteração unilateral dos contratos administrativos é uma prerrogativa decorrente do regime jurídico aplicável à Administração Pública e está prevista expressamente no art. 104, I, da Lei nº 14.133/2021. O contratado não pode oferecer resistência ao exercício dessa prerrogativa, desde que ela ocorra dentro dos percentuais estabelecidos no art. 125 da Lei nº 14.133/2021, que incidem sobre o valor inicial atualizado do contrato: 25% para acréscimos e supressões em geral e 50% para acréscimos em reformas de edifício ou de equipamentos.

A lei também estabelece como limitação à prerrogativa de alteração unilateral o direito do contratado à revisão das cláusulas econômico-financeiras do contrato, com o intuito de manter o equilíbrio contratual. Dessa forma, ao realizar uma alteração unilateral nos moldes do art. 124, I, da Lei nº 14.133/2021, é necessário que a Administração Pública ajuste as cláusulas que envolvam a remuneração do contratado para que ela seja justa e equilibrada, conforme dispõe o art. 130 da Lei nº 14.133/2021.³⁰

Cabe ressaltar que a prerrogativa de alteração unilateral do contrato é considerada excepcional e decorrente especificamente do regime jurídico administrativo. Diante disso, é aplicável a regra de hermenêutica que estipula a necessidade de interpretação estrita de normas excepcionais.³¹ Sendo a interpretação do art. 124, I, da Lei nº 14.133/2021 restritiva, é lógico concluir que as hipóteses previstas na norma são taxativas, não podendo a Administração Pública promover alterações unilaterais nos contratos administrativos além das hipóteses estipuladas.

Nesse sentido, permitir a alteração unilateral da matriz de alocação de riscos demandaria o enquadramento em uma das espécies de alteração permitidas por lei: a

²⁸ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Matriz de riscos e a ilusão da perenidade do passado: precisamos ressignificar o conceito de tempo nas contratações públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, p. 59-82, jul./set. 2021.

²⁹ Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos; b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

³⁰ Art. 130. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

³¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 192.

qualitativa ou a quantitativa. Nenhuma delas, contudo, permite abarcar a modificação da matriz. A alteração qualitativa envolve, como mencionado, uma modificação do projeto ou de suas especificações. Entretanto, ainda que esteja bastante vinculada ao projeto, a matriz de alocação de riscos é uma cláusula contratual, por expressa disposição legal,³² que identifica riscos da execução do projeto e atribui responsabilidades, não se confundindo com o projeto em si ou com uma de suas especificações. Além disso, a alteração quantitativa serve para a modificação do valor contratual, por acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto, e a matriz de alocação de riscos, sendo uma cláusula, também não se confunde com os quantitativos previstos no planejamento da execução contratual. Dessa forma, a alteração unilateral da matriz de alocação de riscos é uma situação que não encontra amparo no ordenamento jurídico, tendo em vista o caráter taxativo das hipóteses previstas no art. 124, I, da Lei nº 14.133/2021.

Não sendo o caso de alteração unilateral, deve ser investigada a possibilidade de alteração consensual da matriz de riscos. Nesse contexto, o art. 124, II, da Lei nº 14.133/2021 estipula a possibilidade de alteração contratual por concordância entre as partes em quatro situações específicas: *i*) substituição da garantia de execução; *ii*) modificação do regime de execução ou do modo de fornecimento; *iii*) modificação da forma de pagamento; e *iv*) restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

No ponto, é relevante definir se as hipóteses previstas no art. 124, II, da Lei nº 14.133/2021 formam um rol taxativo ou exemplificativo. Sendo taxativo, não seria viável a alteração contratual relativa à matriz de alocação de riscos, já que ela também não pode ser enquadrada na alteração unilateral. É necessário ressaltar que, como visto, a taxatividade relativa à alteração unilateral é justificada pela excepcionalidade da prerrogativa que detém o ente contratante. No entanto, não há justificativa plausível aparente para a taxatividade dos casos de alteração consensual. Considerando que o resultado seria a inalterabilidade absoluta das cláusulas contratuais, mesmo daquelas que não afetassem o resultado da licitação, seria ilógico conceber a taxatividade dos dois incisos do art. 124 da Lei nº 14.133/2021.

Também seria contraditório defender a taxatividade em questão diante do art. 104, §1º, da Lei nº 14.133/2021, que afirma, de forma mais genérica, que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. Ainda que a previsão esteja contida no dispositivo que trata das prerrogativas da Administração Pública e tenha o condão de limitá-las, ela dá fundamento para a possibilidade de alteração consensual para outras cláusulas que não sejam as previstas no art. 124, II, da Lei nº 14.133/2021.

Além disso, o fato de a resposta para a questão não estar expressamente prevista na Lei nº 14.133/2021 permite a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, como admitido pelo art. 89 da Lei nº 14.133/2021. Nesse caso, incide o princípio da liberdade contratual, previsto no art. 421 do Código Civil, de modo que, havendo manifestação de vontade válida dos contratantes, as alterações são, em regra, possíveis, ressalvadas vedações expressas decorrentes do ordenamento jurídico. Por conseguinte, a melhor interpretação do art. 124, II, da Lei nº 14.133/2021 é no sentido de que as hipóteses nele previstas servem para impor o caráter

³² Art. 6º, XVII, da Lei nº 14.133/2021.

consensual e afastar a possibilidade de alteração unilateral para essas situações,³³ mas não para impedir outras formas de alteração consensual.

Portanto, sendo viável a alteração consensual da matriz de alocação de riscos, mesmo que não haja previsão expressa nesse sentido.³⁴ A essa conclusão deve ser somado o fato de que a matriz de alocação de riscos é uma cláusula contratual que estabelece o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, o que torna necessária a concordância do contratado, nos termos do disposto no art. 104, §1º, da Lei nº 14.133/2021.

6 Limites à alterabilidade da matriz de alocação de riscos

O fato de a alteração da matriz de alocação de riscos ser tecnicamente justificável e juridicamente viável por meio da modificação consensual não afasta a existência de certos limites à alterabilidade dessa cláusula. Isso porque qualquer mudança pode ter consequências negativas sobre o equilíbrio contratual e gerar problemas no lugar de resolvê-los.

Uma primeira limitação é de natureza técnica. Considerando a existência uma metodologia predefinida pelo ente contratante, a justificativa e o resultado da alteração também deverão ser coerentes com essa metodologia. Isso demanda a demonstração de que, caso a metodologia tivesse sido observada corretamente desde o início, com base nas informações atualmente disponíveis, o resultado teria sido o mesmo que agora está sendo proposto.

Também é necessário que a justificativa para a modificação da matriz de alocação de riscos esteja embasada em alguma causa tecnicamente plausível, que demonstre a falha de julgamento, seja ela originária ou decorrente de um contexto superveniente diverso. Um risco que a alterabilidade da matriz de riscos traz é de moral: sem justificativa adequada, a alteração pode tornar-se um instrumento para beneficiar uma das partes em detrimento da outra. Tanto o ente contratante quanto o contratado podem ser indevidamente beneficiados pela alteração da matriz de riscos, tendo em vista que ela é diretamente responsável pelo equilíbrio contratual. Portanto, além do aspecto metodológico, a modificação é limitada pela adequação da justificativa e por sua correlação com a falha identificada.

O risco moral decorrente da possibilidade de modificação da matriz de alocação de riscos foi ressaltado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2.139/2022 - Plenário. Na ocasião, foi analisada a pretensão de alteração da matriz de um contrato de concessão em relação à alocação do risco de demanda, o que tem maior impacto sobre o contrato. A decisão consignou que essa modificação representaria um risco moral elevado ao programa de concessões, capaz de afetar todos os demais contratos. Nesse contexto, a adequação da justificativa será um relevante parâmetro para a aferição da pertinência da alteração da matriz de alocação de riscos.

³³ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 698-699.

³⁴ A mesma conclusão é adotada por Fortini *et al.*, embora tratando da matriz de riscos utilizada em contratos de Parceria Público-Privada. Cf.: FORTINI, Cristiana; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Matriz de riscos dos contratos de parceria público-privada: alteração consensual. *Revista Consultor Jurídico* (on-line), São Paulo, v. I, p. 1, 2022.

No plano jurídico, cabe observar que o art. 37, XXI, da Constituição Federal, ao tratar da licitação pública, determina que seja assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes. Ademais, os princípios aplicáveis às contratações públicas, previstos no art. 5º da Lei nº 14.133/2021, incluem a igualdade, a vinculação ao edital e o julgamento objetivo. Por conta disso, o ente contratante, ao realizar alterações contratuais, não pode chegar a resultados que subvertam o procedimento licitatório que levou à escolha da proposta, acarretando, assim, um tratamento desigual entre os concorrentes. Logo, a modificação da matriz de alocação de riscos não deve representar uma remodelação da contratação a ponto de afetar o julgamento das propostas.

Por fim, é importante pontuar que há uma lacuna regulatória acerca da metodologia a ser utilizada para a recomposição do equilíbrio contratual diante de eventual alteração da matriz de alocação de riscos.³⁵ Como visto, a estipulação das responsabilidades sobre os riscos contratuais permite a incidência de uma taxa de riscos sobre o valor estimado da contratação, além de poder gerar outros custos diretos e indiretos com seguros e as demais medidas de mitigação dos riscos. Por conseguinte, a modificação da matriz poderá demandar uma nova análise do equilíbrio contratual estabelecido inicialmente, em termos objetivos. Enquanto uma metodologia adequada, objetiva e transparente não for estabelecida, há o risco de as alterações das matrizes de riscos gerarem efeitos negativos, de modo que estudos futuros serão necessários para o desenvolvimento do tema.

7 Conclusão

A matriz de alocação de riscos é um importante mecanismo contratual para fomentar a transparência e estabelecer regras acerca do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Dessa forma, a generalização do seu uso no âmbito dos contratos administrativos, promovida pela Lei nº 14.133/2021, pode trazer benefícios para os contratantes e para a adequada precificação do objeto contratual.

Entretanto, a matriz de alocação de riscos é uma cláusula contratual que pode apresentar falhas por variados motivos: os custos de transação envolvidos na busca pela previsão de todas as possíveis contingências; os vieses cognitivos que afetam a atividade preditiva humana; ou a ausência de dados adequados disponíveis sobre experiências antecedentes que permitam o acúmulo de aprendizado sobre os riscos contratuais. Essas falhas em potencial podem fazer com que a matriz de riscos seja inadequada desde sua origem ou torne-se inadequada em razão de uma alteração substancial de contexto. As duas situações podem resultar em consequências negativas para o equilíbrio contratual, gerando sobrepreço, superfaturamento ou conflitos entre as partes.

Nesse contexto, pode ser necessária a alteração da matriz de alocação de riscos durante a execução do contrato. Essa alteração é juridicamente viável e deve ocorrer de forma consensual, tendo em vista que o rol do art. 124, II, da Lei nº 14.133/2021 não é taxativo e que se trata de uma cláusula econômico-financeira, de modo que a modificação pode ser enquadrada no art. 104, §4º, da Lei nº 14.133/2021.

³⁵ No âmbito do Acórdão nº 2.139/2022 - Plenário, o Tribunal de Contas da União também mencionou a questão e afirmou a necessidade de evolução do tema por não haver norma regulatória disciplinando a forma de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em razão de modificações na matriz de riscos do contrato.

A possibilidade de alteração da matriz, contudo, encontra limites técnicos e jurídicos. É relevante evitar o risco moral e a possibilidade de a modificação gerar benefícios para uma parte em detrimento da outra ou afetar a isonomia entre aqueles que participaram da licitação e o seu resultado. Dessa maneira, deve ser aplicada a metodologia existente no ente federativo, demonstrando-se que o resultado da alteração é o mesmo que seria obtido na formulação inicial da matriz de riscos, caso as informações supervenientes estivessem disponíveis. Ademais, diante da lacuna regulatória acerca da metodologia para a recomposição do equilíbrio contratual frente a eventual alteração da matriz, estudos futuros serão necessários para o desenvolvimento do tema, especialmente no que tange à metodologia para eventual revisão da taxa de riscos.

Referências

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASHLEY, David B.; DIECKMANN, James E.; MOLENAAR, Keith R. *Guide to Risk Assessment and Allocation for Highway Construction Management*. U.S. Department of Transportation – Federal Highway Administration, 2006.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 159, nº 61-F, p. 1-26, 1º abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.139/2022 – Plenário*. Relator Bruno Dantas. Data da sessão: 28.09.2022. Ata nº 37/2022 – Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2555430%22>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BUEHLER, Roger; GRIFFIN, Dale; ROSS, Michael. Exploring the “planning fallacy”: Why people underestimate their task completion times. *Journal of personality and social psychology*, v. 67, n. 3, p. 366, 1994. Disponível em: https://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/biases/67_J_Personality_and_Social_Psychology_366_1994.pdf. Acesso em: 19 jul. 2023.

DUNNING, David; JOHNSON, Kerri; EHRLINGER, Joyce; KRUGER, Justin. Why People Fail to Recognize Their Own Incompetence. *Current Directions in Psychological Science*, vol. 12, n. 3, p. 83-87, 2003. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20182845>. Acesso em: 18 jul. 2023.

EINHORN, Hillel J.; HOGARTH, Robin M. Decision making under ambiguity. *Journal of business*, p. S225-S250, 1986. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2352758>. Acesso em: 19 jul. 2023.

EMMONS, Debra L.; MAZZUCHI, Thomas A.; SARKANI, Shahram; LARSEN, Curtis E. Mitigating cognitive biases in risk identification: Practitioner checklist for the aerospace sector. *Defense acquisition research journal*, v. 25, n. 1, p. 52, 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7398041/>. Acesso em: 18 jul. 2023.

FARQUHARSON, Edward; MASTLE, Clemencia Torres de; YESCOMBE, E. R. *How to engage with the private sector in public-private partnerships in emerging markets*. New York: World Bank Publications, 2011. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/978-0-8213-7863-2>. Acesso em: 19 jul. 2023.

FLYVBJERG, Bent; BUDZIER, Alexander; LUNN, Daniel. Regression to the tail: Why the Olympics blow up. *Environment and Planning A: Economy and Space*, v. 53, n. 2, p. 233-260, 2021.

FORTINI, Cristiana; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Matriz de riscos dos contratos de parceria público-privada: alteração consensual. *Revista Consultor Jurídico (on-line)*, São Paulo, v. I, p. 1, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/interesse-publico-matriz-riscos-contratos-parceria-publico-privada>. Acesso em: 7 ago. 2023.

IRWIN, Timothy. *Government guarantees: allocating and valuing risk in privately financed infrastructure projects*. New York: World Bank Publications, 2007. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/government-guarantees-allocating-and-valuing-risk-privately-financed-infrastructure-projects-irwin-timothy-c-2007>. Acesso em: 5 jul. 2023.

KE, Yongjian; WANG, Shouqing; CHAN, Albert PC. Risk allocation in public-private partnership infrastructure projects: comparative study. *Journal of infrastructure systems*, v. 16, n. 4, p. 343-351, 2010.

KLEIN, Vinícius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista brasileira de direito administrativo e regulatório*, v. 1, 2010.

PECKIENE, Aurelija; KOMAROVSKA, Andzelika; USTINOVICIUS, Leonas. *Overview of risk allocation between construction parties*. *Procedia Engineering*, v. 57, p. 889-894, 2013.

SHAROT, Tali. The optimism bias. *Current biology*, v. 21, n. 23, p. R941-R945, 2011. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0960982211011912>. Acesso em: 19 jul. 2023.

SOARES, Bernardo (Fernando Antônio Nogueira Pessoa). *Livro do Desassossego*. Novo Hamburgo: Clube de Literatura Clássica, 2021.

TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do Cisne Negro: O impacto do altamente improvável*. Tradução: Renato Marques de Oliveira. São Paulo: Objetiva, 2021.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Matriz de riscos e a ilusão da perenidade do passado: precisamos ressignificar o conceito de tempo nas contratações públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, p. 59-82, jul./set. 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 14. Ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty. *Science*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974. Disponível em: <https://www.science.org/doi/abs/10.1126/science.185.4157.1124>. Acesso em: 18 jul. 2023.

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

ALBUQUERQUE, Caio Felipe Caminha de Reparando erros da pitonisa: a alterabilidade da matriz de riscos em contratos administrativos. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 597-612. ISBN 978-65-5518-820-2.

SEGUNDO LUGAR

VALUATION NA PRIVATIZAÇÃO DE ESTATAIS: O QUE AS CLÁUSULAS DE PREÇO FIXO, AJUSTE DE PREÇO E EARN-OUT DAS OPERAÇÕES DE M&A TÊM A ENSINAR?

ISADORA FORMENTON VARGAS

1 Introdução

História, tradição¹ e racionalidades diversas colorem a dogmática jurídica e cada ramo do Direito em cada sistema onde esteja inserido. O intérprete, tendo em vista que “as respostas que os juristas deram, no passado, a desafios semelhantes (...) talvez contribuam para que se encontrem soluções adequadas aos problemas do futuro”,² realiza a atividade de compreensão dessas influências, nunca em movimento reprodutivo, e sim produtivo,³ isto é, carrega a sua experiência na construção da compreensão do fenômeno jurídico,⁴ especialmente diante da sua crescente complexidade, interdisciplinaridade e multidisciplinaridade.

Nesse sentido, ao indicar que o novo quadro de tarefas estatais motiva a contínua criação de novos ramos jurídicos, Humberto Ávila indica que isso não só aumenta a complexidade do Direito, “mas ainda cria o fenômeno da superespecialização: os profissionais sabem, primeiro, cada vez mais de cada vez menos e, depois, cada vez menos de cada vez menos”.⁵

¹ “Na verdade, trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido”. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Flávio Paulo Meurer (trad.). Ênio Paulo Gianchini (rev.). 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999, p. 445.

² COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 209, jul./set. 1997, p. 70.

³ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 444.

⁴ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada pelo discurso jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 185.

⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário: entre permanência, mudança e realização*. USP: São Paulo, 2009, p. 44.

Apresentados esses aspectos prévios, o fenômeno jurídico a ser investigado diz respeito ao preço nos contratos de compra e venda de participações societárias da Administração Pública Empresarial,⁶ justamente levando-se em conta as distintas tarefas estatais assumidas ao longo do tempo, dentre elas a exploração direta da atividade econômica em regime concorrencial, conforme prevê o art. 173 da Constituição Federal. Compreender o preço como um problema relevante a ser estudado inicia pela premissa de que tal consiste no elemento central de um contrato de compra e venda, “sem preço, não há compra e venda”,⁷ que, por sua vez, é um instituto de Direito Privado.

Com mais um passo, história e tradição, especialmente da *common law*, demonstram que o cenário de riscos, incertezas, conflitos e subjetividades em relação à definição do preço, em inglês, *valuation*, nas relações contratuais, privadas e empresariais – especificamente nas operações de Mergers & Acquisitions (M&A), fusões e aquisições –, é algo previsível, e isso é fundamentalmente importante para entender o contexto do qual deriva a elaboração de cláusulas especiais referentes ao preço, com vistas à proteção da confiança. Assim, serão examinadas as cláusulas de preço fixo (*locked box mechanism*), ajuste de preço (*completion accounts mechanism*) e contingenciamento de preço (*earn-out*) que também derivam da *common law*, demandando um prévio exame de compatibilidade com a teoria geral dos contratos no âmbito nacional.⁸

Envolvendo estatais, as causas à complexidade das operações não são somente aquelas comuns e previsíveis nas operações tradicionais de M&A em relação ao preço, mas também outras, razão pela qual, na segunda parte, além de indicá-las, serão devidamente conceituadas e diferenciadas as operações. Sabe-se que “o instituto jurídico que permite ao Estado realizar os fins a que se propõe é o contrato e, fundamentalmente, o contrato de direito privado”.⁹ No entanto, há relevante margem para aperfeiçoá-lo, especialmente quanto à cláusula de preço, a fim de promover maior segurança jurídica, proteção da confiança e efetiva proteção do interesse público, que não é apenas um, mas a “soma de vários interesses”.¹⁰

Diante disso, a relevância do exame proposto neste estudo, no sentido de verificar a compatibilidade de cláusulas especiais de preço originadas de operações de M&A em operações realizadas pela Administração Pública Empresarial, além da complexidade do próprio *valuation* e, conseqüentemente, da determinação do preço, deriva da “diversidade e complexidade crescentes do direito administrativo”.¹¹

⁶ Filia-se à definição de Rafael Wallbach Schwind. Trata-se do estudo da Administração Pública enquanto empresas estatais, sejam empresas públicas, de economia mista e suas subsidiárias e controladas. In: SCHWIND, Rafael W. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 31.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXIX. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsói, 1962, p. 31.

⁸ As cláusulas de alterações ou efeitos significativos depreciativos, *material adverse change (MAC)* e *material effect clause (MEC)* possuem variedade e complexidade que se contrapõem à extensão limitada deste trabalho. Sobre elas: PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (MAC) e cláusulas de força maior: revisitando problemas de riscos de desequilíbrio em tempos virulentos. *Revista da ordem dos advogados*, Lisboa, vol. 1/2, p. 73-93, jan./jun. 2020.

⁹ COUTO E SILVA, Almiro. *Op. cit.*, p. 64.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 10.

¹¹ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. cit.*, p. 62.

Como fio condutor teórico, indispensável o estudo do Direito Privado administrativo, no sentido do Direito Privado parcialmente derogado pelo Direito Público,¹² até porque “sempre que haja manifestação estatal haverá em alguma medida aplicação de regras, princípios ou institutos do direito administrativo”.¹³ Consciente do regime jurídico híbrido do fenômeno a ser examinado, destaca-se que não se defende uma fuga abusiva ao Direito Privado.

Com base nessas premissas, a hipótese subjacente ao exame principal da compatibilidade das cláusulas especiais de preço dos contratos de M&A nas operações realizadas pela Administração Pública Empresarial é a de que o Direito Privado, especificamente societário e contratual, pode, a partir das ferramentas desenvolvidas para lidar com a previsibilidade de riscos inerentes a determinadas operações, auxiliar na promoção das finalidades públicas, da efetiva proteção ao erário e aos interesses públicos.

2 *Valuation* nas operações de Mergers & Acquisitions (M&A): o habitat dos riscos e das incertezas e as cláusulas especiais de preço

Nas operações de Mergers & Acquisitions (M&A) é central o debate a respeito de como lidar com a assimetria informacional¹⁴ e com as distintas expectativas, perspectivas e, inclusive, formas de avaliar o negócio, comparando-se vendedor e comprador.¹⁵ De um lado, um vendedor muito otimista; de outro, um comprador pessimista.

Trata-se de um cenário marcado pela incerteza e pela influência de fatores internos e externos¹⁶ à própria transação, mostrando-se habituais, diante do contexto apresentado, dificuldades em relação à alocação equilibrada de riscos e à avaliação não só do preço mínimo da empresa-alvo, como também da rentabilidade futura do negócio.¹⁷

Quanto à avaliação e precificação de ativos, processo conhecido pelo termo em inglês *valuation*, “é, por definição, a técnica de ‘reduzir a subjetividade’ de algo que é subjetivo por natureza”.¹⁸ Nesse sentido, “não é nem a ciência que alguns de seus defensores afirmam ser, nem a busca objetiva pelo verdadeiro valor que os idealistas gostariam que se tornasse”.¹⁹ Aswath Damodaran apresentou seis mitos comuns sobre *valuation*;

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7.

¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Apresentação. In: SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. cit.*, p. 13.

¹⁴ Examinando as operações de M&A, são indicados dois problemas centrais da assimetria informacional: seleção adversa (*adverse selection*) e risco moral (*moral hazard*), sendo aquele mais observado na fase pré-contratual, enquanto esse último, após o fechamento do negócio. In: GENCHEVA, Dobrina; DAVIDAVICIENĖ, Vida. Reduction of the Information Asymmetry in Mergers & Acquisitions Through the Means of Payment. *Journal of System and Management Sciences*, vol. 6, n. 2, p. 16-32, 2016.

¹⁵ FREUND, James C. Anatomy of a Merger. Strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions. *Law Journal Seminars-Press*, New York, 1975.

¹⁶ Os riscos em uma operação de compra e venda de empresas não são somente aqueles próprios da avaliação do negócio-alvo, mas também aqueles atrelados ao país sede da operação, gerando desconfiança nos investidores internacionais: instabilidade econômica, problemas de infraestrutura, corrupção e legislação pobre ou ineficiente em transparência e governança. In: ALVES, Daniel Rodrigues. *Determinabilidade, negociação e elaboração de cláusulas das cláusulas de preço contingente (earn-out) nas operações de compra e venda de participação societária ou de estabelecimento e análise de conflitos à luz do princípio da boa-fé objetiva*. Orientadora: Lie Uema do Carmo. Dissertação de mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 13.

¹⁷ PIVA, Luciano Zordan. *O Earn-Out na compra e venda de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 96.

¹⁸ PÓVOA, Alexandre. *Valuation: como precificar ações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 24.

¹⁹ DAMODARAN, Aswath. *Investment valuation: Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset*. 3 ed. Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, 2002, p. 22.

o terceiro seria aquele de que um bom *valuation* forneceria estimativa precisa de valor. Damodaran pontua que, “mesmo no final do *valuation* mais cuidadoso e detalhista, haverá incerteza sobre os números finais, influenciados pelas suposições que fazemos sobre o futuro da empresa e da economia”,²⁰ destacando que é irrealista esperar ou exigir certeza absoluta na avaliação. Adiciona-se a toda essa complexidade o agravamento de riscos em razão do transcurso do tempo²¹ devido a questões práticas e jurídicas.²²

A operação de M&A, além do processo de avaliação da empresa-alvo,²³ envolve diversos procedimentos.²⁴ Além disso, cada fase do contrato, incluindo a pré-contratual, é marcada por feixes obrigacionais dinâmicos, que podem, inclusive, ser dotados de condições de eficácia diferida no tempo, a depender da ocorrência de eventos posteriores ao fechamento (*closing*), que é, por sua vez, posterior à assinatura do contrato (*signing*). Essa estrutura contratual é originária da *common law*,²⁵ daí por que há um incremento no tema, referente ao transplante de instrumentos jurídicos que carregam consigo culturas e fundamentos distintos, isto é, “diferentes estruturas de pensamento”,²⁶ que logo mais serão retomadas ao chegar-se ao Direito Administrativo (embora já se esteja falando sobre ele).

Apresentado o cenário, que revela alta complexidade, riscos e incertezas inerentes à operação de compra e venda de participações societárias, atravessam as dúvidas: o que pode ser feito para acomodar a dinamicidade do mercado em um contrato? Como promover segurança jurídica diante da assimetria informacional e das distintas expectativas quanto ao preço? Esse é o papel pretendido pelas cláusulas especiais de preço, desenvolvidas a partir das sofisticadas operações no âmbito das fusões e aquisições.

Assim, justamente do contexto apresentado quanto às operações de M&A deriva a “busca de instrumentos negociais que aproximem as expectativas do vendedor e do comprador”²⁷ e promovam a melhor alocação dos riscos, especialmente no período intercalar entre a assinatura e o fechamento, com a efetiva transferência das ações. Nesse sentido, é relevante destacar que as cláusulas expressam as condições de manutenção das bases negociais.²⁸

²⁰ *Ibid.*, p. 24.

²¹ Eduardo Luzio relata que o processo mais rápido que já acompanhou de M&A durou 04 meses, enquanto o mais longo, 14 anos. In: LUZIO, Eduardo. Fusões e aquisições em ato. *Guia prático: geração e destruição de valor em M&A*. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p. xxvi.

²² Geralmente o *delay* entre assinatura e fechamento deriva de questões legais. In: AAVA, Ott. Risk Allocation Mechanisms in Merger and Acquisition Agreements. *Helsinki Law Review*, p. 31-59, 2010/2. No Brasil, por exemplo, é necessário o controle prévio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), de acordo com a Lei nº 12.529/2011.

²³ Não só o processo de avaliação do preço (*valuation*), mas também de Due Diligence – sendo relevante o acesso a Data Rooms. Nesse sentido: KUMMER, Christopher; SLISKOVIC, Vlado. *Do Virtual Data Rooms add value to the Mergers and Acquisition Process?* Vienna: MANDA Institute, 2007.

²⁴ Fase estratégica; fase de avaliação; fase de financiamento; fase de estruturação; fase de diligência legal; fase de negociação; fase de encerramento e fase de integração, essa última é o gerenciamento da operação pós-fusão, para ver como ficam em pé sozinhos. In: LAJOUX, Alexandra Reed. *The Art of M&A: a Merger, Acquisition and Buyout Guide*. 5. ed. New York: McGraw – Hill Education, 2019, p. 5.

²⁵ MARTINS COSTA, Fernanda Mynarski. *Execução diferida do contrato em operações de fusões e aquisições (F&A) de sociedades anônimas: análise de aspectos contratuais e societários*. Tese de Doutorado. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (orient.). São Paulo: USP, 2021, p. 28.

²⁶ GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade – um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 95.

²⁷ PIVA, Luciano Zordan. *Op. cit.*, p. 28.

²⁸ MARTINS COSTA, Fernanda Mynarski. *Op. cit.*, p. 90.

Este tipo de contrato comercial “não pode ser totalmente programado, imobilizado, como se fatores externos, conjunturais e até certo ponto improváveis não atuassem sobre ele”:²⁹ é a mobilidade ou dinamismo estrutural do mercado que impacta tais contratos. Nesse sentido, “a teoria econômica postula que os contratos no mundo real são necessariamente incompletos: a combinação de custos de transação com racionalidade limitada impede as partes de especificarem contingências ótimas para cada estado de coisas possível”.³⁰

Ao mesmo tempo, a empresa não é “privada” daquilo que é público, comum e compartilhado.³¹ No âmbito nacional, indispensável referir a sua função social e seus diversos princípios, conforme art. 170 da Constituição Federal, o que se coaduna, também, com o tripé *Environment Social and Governance (ESG)*. Da mesma forma o contrato, considerando as diretrizes metodológicas do Código Civil e os comandos de eticidade, socialidade e operabilidade.³²

Tratando-se da importação, da *common law*, de ferramentas relacionadas a negócios jurídicos empresariais, exige-se no processo interpretativo a aplicação de cânones hermenêuticos gerais e centrais previstos no Código Civil brasileiro, os quais, segundo Judith Martins-Costa, residem especialmente nos artigos 112 e 113 do Código Civil, pela explicitação teórica da concepção de negócio jurídico adotada (Teoria da Confiança),³³ daí se insere o relevo conferido à boa-fé nos trabalhos que já examinaram a compatibilidade das cláusulas com o ordenamento jurídico.³⁴

Feita essa prévia contextualização em relação aos cânones da interpretação e à abordagem que inevitavelmente compara sistemas jurídicos de tradições distintas, serão examinadas as cláusulas de preço fixo (*locked box mechanism*), ajuste de preço (*completion accounts mechanism*) e contingenciamento de preço (*earn-out*). A seleção das cláusulas deriva da recorrência de indicação na doutrina, mas não esgotam os modos de determinação do preço que podem ser convencionados nos contratos, inclusive, a partir da combinação entre cláusulas.

Muito utilizada em transações, a cláusula de preço fixo (*locked box mechanism*) significa fixar o preço da compra em um ponto acordado no passado,³⁵ o que indica a relevância do histórico da empresa-alvo.³⁶ Dessa forma, “o cálculo do preço é realizado

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 286.

³⁰ PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânicos e de *common law*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 802, set./dez. 2017.

³¹ Ludwig Raiser, para definir o Direito Privado, define um quarto campo de função de negócios relativos a grandes corporações, onde se desenvolve a vida econômica e de trabalho, campo de “função peculiar com alto conteúdo público”. In: RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. Tradução autorizada pelo autor de “Die Zukunft des Privatrechts”. Tradução por Lucinda Maria Ragugnetti. Revisão por Antônio Estêvão Allgayer e Henrique K von. Wackerriitt. *RPGE*, Porto Alegre, vol. 9(25), p. 11-30, 1979.

³² REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13/14, p. 139-150, jan./dez. 1998.

³³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 449.

³⁴ Convergem, nesse aspecto, as obras já referidas neste trabalho de autoria de: Fernanda Mynarski Martins Costa, Judith Martins-Costa (2014), Luciano Zordan Piva e Daniel Rodrigues Alves.

³⁵ TAYLOR, Rachel; THOMSON, Martin; WISEMAN, Martin; WOODS, Reuben. Locked box: price protection, not price adjustment. *DLA PIPER*. 3 jul. 2017.

³⁶ PwC. *To lock or not to lock: an introduction to the Locked Box closing mechanism*. September 2013, p. 6

tendo por base elementos financeiros com data anterior à efetiva transmissão das participações sociais”,³⁷ o que resulta em um modelo menos complexo, promovendo significativa economia de tempo e de custos.³⁸ Além disso, em um cenário de leilão, o mecanismo de *locked box* tem o potencial de criar um ambiente de incentivos e vantagem competitiva.³⁹

Catarina Monteiro Pires relata interessante caso julgado pela Corte infraconstitucional alemã – Bundesgerichtshof (BGH), em 8 de fevereiro de 1978, referente a contrato de fornecimento de longo prazo de petróleo, firmado por preço fixo no final de 1972. Logo em 1973, o preço sextuplicou, e o importador se viu privado de fornecer, tendo em vista que seu próprio fornecedor recusou o fornecimento. Ajuizada ação indenizatória pelo contratante, o Tribunal recusou aplicar a doutrina do desaparecimento da base do negócio, “uma vez que o contraente poderia ter previsto a subida do preço, mas aludiu, também (embora não viesse a ser esse o fundamento da decisão) ao fato de o devedor ter aceitado um preço fixo”.⁴⁰

No mais, na hipótese de preço fixo, entende-se que o risco resta projetado sobre o adquirente, pois esse é quem suporta a incerteza quanto aos prejuízos ou benefícios do período intercalar.⁴¹ Ao mesmo tempo, a vantagem ao adquirente é a segurança sobre o preço a ser pago ao alienante, independente de resultados futuros. Interessante observar que, como qualquer cláusula, não existe isolada em relação à interpretação do negócio jurídico, sendo possível acautelar contingências do período intercalar através de cláusulas de declarações e garantias.⁴²

Já a cláusula de ajuste de preço (*completion accounts mechanism*) refere-se à situação em que, em razão da possibilidade de alteração do valor da empresa-alvo devido ao transcurso de tempo, do próprio exercício da atividade comercial, de condições de mercado – e inclusive em razão de circunstâncias legais (superveniência de uma lei que impacta o negócio, por exemplo), as partes optam pelo método de determinação do preço de acordo com as contas de fechamento.⁴³ Importante reiterar que se trata de um ajuste de preço quando da efetiva transferência das ações, após a assinatura do contrato.

Nesse caso, o ajuste de preço precisa vir acompanhado da variável financeira que justificará a modificação e à luz das contas ajustadas no período de fechamento, devendo ser coincidente com o momento da efetiva transmissão das ações.⁴⁴ Geralmente, as variáveis utilizadas consistem em ajustes de ativos/dívidas líquidos; de capital de giro; e/ou ajustes de despesas de capital/receitas. Tendo em vista que o preço passa a ser mais incerto em comparação com mecanismos de *locked box*, as contas de conclusão são

³⁷ PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (MAC) e cláusulas de força maior: revisitando problemas de riscos de desequilíbrio em tempos virulentos. *Revista da ordem dos advogados*, vol. 1/2, Lisboa, p. 78, jan./jun. 2020.

³⁸ PwC. *Op. cit.*, p. 4.

³⁹ MENGES, Maximilian; FROHM, Markus. Five considerations of completion accounts vs. locked box mechanisms. *ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED*, 21 abr. 2022.

⁴⁰ PIRES, Catarina Monteiro. *Op. cit.*, p. 76.

⁴¹ *Ibid.*, p. 78.

⁴² TAYLOR, Rachel; THOMSON, Martin; WISEMAN, Martin; WOODS, Reuben. *Op. cit.*

⁴³ PIRES, Catarina Monteiro. *Op. cit.*, p. 80.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 81.

geralmente tidas como menos favoráveis ao vendedor,⁴⁵ considerando a possibilidade de redução do preço, ao invés de aumento.

Considerações importantes ao usar contas de conclusão incluem inserir um método de comparação claro para números financeiros na assinatura e no fechamento, determinar os métodos de ajuste e chegar a um acordo sobre as declarações e garantias corretas sobre determinados parâmetros, tanto na assinatura quanto na conclusão.⁴⁶ Além disso, é preciso conferir importância à consistência das informações e dos documentos, que serão posteriormente conferidos pelo comprador.

Yolande Meyvis *et al.* indicam uma tendência recente nas operações de M&A de combinação personalizada, pelas partes, de mecanismos de preço fixo com ajuste de contas de fechamento. Referem que uma opção poderia ser a utilização de um mecanismo de ajuste de preço a uma parte do período entre assinatura e efetiva transferência das ações, com uma estrutura de preço fixo a partir de tal período.⁴⁷ Dentre as hipóteses em que essa combinação personalizada pode ser útil, os autores indicam a situação de quando o ajuste do preço de compra estiver vinculado a uma data em que as demonstrações financeiras anuais são preparadas e a conclusão ocorre posteriormente.⁴⁸

Quanto à cláusula de *earn-out*, como definiu James Freund, consiste em uma “ponte que serve para cobrir o espaço da negociação entre um vendedor que pensa que o seu negócio vale mais do que justificam seus históricos financeiros e um comprador proveniente do Missouri”.⁴⁹ É uma representação da natureza de execução diferida de um contrato de M&A, reconhecida como cláusula de complemento, determinação contingente ou variável do preço.⁵⁰

Trata-se de “uma forma de pagamento pelo qual parcela do preço de determinado bem é remetida para o futuro, estando sujeita em sua existência e determinação a certas condições previamente estabelecidas pelas partes contratantes, em regra ao cumprimento de metas empresariais e financeiras futuras e predefinidas”,⁵¹ que, justamente, podem ser os critérios para a determinação do preço.

Diferentemente das outras cláusulas referidas, o *earn-out*, o complemento do preço, ocorre após a efetiva transferência das ações. Para atender ao requisito de “objetiva determinação” do art. 487 do Código Civil, importa que haja reconhecimento do mercado a respeito dos índices e parâmetros escolhidos pelas partes⁵² em relação ao que será a causa e critérios para o complemento do preço. Nesse sentido, tratando-se de metas “futuras e predeterminadas”, é possível considerar que consistem em condições

⁴⁵ MEYVIS, Yolande; AERTS, Pieter-Jan; VAN WYMEERSCH, Nathan. M&A Pricing completion mechanisms. *MONDAQ*, 17 fev. 2020.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ MEYVIS, Yolande; AERTS, Pieter-Jan; VAN WYMEERSCH, Nathan. *Op. cit.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ FREUND, James C. *Op. cit.*, p. 205.

⁵⁰ SÁ, Fernando de Oliveira e. A determinação contingente do preço de aquisição de uma empresa através de cláusulas de *earn-out*. In: CÂMARA, Paulo; BASTOS, Miguel Brito (org.). *Aquisição de empresas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 401-415.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de cessão e transferência de quotas. Acordo de Sócios. Pactuação de parcela variável do preço contratual denominada *earn out*. Características e Função (“Causa Objetiva”) do *earn out*. Parecer. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 42, p. 153-188. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵² PIVA, Luciano. *Op. cit.*, p. 82.

suspensivas,⁵³ incidentes no plano da eficácia do negócio jurídico, o que indica a aplicação dos artigos 121 e seguintes do Código Civil.

Geralmente utilizada em pequenas e médias aquisições, ou empresas jovens, de alta tecnologia, a exemplo de *startups*, consideradas mais sensíveis aos riscos da avaliação de empresas (*valuation*), porque “geralmente ainda não têm um histórico financeiro tão estável”.⁵⁴ Além disso, também é bastante utilizada em operações onde seja comum a existência de condição de aprovação de agências regulatórias, o que consistiria em uma meta não financeira.⁵⁵

Há, genericamente, duas modalidades de *earn-out*: positiva ou negativa, “que leva em conta se as metas consistem ou numa alteração positiva (feição positiva) ou numa manutenção de determinado estado de coisas (feição negativa)”.⁵⁶ O autor indica que as metas mais comuns ajustadas em relação ao *earn-out* observam três categorias: (i) limites financeiros, por exemplo, nível de vendas da empresa-alvo, margem bruta ou múltiplos EBITDA; (ii) marcos empresariais ou gerenciais, como a manutenção de certos empregados na empresa-alvo, aprovação em relação a certas questões por agências governamentais, obtenção de licenças, e (iii) performance de desempenho de mercado, a exemplo de taxa de retorno referente ao preço das ações da empresa-alvo.⁵⁷

Quanto ao EBITDA (LAJIDA), embora comum, Paulo Cezar Aragão destaca que “o conceito mágico do EBITDA simplesmente não existe, não há em nenhum lugar da contabilidade, da contabilidade formal, uma definição do que seja EBITDA”.⁵⁸ Aragão pontua que as discussões práticas em razão disso são infundáveis.⁵⁹

Quanto às metas não financeiras, além da sujeição a condições legais, muitas vezes regulatórias, o que pode se compatibilizar de forma interessante com operações públicas, vale indicar a tendência referente à inclusão de metas ESG (*Environment Social Governance*). Indicadores de riscos ambientais, sociais e de governança não só podem se inserir em um contexto de contingenciamento de preço,⁶⁰ mas também na própria modelagem do *valuation*, considerando passivos ou riscos em relação a essas questões, sendo relevante o ESG na etapa de *due diligence*.⁶¹

No contexto nacional, o reflexo do ESG sobre a avaliação de empresas consiste em uma questão de conformidade com a própria Constituição Federal. Se observado o contexto de *valuation* de estatais, não é preciso maior esforço para concluir pela relevância e necessidade de observância a esses parâmetros.

⁵³ *Ibid.*, p. 82.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 97.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 99.

⁵⁶ PIVA, Luciano. *Op. cit.*, p. 86.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 99.

⁵⁸ Exposição oral de Paulo Cezar Aragão sobre a cláusula de Earn-out no painel “Cláusulas especiais em contratos de M&A”, na M&A Conference of The Americas (MACA) 2022, USP.

⁵⁹ Embora o *earn-out* vise à manutenção da relação de equivalência entre as partes, a cláusula pode potencializar litígios, considerando conflitos de interesse em relação ao atingimento ou não das metas, o que exigirá *compliance*, e acréscimo de obrigações e deveres. Por isso, o interesse da doutrina, conf. obras referidas, pelo estudo sob a ótica da boa-fé.

⁶⁰ MCNAMARA, Georgia. ESG in M&A Transactions: unlocking value with green strategies. *MCINNES WILSON*, 27 abr. 2023.

⁶¹ ELLROTT, Jochen. How does ESG impact M&A? *Freshfields Bruckhaus Deringer*. 15 jun. 2022.

3 *Valuation* na privatização de estatais: possibilidade das cláusulas especiais diante dos riscos e incertezas

A alienação de participações societárias pela Administração Pública Empresarial não confere à precificação dos ativos (*valuation*) maior certeza e menores riscos. Encontram-se também presentes os debates clássicos sobre a assimetria informacional.⁶² Como visto, a subjetividade, dinamicidade e complexidade – com diversas fases e potencial de relevante transcurso de tempo com alterações substanciais – são características próprias dos processos de *valuation*.

Dessa forma, independentemente do acompanhamento e fiscalização por um número maior de sujeitos (avaliações externas, internas, acompanhamento pelos Tribunais de Contas, Legislativo – aprovação, quando for o caso, de uma lei autorizativa –, sociedade), os procedimentos são complexos e chocam-se com os lugares-comuns da ânsia por estabilidade, imutabilidade e certeza quando se pensa na presença do Estado, mesmo no figurino empresarial.

Em razão disso, indispensável para o avanço do tema lembrar o que foi dito na primeira frase do trabalho: história, tradição e racionalidades diversas. No que se refere a essas heranças em relação às bases do Direito Administrativo brasileiro, há muito a ser dito, e isso surte distintos efeitos sobre o tema da Administração Pública Empresarial e sobre as operações de compra e venda de participações societárias.

Para os juristas franceses e brasileiros, a “dicotomia direito público versus direito privado” – que engloba um debate político e moral⁶³ – significa compreender o direito público “a partir e por meio da dicotomia”,⁶⁴ no sentido de uma força estruturante do Estado em relação ao indivíduo, o que levou por muito tempo à ideia de que haveria uma supremacia do interesse público sobre o privado.⁶⁵ Já para anglo-americanos, “nas raras ocasiões em que consideram a dicotomia, usualmente invertem os polos e sustentam a prevalência do direito privado”.⁶⁶ Percebe-se que permanece atual o questionamento do autor sobre o que há por trás da inversão da dicotomia ou para qual propósito um dado sistema a sustenta ou dispensa? E mais: onde realmente o Direito Administrativo brasileiro se encontra?

Como refere Maria Sylvia Zanella Di Pietro em relação ao tema da privatização, onde se localiza a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais ao setor privado, mostra-se complexa a busca por inspiração e soluções em sistemas distintos, especialmente de *common law*, considerando a origem continental do Direito Administrativo brasileiro, o que impõe atenção extrema ao fato de que a cópia de um modelo pode muitas vezes representar uma afronta direta e flagrante à Constituição.⁶⁷

⁶² Ver nota de rodapé n. 14.

⁶³ GIACOMUZZI, José Guilherme. *Op. cit.* p. 117.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 113.

⁶⁵ Quanto ao tema, indispensável a menção ao artigo “repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, de Humberto Ávila, publicado em 1998. No Direito Administrativo, José Guilherme Giacomuzzi destaca que, até 2004, Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos) fundava a exorbitância dos contratos administrativos na supremacia do interesse público. Em 2005, a supremacia passou a ser relativizada. E na edição de 2008, a tese da supremacia do interesse público é rejeitada, em nome do único valor supremo, qual seja, a dignidade humana. In: GIACOMUZZI, José Guilherme. *Op. cit.*, p. 27.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 117.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 36.

Fato é que, como destaca Carlos Ari Sunfeld, em relação às privatizações, “não só a instituição como a posterior manutenção desses mercados competitivos são tarefas de extrema complexidade e delicadeza”,⁶⁸ daí o relevante desafio de “conceber uma estrutura de mercado economicamente viável, fazer licitações limpas e realistas para escolha das novas empresas, inseri-las no sistema sem traumas para a qualidade do serviço, impedir que concorrentes se aliem ilícitamente”,⁶⁹ revelando-se inevitável o incremento da complexidade à privatização, a par também de um Programa Nacional de Desestatização, conforme a Lei nº 9.491/1997.

Consciente do necessário cuidado e da inevitável complexidade, a proposta do estudo é indicar a conformidade constitucional e, portanto, a possibilidade jurídica – ao menos preliminar, sempre sujeita à superação – de cláusulas de determinação de preço em operações societárias pela Administração Pública Empresarial. Embora se origine de práticas da *common law*, não desafiam a unidade do Direito Pátrio, uma vez que tais cláusulas se compatibilizam com o Direito Privado e contratual brasileiro – corroborado pelas doutrinas nacionais referidas neste estudo. De toda sorte, a ideia é a de que “a convergência do público e do privado realça a universalização do direito, a sua indivisibilidade em partes estanques, a comunicabilidade de normas, princípios e institutos”.⁷⁰

Assim, o teste que precisa ser feito, considerando as particularidades das operações com a participação do Estado, deve levar em conta as características e exigências legais para esses procedimentos, o que permitirá identificar alguns preconceitos que circundam o tema e também fases do procedimento que merecem atenção a fim de conferir maior segurança jurídica em relação ao preço mínimo e ao procedimento.

Em relação à venda de ações, considerando a interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁷¹ em relação ao art. 29, XVIII, da Lei das Estatais, sobre a dispensa de licitação, semelhante ao art. 76, II, alínea “c”, da Nova Lei de Licitações, restou definido, à luz do paralelismo das formas – mas com relevantes divergências –, que a venda do controle das subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista não exige autorização legislativa específica, porque ao criá-la mediante lei estaria implícita a autorização para venda. Nesse caso, também não se exige procedimento licitatório, desde que sejam observados os princípios da Administração Pública, nos termos do *caput* do art. 37, da Constituição Federal, especialmente promovendo a competição. Diferentemente, em relação à alienação do controle acionário, existe a necessidade de autorização legislativa específica e processo licitatório.⁷²

Quanto ao procedimento licitatório para alienação do controle acionário, vale referir que também consiste em ponto relevante a avaliação quanto à modalidade que será adotada. No caso, a Lei nº 9.491/97, no art. 4º, I, prevê que, nas desestatizações que envolvam a alienação do controle acionário, será preferencialmente utilizada a

⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e regulação estatal, p. 35-36. In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 36.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. p. 8. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁷¹ STF, ADI nº 5.624-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, 06.06.2019; STF, RCL 42.576 MC-DF, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 01.10.2020.

⁷² HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 450.

pulverização de ações, referente à oferta pública. Da mesma forma o art. 254-A da Lei das Sociedades Anônimas. A Lei nº 9.491/97 também prevê, no art. 4º, §3º, que a alienação de controle acionário também poderá ser realizada na modalidade de leilão. Dessa forma, é bastante relevante destacar que a legislação trata sobre possibilidades de modalidades, não havendo obrigatoriedade de adoção, justamente em razão da flexibilidade necessária a esses procedimentos. Relevante pontuar que os contratos de compra e venda de participações societárias não se confundem com os contratos firmados pelas estatais regidos pelo Direito Privado, como indica o art. 68 da Lei das Estatais.

Seja qual for a modalidade em comum com M&A, há também a fixação de um preço mínimo, evidentemente semelhante ao procedimento de *valuation*. Na literatura, por exemplo, especificamente em relação ao leilão, é evidenciada a semelhança entre um processo de aquisição e um procedimento de leilão, considerando, em ambos, um ambiente de informações assimétricas.⁷³

Além disso, identifica-se, já como um dos resultados da pesquisa, que a comparação entre as fases do *valuation* em um processo de M&A em relação ao *valuation* em um procedimento licitatório de controle acionário por estatais permitirá identificar os momentos do procedimento que merecem maior atenção, dada a possibilidade de impacto sobre a avaliação feita, inserindo-se, na sequência, o exame das cláusulas de preço examinadas.

Centrando-se no procedimento de leilão competitivo de controle acionário, identifica-se que uma das mais relevantes diferenças com o *valuation* em uma operação de M&A consiste no fato de que para os procedimentos de *valuation* de ativos públicos os princípios da impessoalidade, da transparência, da publicidade e da moralidade impedem – corretamente – uma aproximação com apenas um possível comprador específico. Esta fase de negociação e de *due diligence*⁷⁴ pelo possível comprador, tratando-se de uma operação de M&A, sendo, portanto, um contrato bilateral, onde há, como regra, assimetria informacional e distintas expectativas em relação ao preço, é extremamente relevante para o sucesso da transação e para a determinação dos melhores ajustes contratuais.

Essa ausência justificada no caso do *valuation* em operações de estatais, contudo, também incrementa riscos, desconfiças e pode prejudicar a competitividade. Ocorre que o procedimento de leilão de ações, consistindo em ponto central a avaliação do preço mínimo do ativo, a exemplo de qualquer *valuation*, prevê uma fase de aproximação com os possíveis compradores e abre à *due diligence*, isto é, à avaliação do negócio pelos próprios interessados, até porque seria impossível comprar algo – de tamanha relevância, afetado a finalidades públicas – sem realizar perguntas, sem examinar os dados, sem ir até o local e olhar com os próprios olhos. Da mesma forma, os interessados avaliam a sua capacidade técnica, econômica e operacional para assumir o empreendimento.

Nesta etapa, a exemplo também das operações de M&A, é comum o acesso a um *Data Room*,⁷⁵ bem como visitas técnicas e período para esclarecimento de dúvidas e realização de questionamentos. Aqui, há um relevante momento de combate à assimetria informacional, qualificando os possíveis licitantes para o leilão. Dessa forma,

⁷³ FISHMAN, Michael J. A theory of preemptive takeover bidding. *The RAND Journal of Economics*, vol. 19, n. 1, p. 88-101, Spring 1988.

⁷⁴ Recorrentemente refere-se às análises contábil, financeira, tributária, trabalhista e legal.

⁷⁵ KUMMER, Christopher; SLISKOVIC, Vlado. *Op. cit.*

a *due diligence* aplicada ao leilão tem uma forma duplicada: além das avaliações independentes e internas, muitas vezes com o auxílio e participação do BNDES, bem como o acompanhamento e fiscalização pelas Cortes de Contas no âmbito de suas competências, concomitante à fase que seria de estruturação, identifica-se a fase própria de *due diligence*, com os possíveis compradores.

Em relação à atuação dos Tribunais de Contas, há previsão de sistemática de acompanhamento e fiscalização de processos de desestatização, a exemplo da Instrução Normativa do TCU nº 81-2018, que determina a remessa de documentos sobre o projeto de desestatização, com, no mínimo, 150 dias de antecedência da data prevista para a publicação do edital. Quanto aos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental, bem como as minutas do edital, anexos, minuta de contrato, caderno de encargos, resultados de audiências públicas e demais documentos, com antecedência de 90 dias da data de publicação do edital. É previsto um prazo de até 75 dias do recebimento dos documentos para remessa, pela Área Técnica, ao Relator para exame de mérito, que poderá fixar prazo superior, dependendo da complexidade.

Quanto ao leilão, percebe-se que a modelagem e, especificamente, o processo de *valuation* são concomitantemente examinados em três âmbitos: pelos órgãos de controle, pelas empresas participantes da estruturação do projeto e pelos possíveis compradores. Nesse sentido, o prazo de 90 dias de antecedência da publicação do edital para envio das avaliações sobre o preço mínimo e das minutas, corresponde ao fato de que o momento em que efetivamente fora fixado o valor de venda é ainda mais distante do prazo da publicação do edital.

E da publicação do edital, contabilizando prazos para impugnações, questões legais e jurídicas possíveis até o dia do leilão, bem como o lapso temporal entre o encerramento do acesso ao *Data Room* e a participação efetiva no leilão, contribui com o aumento de riscos e inseguranças, que não se resumem aos próprios da avaliação do negócio-alvo, mas também a fatores externos, como já referido, atrelados ao país sede da operação, gerando desconfiança nos investidores internacionais, a exemplo da instabilidade econômica, problemas de infraestrutura, corrupção e legislação pobre ou ineficiente do ponto de vista de transparência e governança.⁷⁶ Nesse sentido, como refere Alexandre Santos de Aragão, “a alienação de bens que constituam ativos estratégicos da empresa não pode ter preocupações meramente financeiras, já que, dependendo do adquirente, pode gerar efeitos deletérios para a posição estatal no mercado concorrencial em que atua”.⁷⁷

Desse modo, mais um resultado verificável deste trabalho consiste na identificação de que o procedimento de *valuation* relacionado ao leilão, considerando o lapso de tempo entre a fixação do valor até a efetiva transferência das ações, compreende uma variedade de períodos intercalares em relação ao processo de M&A, que tem como período intercalar aquele entre a assinatura e a efetiva transferência das ações. No leilão, o arrematante não poderá personalizar o contrato, esse já constitui instrumento inalterável, talvez aí a característica mais exorbitante do contrato de venda de controle pela Administração Pública Empresarial, apesar da veste de Direito Privado.

⁷⁶ ALVES, Daniel Rodrigues. *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 175.

Quanto ao ponto, especialmente para examinar os fatores que podem impactar a competitividade, é relevante observar as teorias econômicas e os estudos empíricos realizados sobre o tema. Glauco Garcia Scandaroli, ao examinar as experiências nacionais de leilões de transmissão de energia elétrica, indica que a expressividade das responsabilidades contratuais também é contabilizada pelos licitantes como risco, e, quanto ao risco de inexecução futura, pontua que licitantes com menor disponibilidade de recursos tendem a apresentar lances mais agressivos, ampliando o risco de inexecução, enquanto licitantes mais capazes, com melhores recursos, tendem a ser mais conservadores, apresentando lances mais baixos. Daí conclui: “a realização de leilão considerando o maior lance pode resultar na seleção de empresas com maior probabilidade de falência, ou de baixo desempenho durante a execução do contrato”.⁷⁸

Assim, não parece haver uma relação intrínseca entre proteção ao erário e ao interesse público com a existência de lances arrojados em relação ao preço mínimo: na medida em que o lance aumenta, o risco de inexecução posterior também. Isso parece comprometer o lugar-comum quanto à existência de uma pluralidade de licitantes, geralmente esperada em qualquer certame, e também a busca pelo maior lance, que é a base do instrumento de leilão. Também em estudo empírico relacionado aos leilões de transmissão de energia no Brasil, Nayara Peneda Tozei *et al.* destacaram que a atuação em consórcio também pode impactar o comportamento de outros licitantes.⁷⁹

No que se refere às cláusulas de determinação do preço, a começar pelo *locked box mechanism* (preço fixo), percebe-se que consiste na regra dos contratos de compra e venda de participações societárias pela Administração Pública Empresarial, considerando as questões legais e regras procedimentais que impõem, por si só, fixação do preço em um momento que pode ser bastante distante em relação à data do leilão – coincidindo ou não com a data da assinatura – e à efetiva transmissão das ações.

Embora em diversos contratos recentes de desestatização esteja previsto que o preço não sofrerá qualquer alteração, tal previsão, combinada com as cláusulas de declarações, diz respeito ao período posterior à assinatura, muito mais relacionado à impossibilidade do comprador de discutir o preço após a assinatura, o que evidentemente guarda relação com a regra básica de garantia da isonomia, em relação aos demais licitantes.

Dessa forma, a despeito de admitir-se a interpretação de que está subentendida nesta cláusula a regra de validade do preço mínimo fixado em um momento do passado, por consequência lógica da necessidade de observância às regras procedimentais e legais, especialmente considerando a atuação do controle externo, verifica-se que não dizer isso por meio de cláusula expressa, seja para o controle externo, seja para os interessados, resulta em incremento de riscos e insegurança quanto aos efeitos possíveis do período intercalar entre o término das avaliações para fins de fiscalização e a efetiva ocorrência do leilão, interregno próprio deste procedimento em relação às operações

⁷⁸ SCANDAROLI, Glauco Garcia. *Avaliação dos incentivos à competição em leilões de transmissão de energia elétrica*, 2023. Monografia (Especialização em Análise Econômica do Direito). Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília, p. 16.

⁷⁹ TOZEI, N. P.; VIEIRA, W. D. C.; MATTOS, L. B. *Efeitos da participação de consórcios nos lances e desajustes em leilões de transmissão de energia elétrica no Brasil*. Economia Aplicada, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, v. 18, n. 1, 2014.

de M&A, também um resultado deste estudo. Sem contar o lapso que pode ocorrer entre o período da ocorrência do leilão, com o arremate das ações, assinatura e efetiva transferência das ações.

Como já referido em relação aos procedimentos de M&A, a cláusula de preço fixo se compatibiliza melhor para avaliações de companhias relativamente estáveis, que possuam significativo registro de dados históricos, para os quais não haja probabilidade relevante de eventos futuros capazes de alterar significativamente os rumos históricos daquela empresa – veja-se, aqui, também certo nível de subjetividade, além de indeterminação.

Quanto aos dados históricos em *valuation* de ativos públicos, relevante mencionar que o TCU também pontua: “para efeitos de avaliação pelo comprador, é de se imputar maior relevância à apresentação detalhada, integral e fidedigna de dados, especialmente os históricos – o que, pelo exame dos documentos apresentados, julga-se adequadamente providenciado –, que de visões baseadas em projeções do vendedor, vez que o potencial comprador se acerca de assessores e especialistas para a realização de suas próprias projeções”.⁸⁰

Assim, a previsão de uma cláusula de preço fixo na minuta de contrato de compra e venda de participações societárias produz efeitos para além do vínculo contratual com a empresa adquirente, alcançando incremento de previsibilidade e segurança para órgãos do controle externo e para a própria sociedade. Isso porque a previsão vai constar previamente na minuta a ser examinada pela Corte de Contas e, posteriormente, o instrumento contratual será publicado com o edital do leilão, garantindo transparência e publicidade.

Já em relação à cláusula de ajuste preço (*completion accounts mechanism*), utilizada para alterações que ocorrem entre a assinatura e efetiva transferência das ações em um processo de M&A, já referido que tal ajuste precisa vir acompanhado da variável financeira que justificará a modificação e à luz das contas ajustadas no período de fechamento, devendo ser coincidente com o momento da efetiva transmissão das ações.

Parece ser possível incluí-la, também, de forma personalizada, na minuta de contrato como instrumento de tutela do período intercalar próprio do leilão, entre a data-base das avaliações em razão dos procedimentos de acompanhamento e fiscalização e a ocorrência do leilão. Dentre as hipóteses examinadas anteriormente, indica-se como mais apropriada ao contexto do período intercalar específico dos procedimentos de leilão a utilização híbrida, com um período indicado como o que será ajustável e, outro, a partir do qual será fixo.

Nesse caso, o período intercalar de leilão parece comportar, então, a possibilidade de dois preços fixos: um referente à data-base, outro ajustável com base em um indicador, a partir do qual volta a ser um novo preço fixo até a data do leilão. Outro aspecto que também corrobora a compatibilidade consiste no fato de que uma utilização comum do ajuste de preço personalizado se verifica quando o ajuste estiver vinculado a uma data em que as demonstrações financeiras anuais são preparadas e a conclusão ocorre posteriormente.

⁸⁰ TCU, Acórdão nº 921/2023 – Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, sessão em 10.05.2023.

Quanto à cláusula de *earn-out*, referente à parcela variável ou de complemento de preço, sujeita a condição suspensiva, a exemplo de metas financeiras e não financeiras, percebe-se que o efeito do complemento de preço necessariamente ocorre após a efetiva transferência das ações, tratando-se de instituto próprio de execução diferida. No entanto, verifica-se que a cláusula de *earn-out* é compatível especialmente em avaliações de ativos públicos que sofram de forma relevante com um caráter volátil de mercado ou de políticas econômicas, inclusive internacionais.

E, lembrando o caso citado no tópico anterior, da Corte Infraconstitucional alemã, referente à fixação de preço em contrato de fornecimento de petróleo, interessante e indispensável referir o único caso encontrado de utilização da cláusula de *earn-out* em operação de desestatização no Brasil, qual seja, justamente em outorga de contratos para exploração e produção de petróleo e gás natural no polígono pré-sal, referente aos leilões dos volumes excedentes ao contrato de cessão onerosa (LVECCO), pactuado entre a União e a Petrobras.⁸¹

O Tribunal de Contas da União realiza o acompanhamento dos desdobramentos da execução do Contrato de Cessão Onerosa firmado em 2010 (prazo de vigência de 40 anos, pelo valor de R\$ 74.807 bilhões). Em 2014, identificada a existência comercial de volumes excedentes de petróleo e gás natural, iniciaram as avaliações e procedimentos para a contratação das respectivas produções, desta vez em regime de partilha de produção.

A cláusula de *earn-out* foi sugerida pela Petrobras em 2020, para o segundo leilão de excedentes, “de modo a reduzir o valor a ser pago inicialmente pelo entrante a título de compensação e postergar o pagamento de uma parcela restante de acordo com o preço do barril a ser avaliado por um período predeterminado de tempo”.⁸² Em um contexto de pandemia, a lógica da cláusula proposta era justamente “restaurar o valor de compensação que seria devido à Petrobras caso pudessemos prever com exatidão os preços futuros do petróleo”.⁸³

Após avaliações e acompanhamento pelo TCU, verificou-se que o *earn-out* contribuiu para um certame mais competitivo, na medida em que permite a aprovação de uma redução na compensação líquida a ser recebida pela Petrobras, concluindo-se que “a inclusão da cláusula de *earn out* teria o potencial de resultar em maior ganho de VPL para a União, além de reduzir a incerteza para o novo entrante e consequentemente aumentar a competitividade do certame”.⁸⁴ O *earn-out* do caso foi: complemento do preço a partir do último dia útil do mês de janeiro do ano subsequente (2023-2032), sempre que o Brent (Petróleo Bruto) atingir média anual superior a US\$ 40/bbl limitado a US\$ 70/bbl. Em janeiro de 2023, a Petrobras recebeu R\$ 1,3 bilhão referente ao *earn-out* do bloco Sépia (exercício de 2022).⁸⁵

⁸¹ Histórico completo de toda a cessão onerosa pode ser lido no Processo 001.281/2019-4 (TCU). As licitações para a concessão de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural são regidas pelo art. 177 da CF, pela legislação setorial específica, especialmente Leis nºs 9.478/1997, 12.351/2010 e resoluções da ANP. A lei que institui o regime de partilha e a RANP 24/2013 estabelecem regras específicas. O acompanhamento desses procedimentos de outorgas está disciplinado na IN TCU 81/2018. In: TCU, Acórdão nº 2.480/2021 – Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, sessão em 13.10.2021.

⁸² TCU, Acórdão nº 2.480/2021 – Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, sessão em 13.10.2021.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ MOREIRA, Felipe. Petrobras (PETR4) recebe “*earnout*” de R\$ 1,3 bi. *INFOMONEY*, 30 jan. 2023.

Ou seja, muito provavelmente o *earn-out* resolveria o problema dos alemães do caso de 1978, ao invés da opção pelo preço fixo. Logo, a comparação dos casos sobre o mesmo bem, petróleo, ensina que determinados negócios não podem se sujeitar a uma fixação de preço como forma de atingir uma estabilidade que simplesmente não existe, considerando a dinamicidade do mercado em relação àquele determinado ativo.

4 Conclusão

O processo de *valuation* de empresas carrega consigo uma história, uma tradição, conforme o tópico 2, das operações da *common law* de M&A. A busca por soluções jurídicas de alocação de riscos endógenos e exógenos à transação, de combate à assimetria informacional e das subjetividades e dinamicidades inerentes sempre competiu, especialmente, ao direito privado, contratual e societário. Quanto à determinação do preço, a doutrina aponta como relevante o período intercalar entre a assinatura do contrato e a efetiva transferência das ações.

O tema das empresas estatais brasileiras carrega consigo um regime jurídico híbrido, conforme o tópico 3. Basta ver que justaposta à palavra empresa está o Estado. Empresa qualifica o Estado e o Estado qualifica a empresa. O processo de *valuation* de empresas estatais carrega tanto o que foi trazido no tópico 2 quanto as particularidades referentes ao procedimento licitatório. Dentre elas, a existência de um período intercalar próprio e relevante, entre a data-base do *valuation* e a realização do procedimento licitatório, em razão de exigências legais e procedimentais.

Considerando a necessidade de lidar com a (in)determinação do preço também em privatizações, foram apresentados alguns critérios, não exaustivos, para a utilização das cláusulas especiais de preço de M&A nas minutas contratuais: (i) a estabilidade histórica da companhia pode levar à cláusula de preço fixo, que é um preço determinado no passado, podendo coincidir com a data-base das avaliações no caso das privatizações; (ii) a volatilidade do preço em relação ao objeto da estatal pode levar ao complemento futuro do preço pela cláusula de *earn-out*, com respaldo incipiente pelo TCU; (iii) a busca por uma compatibilidade do preço com o momento da ocorrência do procedimento licitatório pode levar ao ajuste do preço, também de forma híbrida com a cláusula do preço fixo; (iv) nas privatizações, não parece ser compatível o ajuste do preço sobre a data da efetiva transferência das ações, pois isso violaria a isonomia em relação ao certame, e (v) no caso de ajuste e complemento de preço, relevante que a Administração fixe um teto na minuta de contrato quanto à alteração do preço, para cima e para baixo, caso contrário, a indeterminação e a insegurança, arbitrarias, e prejudiciais à competitividade, seguem presentes.

Conclui-se que os procedimentos de compra e venda de participações societárias das empresas estatais, apesar de características e princípios de Direito Público que incidem sobre os procedimentos licitatórios, parecem admitir e, inclusive, exigir uma gradação da exorbitância⁸⁶ do instrumento contratual mais suave em relação a outros

⁸⁶ Nesse sentido, indispensáveis as seguintes obras: GIACOMUZZI, José Guilherme. *Op. cit.*; e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A distinção entre Público e Privado aplicada aos contratos celebrados pela Administração, p. 236-246. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

contratos administrativos, porque se trata de pessoas jurídicas de *direito privado*, sobre as quais incide, também, o regime societário, conforme previsões legais expressas (Constituição Federal e Lei das Estatais), e isso porque se pretende, garantindo-se moralidade administrativa na gestão das estatais, maior eficiência e economicidade.

Confirma-se a hipótese da pesquisa e conclui-se que a segurança jurídica está, assim, voltada à previsibilidade de que não há como garantir imutabilidade em temas dinâmicos, mas é possível aperfeiçoar o procedimento jurídico – e o contrato – a esta dinamicidade, promovendo maior certeza, estabilidade, previsibilidade e confiança sobre o procedimento. Daí por que, também, a relação entre segurança jurídica e proteção da confiança.⁸⁷ E assim haverá uma aproximação mais coerente e efetiva com a proteção ao erário e aos interesses públicos.

Referências

- AAVA, Ott. Risk Allocation Mechanisms in Merger and Acquisition Agreements. *Helsinki Law Review*, p. 31-59, 2010/2.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A distinção entre Público e Privado aplicada aos contratos celebrados pela Administração, p. 236-246. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.
- ALVES, Daniel Rodrigues. *Determinabilidade, negociação e elaboração de cláusulas das cláusulas de preço contingente (earn-out) nas operações de compra e venda de participação societária ou de estabelecimento e análise de conflitos à luz do princípio da boa-fé objetiva*. Orientadora: Lie Uema do Carmo. Dissertação de mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário: entre permanência, mudança e realização*. USP: São Paulo, 2009.
- BOFFO, Riccardo; PATALANO, Robert. ESG Investing: Practices, Progress and Challenges. *OECD*, 2020.
- CACHAPUZ, Maria C. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada pelo discurso jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.
- COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 209, jul./set. 1997.
- DAMODARAN, Aswath. *Investment valuation: Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset*. 3 ed. Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- ELLROTT, Jochen. How does ESG impact M&A? *Freshfields Bruckhaus Deringer*, 15 jun. 2022.

⁸⁷ MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 55.

Exposição oral de Paulo Cezar Aragão sobre a cláusula de *earn-out* no painel “Cláusulas especiais em contratos de M&A”, na M&A Conference of The Americas (MACA) 2022. USP. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=g75S9Bh_408&t=2558s. Acesso em: 18 ago. 2023.

FISHMAN, Michael J. A theory of preemptive takeover bidding. *The RAND Journal of Economics*, vol. 19, n. 1, Spring 1988.

FREUND, James C. Anatomy of a Merger. Strategies and techniques for negotiating corporate acquisitions. *Law Journal Seminars-Press*, New York, 1975.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Flávio Paulo Meurer (trad.). Ênio Paulo Gianchini (rev.). 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999.

GENCHEVA, Dobrina; DAVIDAVIČIENĖ, Vida. Reduction of the Information Asymmetry in Mergers & Acquisitions Through the Means of Payment. *Journal of System and Management Sciences*, vol. 6, n. 2, p. 16-32, 2016.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*: supremacia do interesse público “versus” igualdade – um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Salvador: Juspodivm, 2021.

KUMMER, Christopher; SLISKOVIC, Vlado. *Do Virtual Data Rooms add value to the Mergers and Acquisition Process?* Vienna: MANDA Institute, 2007.

LAJOUX, Alexandra Reed. *The Art of M&A*. New York: McGraw, 2019.

LUZIO, Eduardo. Fusões e aquisições em ato. *Guia prático*: geração e destruição de valor em M&A. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARTINS COSTA, Fernanda Mynarski. *Execução diferida do contrato em operações de fusões e aquisições (F&A) de sociedades anônimas*: análise de aspectos contratuais e societários. Tese de Doutorado. Erasmo Valladolid Azevedo e Novaes França (orient.). São Paulo: USP, 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de cessão e transferência de quotas. Acordo de Sócios. Pactuação de parcela variável do preço contratual denominada *earn out*. Características e Função (“Causa Objetiva”) do *earn out*. Parecer. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 42, p. 153-188. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MCNAMARA, Georgia. ESG in M&A Transactions: unlocking value with green strategies. *MCINNES WILSON*, 27 abr. 2023.

MENGES, Maximilian; FROHM, Markus. Five considerations of completion accounts vs. locked box mechanisms. ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED. 21 abr. 2022. MEYVIS, Yolande; AERTS, Pieter-Jan; VAN WYMEERSCH, Nathan. M&A Pricing: completion mechanisms. *MONDAQ*. 17 fev. 2020.

MOREIRA, Felipe. Petrobras (PETR4) recebe “earnout” de R\$ 1,3 bi. *INFORMONEY*. 30 jan. 2023.

PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânicos e de *common law*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 3, set./dez. 2017.

PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (MAC) e cláusulas de força maior: revisitando problemas de riscos de desequilíbrio em tempos virulentos. *Revista da ordem dos advogados*, Lisboa, vol. 1/2, p. 73-93, jan./jun. 2020.

PIVA, Luciano Zordan. *O earn-out na compra e venda de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXIX. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsóí, 1962.

PÓVOA, Alexandre. *Valuation: como precificar ações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PwC. *To lock or not to lock: an introduction to the Locked Box closing mechanism*. September 2013.

RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. Tradução autorizada pelo autor de "Die Zukunft des Privatrechts". Tradução por Lucinda Maria Ragugnetti. Revisão por Antônio Estêvão Allgayer e Henrique K von. Wackerriitt. *RPGE*, Porto Alegre, vol. 9(25), p. 11-30, 1979.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13/14, p. 139-150, jan./dez. 1998.

SÁ, Fernando de Oliveira e. A determinação contingente do preço de aquisição de uma empresa através de cláusulas de *earn-out*. In: CÂMARA; BASTOS (org.). *Aquisição de empresas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SCANDAROLI, Glauco Garcia. *Avaliação dos incentivos à competição em leilões de transmissão de energia elétrica*, 2023. Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília.

SCHWIND, Rafael W. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017.

STF, ADI nº 5.624-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, 06/06/2019; RCL 42.576 MC-DF, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 01/10/2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e regulação estatal. In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 35-36.

TAYLOR, Rachel; THOMSON, Martin; WISEMAN, Martin; WOODS, Reuben. Locked box: price protection, not price adjustment. *DLA PIPER*. 3 jul. 2017.

TCU, Acórdão nº 2.480/2021, j. 13.10.2021; TCU, Acórdão nº 921/2023, j. 10.05.2023.

TOZEI, N. P.; VIEIRA, W. D. C.; MATTOS, L. B. Efeitos da participação de consórcios nos lances e deságios em leilões de transmissão de energia elétrica no Brasil. *Economia Aplicada*, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, v. 18, n. 1, 2014.

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

VARGAS, Isadora Formenton. *Valuation na privatização de estatais: o que as cláusulas de preço fixo, ajuste de preço e earn-out das operações de M&A têm a ensinar?* In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 613-631. ISBN 978-65-5518-820-2.

TERCEIRO LUGAR

CONCURSO PÚBLICO E O MUNDO DIGITAL: PROPOSTA DE UMA NOVA SISTEMÁTICA NACIONALMENTE INTEGRADA DE RECRUTAMENTO E SELEÇÃO*

RAFAEL LUCAS DA SILVA SANTOS

1 Introdução

O concurso público pode ser compreendido, sob uma perspectiva teórica, segundo André Saddy, como o procedimento pelo qual a Administração Pública escolhe, mediante uma seleção, o candidato mais qualificado em um cenário em que todos possuem as mesmas oportunidades.¹ No entanto, considerando a Administração como um campo de *práxis*, em que medida tal afirmativa revela-se materialmente alinhada à realidade brasileira?

Conforme será apresentado neste trabalho, a literatura sobreleva que um dos desafios postos para a gestão de pessoas no setor público perpassa pela necessidade de se discutir, em todos os níveis federativos, os concursos públicos não apenas na dimensão estrita da impessoalidade, mas como um procedimento que seja juridicamente seguro, eficiente e eficaz no recrutamento e seleção dos candidatos mais aptos para atender às efetivas necessidades da população.

Diante da inexistência de um campo integrado que promova um diálogo interdisciplinar e que favoreça a construção de propostas inovadoras e articuladas que possam melhorar o procedimento, surge entrincheiramento que separa, de um lado, aqueles que defendem a manutenção dos certames nos exatos moldes vigentes desde a Constituição de 1934; e, de outro, aqueles que defendem o fim do concurso público como mecanismo de recrutamento e seleção no serviço público.

* Trabalho publicado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

¹ SADDY, André. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 1. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022, p. 998.

Em uma perspectiva alternativa, o presente trabalho surge com o objetivo principal de propor aperfeiçoamento na dinâmica avaliativa dos concursos públicos no Brasil, valendo-se de uma sistemática de certificação nacionalmente integrada conjugada com etapas complementares vinculadas à atuação prática dos cargos que podem ser realizadas digitalmente com o apoio de Tecnologias de Informação e Comunicações (TICs).

O trabalho, de orientação eminentemente qualitativa, foi desenvolvido com base em revisão sistemática de literatura e em pesquisa de caráter empírico. Sob uma perspectiva teórica, o estudo se justifica pela existência de lacuna apontada na literatura revisada; sob um enfoque prático, o presente trabalho possui relevância uma vez que propõe uma alternativa administrativa inovadora, socialmente referenciada, sustentável e que se alinha diretamente às discussões pelo Congresso Nacional sobre normas gerais relativas a concursos públicos.

2 Desenvolvimento

2.1 Aspectos metodológicos

Na realização do objetivo geral, foi realizada uma revisão sistemática da literatura por meio da análise de artigos científicos publicados em periódicos revisados por pares e disponibilizados no Portal de Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Ademais, desenvolveu-se também, uma pesquisa empírica, realizada por um questionário elaborado a partir da revisão da literatura sistematizada e que foi encaminhado às Instituições Federais de Ensino (IFEs) pela Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação (Fala.Br).

2.1.1 O contorno procedimental da Revisão Sistemática da Literatura (RSL)

A revisão sistemática da literatura desenvolvida com o intuito de criar um embasamento teórico científico foi elaborada observando o Protocolo PRISMA conforme ilustra a Figura 1. O levantamento da produção acadêmica foi realizado em 5 de junho de 2023, contendo, inicialmente, somente a expressão “*concurso* publico**”, e suas variações, em qualquer campo do texto, em qualquer idioma e sem delimitação de recorte temporal, resultando, neste primeiro momento, em 638 (seiscentos e trinta e oito) achados, dos quais 608 (seiscentos e oito) são artigos. Com o objetivo de garantir a qualidade dos estudos analisados, foram filtrados apenas trabalhos publicados em periódicos revisados por pares, resultando em 402 (quatrocentos e dois) documentos.

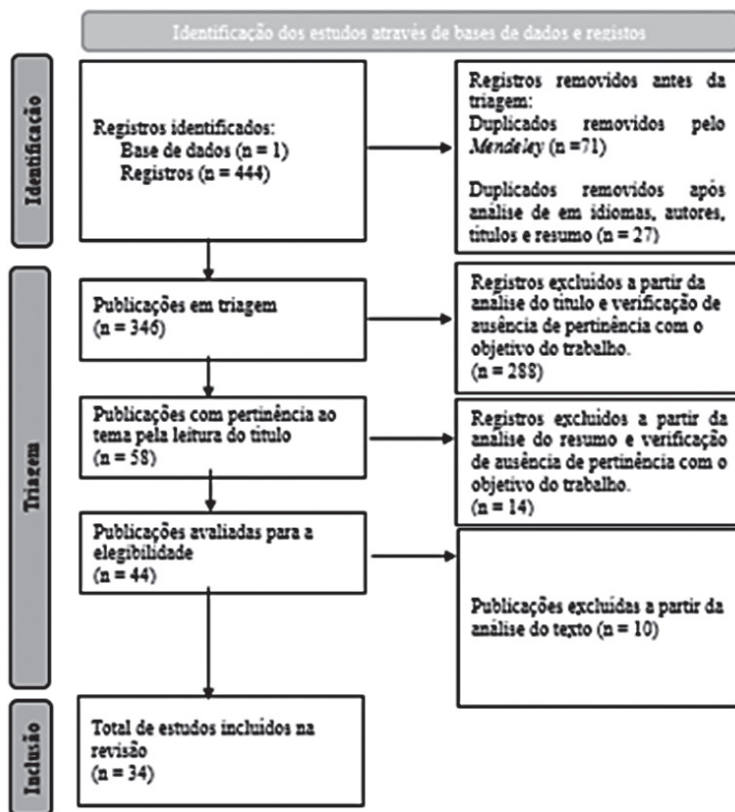
Na mesma data, foi feita uma segunda rodada de pesquisa com o fito de apurar trabalhos que tivessem abordado especificamente as expressões “*concurso* publico**” e “*tecnologia**”, em qualquer campo do texto, em qualquer idioma e sem delimitação de recorte temporal, resultando em 32 (trinta e dois) trabalhos, dos quais 29 (vinte e nove) são artigos e 19 (dezenove) foram publicados em periódicos revisados por pares.

Considerando os impactos da pandemia de covid-19 na intensificação do uso de Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), uma terceira rodada de pesquisa também foi realizada com os termos “*concurso* publico**” e “*pandemia**” em qualquer

campo do texto, em qualquer idioma e sem delimitação de recorte temporal, resultando em 5 (cinco) artigos, os quais também foram incluídos para análise preliminar.

Por fim, com o objetivo de apurar contribuições oriundas da literatura internacional abordando o uso de recursos tecnológicos para recrutamento no setor público, foi realizada pesquisa contendo os termos “E-recruitment” e “Public” em qualquer campo do texto, em qualquer idioma e sem delimitação de recorte temporal. Em tal pesquisa foram identificados 24 (vinte e quatro) achados, dos quais 22 (vinte e dois) são artigos e 17 (dezessete) foram publicados em periódicos revisados por pares e, portanto, incluídos na revisão.

Figura 1 – Protocolo PRISMA aplicado à revisão de literatura



Fonte: *The PRISMA 2020 statement: an updated guideline for reporting systematic reviews.*

A partir dos estudos incluídos na revisão, realizou-se um diálogo das principais contribuições oriundas de cada fonte, buscando sintetizar aspectos críticos que residem no modelo de concurso público vigente. Para além das críticas, também foram extraídos elementos que podem contribuir para a elaboração de uma proposta de aperfeiçoamento na sistemática de concursos públicos que seja juridicamente viável e administrativamente aderente às necessidades contínuas da população.

2.1.2 O delineamento da pesquisa empírica

A construção da pesquisa empírica teve como referência o teor do art. 8º do Projeto de Lei nº 2.258/2022, que estabelece a possibilidade de realização de concurso público total ou parcialmente a distância, de forma on-line ou por plataforma eletrônica com acesso individual. Ademais, o cenário imposto pelas medidas restritivas decorrentes da pandemia de covid-19 no Brasil, a partir de março de 2020, intensificou o uso de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) na Administração Pública. Logo, compreender se houve o emprego dessas ferramentas em concursos públicos, bem como suas possibilidades e desafios, constitui elemento necessário para a construção de uma proposta de aperfeiçoamento dos certames.

A pesquisa empírica foi realizada por meio do encaminhamento de questionário às Instituições Federais de Ensino (IFEs), pois, em tais instituições, a realização de concursos públicos para o cargo de Professor do Magistério Federal, dentro dos limites autorizados, independe de autorização específica do Governo Federal. Logo, mesmo durante os efeitos da pandemia de covid-19 concursos públicos para a carreira do Magistério Superior e carreira do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico puderam ser realizados.

A escolha das IFEs também se deu em virtude da complexidade que envolve as etapas avaliativas dos concursos públicos para recrutamento e seleção de pessoal para a carreira de professor no âmbito federal, que contempla, em regra, prova escrita, prova didática e avaliação de títulos. Ademais, é importante registrar que as Universidades Federais e Institutos Federais de Educação estão presentes em todas as unidades federativas e em municípios com diferentes porte e realidade, fato este que contribui para a análise envolta por um campo cujas variações locais e regionais contemplam percepções plurais distribuídas em todas as regiões do território brasileiro.

O instrumento de pesquisa² foi elaborado a partir de contribuições da literatura revisada e buscou contemplar aspectos contextuais decorrentes da pandemia de covid-19, bem como mapear a realidade em um plano nacional quanto ao uso de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) em concursos públicos, visto que não foi identificado estudo com esta natureza exploratória em diferentes instituições, restando, portanto, uma lacuna a ser colmatada.

Portanto, elucida-se que o foco do levantamento empírico não tem o condão de promover análises comparativas entre o conjunto de instituições pesquisadas, mas almeja apurar, de forma exploratória e transversal, se há, atualmente, práticas em curso na Administração Pública Federal que apontam para a viabilidade do emprego de TICs em concursos públicos, bem como suas vantagens e desvantagens.

2.2 Resultados e discussão

Esta subseção encontra-se estruturada em dois eixos. O primeiro traz a síntese e diálogo das principais contribuições dos 34 (trinta e quatro) artigos incluídos na revisão sistemática da literatura. No segundo, é feita a apresentação dos resultados da pesquisa empírica e suas contribuições para a construção de uma proposta de aperfeiçoamento

² Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1kmjNR3Znq2uOFsKwoISt3zV_TNeWcMER/view?usp=sharing

considerando os problemas identificados na revisão sistemática e a possibilidade do emprego de TICs nos concursos públicos.

2.2.1 A construção da problemática a partir das contribuições decorrente da RSL

A relevância constitucional atribuída ao instituto do concurso público experimentada em outros ordenamentos jurídicos³ e a associação do instituto a uma visão de meritocracia e de eficiência estatal no cenário brasileiro possuem raízes históricas que remontam, principalmente, ao projeto estadonovista que se iniciou na década de 1930, tendo o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) um importante papel na construção dessa perspectiva⁴ que contribuiu para a sedimentação do paradigma burocrático no Brasil.

Em uma perspectiva jurídico-administrativa, o concurso público pode ser compreendido a partir de elementos abordados por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como um procedimento formal declaratório de habilitação individual à investidura de cargo ou emprego público, que institucionaliza o sistema do mérito e sacraliza a impessoalidade no recrutamento de servidores públicos.⁵ Constitui, portanto, um instrumento de superação de preceitos patrimonialistas no que concerne às atividades de seleção de pessoal para compor os quadros funcionais da Administração Pública.

A partir do recorte conceitual, é possível identificar, segundo Coelho e Menon⁶ dois elementos claros que permeiam o instituto. O primeiro envolve o direito de igualdade entre os cidadãos no acesso aos cargos e empregos públicos, em contraposição às discriminações e aos favorecimentos, contribuindo, portanto, para a redução de arbitrariedades e favorecimentos pessoais. O segundo, por sua vez, busca a garantia da seleção de candidatos que estejam aptos e sejam mais capacitados para o exercício de uma função pública, em prol de qualidade na prestação dos serviços públicos e na provisão das políticas públicas.

Nesse sentido, até os dias atuais, o instituto do concurso público previsto no ordenamento constitucional incute na mentalidade dos indivíduos a noção de meritocracia na seleção de pessoal para o preenchimento dos quadros da Administração Pública,⁷ tanto assim o é, que há autores⁸ que sustentam que se fosse realizada no Brasil uma pesquisa de opinião pública abordando a meritocracia, é muito provável que os concursos públicos fossem apontados como o principal exemplo do “triumfo do mérito”.

³ HERNÁNDEZ GUIJARRO, F. Los principios jurídicos como límite a la discrecionalidad técnica en los concursos públicos de personal, *Revista digital de derecho administrativo*, n. 25, p. 411.

⁴ RABELO, L. F. Na era da expertise: formação e qualificação dos servidores públicos durante a Segunda Guerra Mundial. *Revista Mundos do Trabalho*, Florianópolis, v. 11, p. 13.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Grupo GEN, p. 327, 2014. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/>. Acesso em: 27 jun. 2023.

⁶ COELHO, F. de S.; MENON, I. de O. A quantas anda a gestão de recursos humanos no setor público brasileiro? Um ensaio a partir das (dis)funções do processo de recrutamento e seleção – os concursos públicos. *Revista do Serviço Público*, v. 69, p. 159.

⁷ *Ibid.*, p. 158.

⁸ OLIVEIRA, A. B. da S.; CASTRO JUNIOR, J. de L. P.; MONTALVÃO, S. de S. O mito da meritocracia: academicismo e falhas metodológicas nos concursos públicos brasileiros. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 6, p. 695, 2022.

Na literatura apurada, há quem sustente que tal percepção se revela, em certa medida, equivocada, visto que decorre de uma confusão da meritocracia com o fato de todos poderem participar dos concursos e, também, pelo seu caráter objetivo.⁹ Sendo assim, em que pese seu aparente caráter igualitário, visto que o concurso público se revela uma via disponível a todos, sem distinção de origem, sexo e condição social, há subjacente ao instituto uma segmentação social principalmente daqueles que ingressam em posições com faixas salariais mais elevadas.¹⁰

Refletindo, inicialmente, sobre o aspecto meritocrático e a segmentação social, há, inclusive, pesquisa indicando que um indivíduo jovem que ostente boa situação financeira familiar e que tenha cursado escola básica na rede privada, que seja universitário ou pós-graduado, e que, geograficamente, esteja uma região metropolitana, possui cerca de 41 vezes mais chances de ser aprovado em concurso público do que um indivíduo que não ostente tais atributos.¹¹ Ratificando essa estatística, há estudo apontando também que os candidatos oriundos da classe média alta possuem mais chances de aprovação, pois possuem tempo livre, recursos para investir na compra de material, memorizam um elevado número de leis e que enfocam um conjunto limitado de carreiras.¹²

Abordando, noutro giro, a dimensão conceitual do concurso público como um instrumento eficaz de seleção dos candidatos mais aptos, é possível identificar na literatura revisada algumas críticas a essa construção cuja síntese encontra-se consolidada na Figura 2.

Figura 2 – Síntese das críticas apuradas na literatura à eficácia dos concursos públicos na seleção dos melhores candidatos

(continua)

1 Inadequação do conteúdo previsto em edital ao que efetivamente é executado pelos servidores. ¹³
2. Padronização das provas dos concursos públicos. ¹⁴
3. "Autorreferenciamento": preparar-se para ser um servidor público no Brasil envolve quase que obrigatoriamente se preparar para as provas. ¹⁵
4. A memorização é o processo cognitivo bastante demandado durante o estudo dos conteúdos. ¹⁶
5. Ênfase na velocidade de resolução das questões. ¹⁷

⁹ *Ibid.*, p. 712.

¹⁰ SILVA, M. M. Redes de relações sociais e acesso ao emprego entre os jovens: o discurso da meritocracia em questão. *Educação & Sociedade*, v. 110, p. 254.

¹¹ CASTELAR, I.; VELOSO, A. A.; FERREIRA, R. T. et al. Uma análise dos determinantes de desempenho em concurso público, *Economia aplicada*, v. 14, n. 1, p. 90.

¹² PEREIRA, R. B. Expansão universitária e mercado de trabalho: consequências no campo do Direito. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 49, n. 171, p. 49, 2019.

¹³ MACÊDO, D. F. de; GOMES, C. M. F.; COSTA, A. C. S.; FINGER, A. B. Análise do concurso público como instrumento de seleção de pessoal no setor público: percepção de um grupo de servidores de instituições federais de ensino superior. *Revista Sociais e Humanas*, v. 29, n. 1, p. 103.

¹⁴ *Ibid.*, p. 103.

¹⁵ MAIA, B. O adestramento para o estado: tradição de conhecimento e técnicas de aprendizado entre candidatos ao serviço público no Brasil. *Anuário Antropológico*, v. 46, n. 1, p. 255, 2021.

¹⁶ *Ibid.*, p. 263.

¹⁷ *Ibid.*, p. 259.

¹⁸ *Ibid.*, p. 262.

(conclusão)

6. Referência em questões anteriores da banca organizadora independentemente do cargo ou carreira. ¹⁸
7. Ênfase no simples domínio de terminologias e insuficiência na avaliação de uma “análise crítica”. ¹⁹
8. Ausência de integração da proposta avaliativa de concurso público com os demais subsistemas de Gestão de Pessoas. ²⁰
9. Ausência de apoio a municípios de pequeno e médio porte na concepção de uma visão crítica no planejamento dos certames. ²¹
10. Tendência de atribuição de maior peso à Prova Escrita. ²²
11. Muita preocupação com o combate ao personalismo e pouca atenção à capacidade preditiva do processo. ²³
12. A relevância da prestação de um serviço público à sociedade não configura um elemento de formação dos candidatos a cargos públicos. ²⁴
13. Demora na convocação dos candidatos que podem ser nomeados depois de 4 (quatro) anos da realização do concurso. ²⁵
14. Ausência de participação das escolas de formação. ²⁶
15. Menor importância ou pouco zelo com concursos destinados à <i>street level bureaucracy</i> . ²⁷
16. Necessidade de uma etapa que abarque mais aspectos práticos e que seja condizente com as atividades que efetivamente serão desempenhadas. ²⁸
17. Os elevados custos envolvidos na realização dos concursos públicos. ²⁹

Fonte: elaborado pelo autor.

Neste ponto é importante salientar que a consolidação das críticas registradas na Figura 2 não possui o condão de descredibilizar ou propor o fim do concurso público como instrumento de recrutamento e seleção. O que se objetiva, em um primeiro momento, é o desenvolvimento de uma reflexão sobre até que ponto o modelo adotado

¹⁹ FEITOSA, G. R. P.; PASSOS, D. V. S. O concurso público e as novas competências para o exercício da magistratura: uma análise do atual modelo de seleção. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 147, 2017.

²⁰ COELHO, F. de S.; MENON, I. de O. A quantas anda a gestão de recursos humanos no setor público brasileiro? Um ensaio a partir das (dis)funções do processo de recrutamento e seleção - os concursos públicos. *Revista do Serviço Público*, v. 69, p. 172, 2018.

²¹ *Ibid.*, p. 167.

²² SIQUEIRA, E. S. et al. Seleção de Docentes em Universidades Federais: uma análise dos regulamentos. *Ensaio*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 77, p. 739, 2012.

²³ OLIVEIRA, A. B. da S.; CASTRO JUNIOR, J. de L. P.; MONTALVÃO, S. de S. O mito da meritocracia: academicismo e falhas metodológicas nos concursos públicos brasileiros. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 6, p. 697, 2022.

²⁴ MAIA, B. Virando estado. *O processo de sujeição burocrática entre candidatos ao serviço público no Brasil*. Buenos Aires: Runa, v. 41, n. 2, 2020.

²⁵ PACHECO, R. S. Política de recursos humanos para a reforma gerencial: realizações do período 1995-2002. *Revista do Serviço Público*, v. 53, n. 54, p. 93, 2002.

²⁶ FEITOSA, G. R. P.; PASSOS, D. V. S. *Op. cit.*, p. 149, 2017.

²⁷ COELHO, F. de S.; MENON, I. de O. *Op. cit.*, p. 176.

²⁸ MACÊDO, D. F. de; GOMES, C. M. F.; COSTA, A. C. S.; FINGER, A. B. *Op. cit.*, p. 105.

²⁹ BRAGA, P. A. et al. Formação de Banca para Concurso Docente e os Princípios da Administração Pública. *Administração Pública e Gestão Social*, v. 15, n. 2, 2023.

atualmente constitui um procedimento administrativo que concretiza a igualdade de oportunidades para os cidadãos terem acesso ao serviço público e viabiliza a seleção dos mais aptos e capazes, para a concretização do princípio constitucional da eficiência.³⁰

Além disso, busca-se também a sensibilização quanto à necessidade de aprimoramento prático do instituto e, conseqüentemente, da efetiva melhoria no processo de seleção dos futuros servidores que prestarão seus serviços à sociedade,³¹ contribuindo, assim, para o processo de consolidação prática de um discurso que em certa medida ostenta um alcance retórico de que os concursos públicos recrutam e selecionam os indivíduos mais preparados para realizar as funções públicas.³²

Ao revisitar a literatura, é possível identificar que a manutenção do modelo de concurso público vigente no Brasil há mais de meio século³³ contribuiu para a consolidação de uma cadeia de produtos e serviços denominada por alguns autores como a “indústria do concurso público”, que já chegou a movimentar um valor estimado de R\$20 bilhões ao ano³⁴ e contempla diferentes atividades comerciais conforme sintetiza a Figura 3.

Figura 3 – Tipos de serviços e produtos pesquisados que integram a indústria do concurso público

1. Imprensa especializada no tema que inclui jornais, revistas e sítios eletrônicos. ³⁵
2. Cursos preparatórios presenciais e a distância, alguns sendo rentáveis empreendimentos. ³⁶
3. Mercado de viagens e hospedagem para atendimento de candidatos a concursos públicos. ³⁷
4. Cursos de educação formal como graduação e pós-graduação voltados para provas de concurso público. ³⁸
5. Editorial e gráfico, para a confecção de apostilas, livros e sites/blogs especializados em concursos públicos. ³⁹
6. Acompanhamento especializado por <i>coaching</i> . ⁴⁰
7. Empresas focadas na elaboração e aplicação das provas, algumas das quais com apelo mercadológico que deturpa a natureza dos processos de seleção.
8. Palestrantes, influenciadores digitais e “gurus” de aprovação em concursos públicos.

Fonte: Elaborado pelo autor.

³⁰ JESUS, N. A. T. de. O direito subjetivo à nomeação dos concursados aprovados e os limites de despesas com pessoal. *Espaço Jurídico*, v. 10, n. 2, p. 1, 2010.

³¹ MACÊDO, D. F. de; GOMES, C. M. F.; COSTA, A. C. S.; FINGER, A. B. *Op. cit.*, p. 93.

³² COELHO, F. de S.; MENON, I. de O. *Op. cit.*, p. 163.

³³ OLIVEIRA, A. B. da S.; CASTRO JUNIOR, J. de L. P.; MONTALVÃO, S. de S. *Op. cit.*, p. 712, 2022.

³⁴ COELHO, F. de S.; MENON, I. de O. *Op. cit.*, p. 164.

³⁵ MAIA, B. Virando estado. O processo de sujeição burocrática entre candidatos ao serviço público no Brasil, Runa. Buenos Aires, v. 41, n. 2, p. 2, 2020.

³⁶ RIBEIRO, C. V. dos S.; MANCEBO, D. Concurso público, uma alternativa sensata frente às turbulências do mundo do trabalho? *Trabalho & Educação*, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 154, 2010.

³⁷ LOBATO, F.H.S.; ALBERTO, D.P.S. O estudo é com você, a viagem é com a gente: as agências de turismo especializadas em viagens a concursos públicos no Brasil. *Turismo: Visão e Ação (TVA)*, v. 21, n. 2, p. 82-101.

³⁸ SOUZA, A.L.G.; FREITA, E. A governança educacional no contexto dos concursos públicos no Distrito Federal. *Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*, v. 7, n. 27, p. 13, 2016.

³⁹ COELHO, F. de S.; MENON, I. de O. *Op. cit.*, p. 164.

⁴⁰ MAIA, B., *Op. cit.*, p. 2.

Não é raro encontrar alguns produtos ou serviços comercializados na indústria dos concursos públicos que buscam incutir no imaginário das pessoas a aprovação como a tábua de salvação dos problemas profissionais.⁴¹ No entanto, a compreensão da dinâmica do trabalho no serviço público ou a realidade das condições e dos locais em que as atribuições serão desenvolvidas sequer são abordadas. Há, também, um intenso processo de promoção e internalização do discurso de mudança no *status* social, sobretudo a partir da noção de conquista de prestígio do candidato aprovado perante os seus familiares, amigos e vizinhança.⁴²

Em uma perspectiva financeira,⁴³ a aprovação no concurso público também é comercializada como a solução definitiva e perene para os problemas desta natureza. Em alguns casos, a aprovação em concurso público é vendida, por atores desta indústria, como um passaporte de acesso futuro aos melhores bens e serviços por aquele que, no presente, investe seu tempo, recurso e coleciona abstinências tidas como necessárias à aprovação.

Outro aspecto que não protagoniza processo de preparação dos candidatos aos cargos públicos consiste na efetiva preocupação e conhecimento das necessidades e das expectativas dos destinatários dos serviços públicos. No processo de recrutamento e seleção, as pessoas que contribuem para o custeio dos servidores públicos são praticamente esquecidas,⁴⁴ na realidade, a literatura registra, inclusive, uma ideia implícita de distanciamento entre os futuros funcionários públicos e os demais segmentos profissionais da sociedade brasileira. Para exemplificar tal fato, na literatura revisada, há registro de um relato de campo que captou a seguinte fala de professor de um curso preparatório para a área fiscal: “A investidura marca a sua transformação de um simples mortal para um agente do estado”.⁴⁵

A judicialização excessiva em torno da temática do concurso público também constitui uma ocorrência apontada na literatura revisada que afeta a duração razoável do procedimento e, por consequência, gera prejuízos à prestação dos serviços públicos.⁴⁶ Em relação às causas da judicialização, há quem aponte para um excesso de intervenção do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa que permeia o processo de recrutamento e seleção, bem como para o hiato decorrente da ausência de uma regulamentação específica sobre o tema, criando, assim, um campo de insegurança jurídica que demanda a constante atuação estatal.⁴⁷ Há trabalho que sinaliza para a possibilidade de resquícios de práticas de cunho patrimonialista em alguns certames⁴⁸ (favorecimento,

⁴¹ COELHO, F. de S.; MENON, I. de O. *Op. cit.*, p. 168.

⁴² MAIA, B., *Op. cit.*, p. 7.

⁴³ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁴ OLIVEIRA, A. B. da S.; CASTRO JUNIOR, J. de L. P.; MONTALVÃO, S. de S. O mito da meritocracia: academicismo e falhas metodológicas nos concursos públicos brasileiros. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 6, p. 715, 2022.

⁴⁵ MAIA, B. Virando estado. O processo de sujeição burocrática entre candidatos ao serviço público no Brasil. *Runa*, Buenos Aires, v. 41, n. 2, 2020.

⁴⁶ CARVALHO, F. L. de L. O controle administrativo dos concursos públicos no direito brasileiro e o papel da advocacia pública. *Revista Internacional Consinter de Direito*, Lisboa, n. 3, p. 192, 2016.

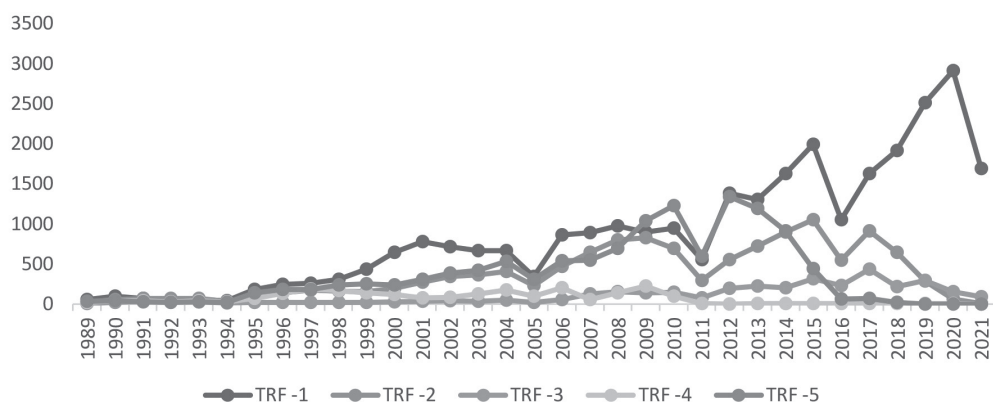
⁴⁷ COELHO, F. de S.; MENON, I. de O. *Op. cit.*, p.165.

⁴⁸ BRAGA, P.A. *et al.* Formação de Banca para Concurso Docente e os Princípios da Administração Pública. *Administração Pública e Gestão Social*, v. 15, n. 2, 2023.

direcionamentos, corporativismo, conflito de interesses, vieses ideológicos etc.) e, para combatê-las, em muitos casos, a via judicial constitui o caminho adequado.

No que concerne à evidência da judicialização excessiva em torno da temática dos concursos públicos, foi realizada pesquisa documental⁴⁹ em 31 de março de 2022, no Portal Eletrônico de Jurisprudência Unificada do Conselho da Justiça Federal, com o objetivo de obter um panorama sobre o quantitativo de decisões judiciais sobre concursos públicos que tramitam ou tramitaram nos Tribunais Regionais Federais e nas instâncias superiores. Tal pesquisa apontou para a existência de 2.773 (duas mil setecentas e setenta e três) decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal (STF); 13.453 (treze mil quatrocentas e cinquenta e três) do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e 58.970 (cinquenta e oito mil novecentas e setenta) dos Tribunais Regionais Federais cuja distribuição quantitativa desde o ano de 1988 pode ser verificada no Gráfico 1.

Gráfico 1 – Quantitativo de decisões judiciais por TRF sobre concursos públicos (1988-2021)



Fonte: Elaborado pelo autor.

Analisando os dados empilhados no Gráfico 1, verifica-se que o quantitativo de decisões na primeira década (1989-1999) representa 8,75% do total de decisões judiciais dos Tribunais Regionais Federais sobre a temática, as decisões tomadas entre (2000-2010) representam 37,53% e as decisões de 2011 e 2021 constituem 53,72% do total de decisões, o que pode indicar uma tendência de aumento de judicializações em torno da temática concursos públicos conforme aponta a literatura. Neste ponto, é importante registrar que a queda no número de judicializações em 2020 e 2021 pode ter ocorrido pelas medidas restritivas decorrentes da pandemia de covid-19.

⁴⁹ A pesquisa foi realizada utilizando-se a seguinte estrutura de buscador no Portal Eletrônico de Jurisprudência Unificada do Conselho da Justiça Federal “CONCURSO PUBLICO” [EMEN] NAO “ENEM” NAO “SISU” NAO “VESTIBULAR” NAO “SIMPLIFICADO” NAO “TEMPORÁRIO”.

A partir da síntese teórica extraída da literatura revisada, ratifica-se, em certa medida, a perspectiva abordada por Coelho e Menon⁵⁰ quanto aos seguintes elementos que envolvem a manutenção dos concursos públicos nos termos vigentes desde o século passado: a) crença na meritocracia no modelo vigente; b) baixa eficiência e eficácia dos concursos como um procedimento estratégico de recrutamento e seleção de pessoas diretamente conectado às reais necessidades da população; c) existência de indústria bilionária que fornece produtos e serviços; d) um campo com grande judicialização, existência de resquícios de práticas patrimonialistas e com certo grau de insegurança jurídica.

Em que pese a problemática existente, a complexidade do tema e o impacto que os concursos públicos possuem na vida de milhões de pessoas enquanto um campo de *práxis*, a literatura destaca que o instituto tem recebido pouca dedicação, sobretudo das ciências sociais.⁵¹ Afora o aspecto prático, há autores que são enfáticos quanto à existência de lacunas acadêmicas que podem ser exploradas por pesquisadores,⁵² reafirmando, assim, a necessidade do desenvolvimento de elementos de modernização⁵³ sobre o instituto. Sendo assim, na próxima seção deste trabalho será apresentada uma sugestão de aperfeiçoamento dos concursos públicos que não tem o condão de resolver todas as questões que permeiam a problemática, mas que pode contribuir para a melhoria prática do instituto e fomentar discussões acadêmicas interdisciplinares sobre o tema.

2.2.2 A construção de uma possível solução administrativa para o problema delineado

A proposta consiste em desenvolver um modelo nacional de certificação de proficiência realizado por meio de prova escrita (objetiva e subjetiva) com período de validade determinado e, portanto, com conteúdo atualizável, composto por temas que contemplem a atuação do Estado nas diversas esferas de governo (federal, estadual e municipal) e que seja aderente às reais necessidades da população.

Esta certificação desenvolvida pelo Poder Público, de forma integrada e pedagogicamente adequada à atuação do servidor, surge com o objetivo de mensurar conhecimentos e habilidades dos candidatos sobre um conjunto de temas comuns vinculados à realidade/necessidade do serviço público e de conteúdos especializados inerentes às macroáreas da atuação estatal dos servidores públicos civis da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional nas três esferas de governo (federal, estadual e municipal).

A proposta é que tal exame de certificação incorpore metodologias avaliativas que viabilizem a comparação das proficiências dos candidatos como propõe a Teoria de

⁵⁰ COELHO, F. de S.; MENON, I. de O. A quantas anda a gestão de recursos humanos no setor público brasileiro? Um ensaio a partir das (dis)funções do processo de recrutamento e seleção – os concursos públicos. *Revista do Serviço Público*, v. 69, p.151-180, 2018.

⁵¹ MAIA, B. Virando estado. O processo de sujeição burocrática entre candidatos ao serviço público no Brasil. *Runa*, Buenos Aires, v. 41, n. 2, p. 3, 2020.

⁵² OLIVEIRA, A. B. da S.; CASTRO JUNIOR, J. de L. P.; MONTALVÃO, S. de S. O mito da meritocracia: academicismo e falhas metodológicas nos concursos públicos brasileiros. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 6, p. 715, 2022.

⁵³ COELHO, F. de S.; MENON, I. de O. *Op. cit.*, p. 161.

Resposta ao Item (TRI) adotada no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Ademais, é importante que os itens não enfatizem apenas a memorização ou a velocidade de resposta, mas que apurem a capacidade de análise, raciocínio, ética e tomada de decisão do candidato em casos práticos relacionados à atuação na respectiva área de especialização certificada.

Durante o período de validade da especialização certificada, propõe-se que a nota obtida habilite os candidatos à possibilidade de participarem e prosseguirem nas demais etapas seletivas de concursos públicos ou dos processos seletivos, nas três esferas de governo, que poderão ser realizadas, inclusive, por meio do emprego de Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC), em diferentes pontos do território nacional, nos termos previstos em edital. Nesta vertente, a sistemática proposta se alinha aos preceitos da OCDE⁵⁴ quanto à importância que os países democráticos têm dado aos testes de habilidades e aptidões e mudando o foco do aspecto formal para as competências nos processos de recrutamento e seleção.

No que tange à governança, combinando elementos do sistema da Bélgica⁵⁵ e de um modelo de Administração Pública societal, sugere-se que a coordenação nacional do sistema colaborativo seja realizada pela União e que seja progressivamente consolidado um arranjo interfederativo de participação voluntária dos entes. Propõe-se uma organização em instâncias colegiadas que contemplem a participação de atores institucionais técnicos oriundos da área de gestão de pessoas e das Escolas de Governo dos diferentes níveis federativos participantes. Além disso, as instâncias colegiadas poderão contar com a participação de representantes designados pela sociedade civil oriundos de setores que apoiem a melhoria da qualidade dos serviços públicos, que promovam a defesa de direitos de candidatos, bem como que representem as diferentes entidades que atuam na promoção, organização e operacionalização de concursos públicos.

Inspirando-se, em certa medida, em práticas apontadas na gestão de remuneração de pessoal na Administração Pública Japonesa,⁵⁶ sugere-se que as provas escritas ocorram ao longo do ano sendo que em cada ano será certificado um grupo de áreas temáticas de especialização e no ano seguinte será avaliado o outro grupo de áreas, por isso propõe-se que cada certificação tenha uma validade de 2 (dois) anos. No ano em que o grupo não realizar a prova de certificação, serão realizados as pesquisas e estudos necessários à avaliação do processo anterior e as diretrizes que orientarão a elaboração do próximo ciclo de avaliação. Nessa sistemática o candidato poderá realizar provas para diferentes áreas de certificação ao longo do ano conforme exemplifica a Tabela 4 e tal medida pode, inclusive, contribuir para a redução de custos despendidos com a realização dos certames.

⁵⁴ OCDE. Avaliação da Gestão de Recursos Humanos no Governo – Relatório da OCDE, p. 172-173, Brasília, DF, 2010.

⁵⁵ OCDE, *Op. cit.*, p. 182.

⁵⁶ KOGA, N. M. Gestão de pessoas na administração pública japonesa. *Revista do Serviço Público*, v. 58, n. 1, p. 100, 2014.

Figura 4 – Esboço simplificado de planejamento para o modelo proposto

	Jan.	Fev.	Mar.	Abr.	Maio	Jun.	Jul.	Ago.	Set.	Out.	Nov.	Dez.
Ano X			Certif. Área 1		Certif. Área 2		Certif. Área 3		Certif. Área 4		Certif. Área 5	
					Result Área 1		Result Área 2		Result Área 3		Result Área 4	
Ano X +1			Certif. Área 6		Certif. Área 7		Certif. Área 8		Certif. Área 9		Certif. Área 10	
		Result Área 5			Result Área 6		Result Área 7		Result Área 8		Result Área 9	
Ano X +2			Certif. Área 1		Certif. Área 2		Certif. Área 3		Certif. Área 4		Certif. Área 5	
		Result Área 10			Result Área 1		Result Área 2		Result Área 3		Result Área 4	

Fonte: Elaborado pelo autor.

Neste ponto, reconhece-se que um dos grandes desafios desse modelo consiste na definição das áreas temáticas, tendo em vista a pluralidade de carreiras e a capilaridade da atuação da Administração Pública, que merece, inclusive, ser tema de um estudo específico. A título exemplificativo do volume de cargos e carreiras existentes, apenas no Poder Executivo Federal, segundo os dados extraídos do Painel Estatístico de Pessoal (PEP),⁵⁷ existem, atualmente, 86 carreiras com 474.394 cargos ocupados, sendo que desse total 267.933 (56,48%) concentram-se em cargos pertencentes a duas carreiras da área da educação federal: o Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação (27,85%) e a Carreira de Magistério e Contrato Temporário (28,63%).

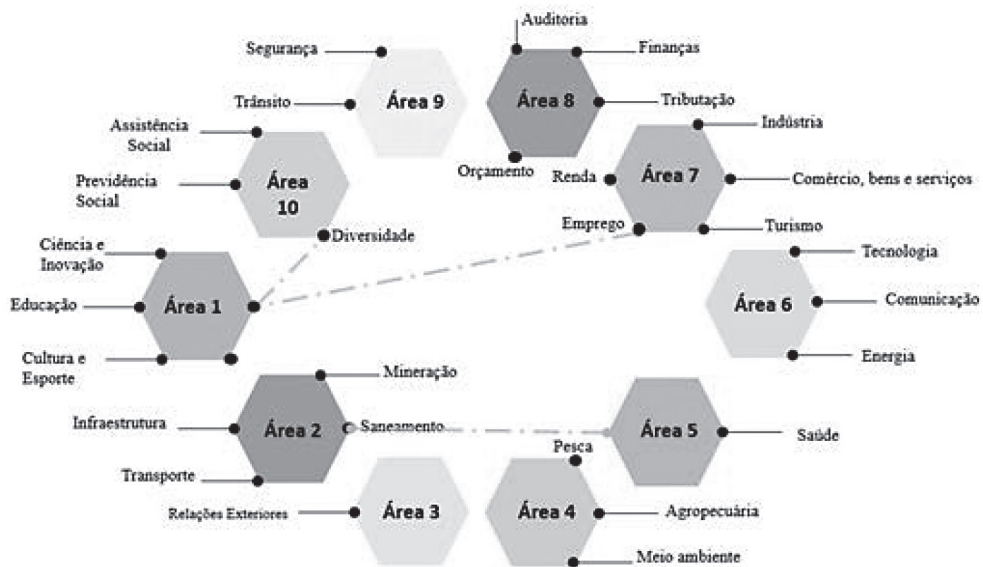
Diante do quantitativo de carreiras existentes e considerando as desigualdades presentes entre as diversas áreas de atuação estatal no modelo vigente,⁵⁸ que impactam na qualidade dos serviços públicos prestados, sugere-se que as áreas de especialização sejam compostas por macrotemas que contemplem a atuação estatal partindo de uma perspectiva transversal, compartilhada e integrativa, conforme orientado pela OCDE.⁵⁹ Nesse sentido com o objetivo de trazer maior concretude quanto à proposta de certificação, sugere-se, a princípio, o estabelecimento de áreas que abordem temas em torno dos quais os conteúdos das provas escritas deverão articular as três dimensões da competência estatal (federal, estadual e municipal). Ademais, de acordo com as demandas contextuais da população, as áreas poderão compartilhar temas, visto que a proposta das áreas ilustradas na Figura 4 não parte de uma perspectiva hermética, mas sim de um campo de atuação mais amplo que poderá contemplar um maior ou menor conjunto de assuntos.

⁵⁷ Consulta realizada em 13 jul. 2023, assinalando os filtros “carreiras”, Agrupamento de cargos 2” e “Qtd.de cargos ocupados”. Disponível em: <http://painel.pep.planejamento.gov.br>.

⁵⁸ SOUZA, C. Modernização do Estado e construção de capacidade burocrática para a implementação de políticas federalizadas. *Revista de Administração Pública*, v. 51, n. 1, p. 40, 2017.

⁵⁹ OCDE, *Op. cit.*, p. 182.

Figura 4 – Esboço simplificado de planejamento para o modelo proposto



Fonte: Elaborado pelo autor.

No que concerne à sistemática de recrutamento, que tem o objetivo precípua de adimplir com o princípio constitucional da publicidade e atrair os candidatos para participarem do processo, a solução proposta parte, em certa medida, da referência prática da iniciativa existente na Noruega,⁶⁰ nos EUA⁶¹ e da Bolsa de Emprego Público (BEP) realizada pelo governo de Portugal. A BEP constitui uma base de informação que visa simplificar e agilizar a divulgação dos processos de recrutamento humano da Administração Pública,⁶² cuja gestão incumbe à Direção-Geral da Administração e do Emprego Público.⁶³

No Brasil não há uma ferramenta ofertada pelo Poder Público que viabilize o acesso às informações relativas aos concursos públicos e processos seletivos de forma integrada, sendo assim, a disponibilização de informações inerentes aos processos de recrutamento na Administração Pública brasileira ocorre de forma fragmentada por meio de publicações isoladas em Diários Oficiais e em portais de entidades privadas que atuam no mercado de concurso público.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 174.

⁶¹ KIM, S.; O'CONNOR, J. G. Assessing Electronic Recruitment Implementation in State Governments: Issues and Challenges. *Public Personnel Management*, v. 38, n. 1, p. 48, 2009. DOI: 10.1177/009102600903800104.

⁶² Art. 1º do Decreto-Lei nº 78/2003. Disponível em: <https://www.bep.gov.pt/pages/SobreBep/Diploma.aspx>. Acesso em: 10 jul. 2023.

⁶³ *Id.* Art. 3º.

Nesse sentido, propõe-se que seja criado um portal eletrônico por meio do qual se divulgarão os editais dos concursos públicos dos órgãos e entidades participantes trazendo informações do referido certame, tais como: número de vagas, requisitos, atribuições, valor da taxa de inscrição, cargos, cronograma, sistemática de reserva de vagas, local de exercício e regime jurídico adotado. Além disso, neste portal poderia(m) ser informada(s) a(s) especialidade(s) da certificação(ões) exigida(s) de acordo com a natureza do cargo e se a respectiva constitui etapa única de caráter eliminatório e classificatório ou se funcionaria como uma primeira etapa que promova a filtragem dos candidatos que participarão das demais fases de seleção (provas discursivas específicas, provas práticas, simulações, testes psicológicos, prova de aptidão física, provas didáticas, avaliação de títulos etc.).

Em relação à sistemática de seleção, a proposta é que se desenvolva de forma integrada ao portal de recrutamento uma plataforma eletrônica de seleção unificada semelhante à do Sistema Único de Seleção Unificada (SISU), que permita aos candidatos com a certificação vigente nas respectivas áreas de especialização previstas nos editais dos órgãos e entidades participantes se inscreverem. Os candidatos que possuírem a maior pontuação serão selecionados, de acordo com a ordem de classificação, para as demais fases avaliativas de aprofundamento em conhecimentos ou habilidades de cunho prático ou teórico-prático inerentes à atuação específica do cargo previstas no certame que poderão ser realizadas com o emprego de TICs, ou para participar de curso de formação ou, ainda, para ocupar as vagas no caso de etapa única, de acordo com os quantitativos estabelecidos em edital do respectivo órgão.

Sobre esta proposta de refinamento no procedimento de recrutamento e seleção, é importante destacar que, em certa medida, seria uma solução da crítica apurada na literatura de que para cargos pertencentes à alta e média burocracia há uma preocupação maior no planejamento e realização dos concursos públicos, fato este que não é verificado em relação aos cargos da *street level bureaucracy* e o corpo burocrático operacional,⁶⁴ que constituem, em muitos casos, os servidores que estão mais próximos dos cidadãos. Ademais, a consolidação de um modelo coordenado, transparente e adequadamente orientado poderia contribuir também para a redução dos custos financeiros de um processo menos padronizado e com mais fases,⁶⁵ bem como para o combate a práticas de cunho patrimonialista locais e para as inúmeras judicializações⁶⁶ que trazem prejuízos aos cofres públicos.

Neste ponto, é importante registrar que o sistema proposto não tem o objetivo de estatizar os aspectos logísticos e operacionais relativos à prestação dos serviços especializados de aplicação dos testes de certificação, visto que, atualmente, existem no Brasil entidades com *know-how* e credibilidade que atuam no segmento dos concursos públicos. Logo, a proposta é que tais entidades possam ser contratadas, mediante o

⁶⁴ COELHO, F. de S.; MENON, I. de O. A quantas anda a gestão de recursos humanos no setor público brasileiro? Um ensaio a partir das (dis)funções do processo de recrutamento e seleção – os concursos públicos. *Revista do Serviço Público*, v. 69, p. 176, 2018.

⁶⁵ MACÊDO, D. F. de; GOMES, C. M. F.; COSTA, A. C. S.; FINGER, A. B. Análise do concurso público como instrumento de seleção de pessoal no setor público: percepção de um grupo de servidores de instituições federais de ensino superior. *Revista Sociais e Humanas*, v. 29, n. 1, p. 106, 2016.

⁶⁶ CARVALHO, F. L. de L. O controle administrativo dos concursos públicos no direito brasileiro e o papel da advocacia pública. *Revista Internacional Consinter de Direito*, Lisboa, n. 3, p. 192, 2016.

devido procedimento licitatório, para a prestação de serviços logísticos em uma escala nacional e que possam atender, com a certificação, a necessidade dos entes participantes, inclusive dos municípios de pequeno porte, contribuindo, assim, para a melhoria da qualidade dos serviços e para a prevenção de práticas ilícitas nos certames. Além disso, não se objetiva o fim dos cursos ou das outras iniciativas de preparação existentes na chamada indústria dos concursos, mas sim que tais esforços sejam orientados para competências que efetivamente integrem a agenda de necessidades do serviço público nos três níveis federativos.

Em complemento à sistemática de certificação, a proposta também contempla a inserção de outras fases avaliativas de aprofundamento em conhecimentos ou habilidades de cunho prático ou teórico-prático inerentes à atuação específica do cargo, tais como: provas discursivas específicas, provas práticas, simulações, testes psicológicos, provas didáticas, avaliação de títulos etc. Ocorre, no entanto, que uma das questões apontadas pelos estudos revisados perpassa pelo aumento dos custos financeiros na aplicação dessas etapas de aprofundamento em concursos públicos.⁶⁷ Nesse sentido, foi identificado na literatura um estudo de caso de uma universidade pública federal que apontou para a redução dos custos envolvidos na realização do certame com uso de tecnologia em concursos públicos.⁶⁸

A partir de tal achado de pesquisa e considerando o art. 8º do Projeto de Lei nº 2.258/2022, que estabelece a possibilidade de realização de concurso público total ou parcialmente a distância, buscou-se compreender, por meio da pesquisa de campo de cunho exploratório e transversal, o emprego de Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) em concursos públicos para a carreira do Magistério Federal realizados por Instituições Federais de Ensino (IFEs), que constitui uma das carreiras com maior número de servidores pertencente ao serviço público federal.

O instrumento de pesquisa foi encaminhado para 108 (98,18%)⁶⁹ das 110 IFEs existentes no Brasil no momento da pesquisa, sendo 41 (37,96%) Institutos Federais ou Colégios de Aplicação e 67 (62,04%) Universidades Federais. Desse quantitativo, apenas 4 (3,7%) instituições responderam que tal levantamento não deveria ser realizado pela Plataforma Fala.BR ou não encaminharam resposta ao questionário. Logo, 104 (96,29%) instituições responderam à pesquisa, das quais 31 (29,80%) IFEs distribuídos pelas cinco regiões geográficas brasileiras responderam que já realizaram alguma prova, etapa avaliativa ou participação de membro de banca de concurso público para cargos da carreira do Magistério Federal de forma remota, por meio do uso de TIC.

Neste ponto, é importante destacar que tal movimento pode ter sido acelerado pelas restrições decorrentes da pandemia de covid-19, pois antes de tais medidas apenas 3 (três) das 31 (trinta e uma) IFEs responderam que adotavam TIC em alguma etapa do concurso. Quando perguntado sobre o uso das TICs durante as medidas restritivas, 22 (73,3%) adotaram esta medida e, atualmente, após o fim das medidas restritivas, 25

⁶⁷ MACÊDO, D. F. de; GOMES, C. M. F.; COSTA, A. C. S.; FINGER, A. B. *Op. cit.*, p.106.

⁶⁸ JÚNIOR, N.T.; SILVA, F.S.; MENDONÇA, J.C.A.; CINTRA, R.F. A videoconferência na realização de um concurso docente durante a pandemia de covid-19. *Revista Desafio Online*, v. 11, n. 2, p. 346, 2023.

⁶⁹ Não foi encaminhada para as 110 (cento e dez) IFEs, pois no momento da realização da pesquisa a UFNT (2019) e UFR (2018) ainda não estavam cadastradas na Plataforma FalaBr.

(83,3%) informaram que passaram a adotar TIC em seus processos de recrutamento e seleção, o que pode indicar que não foi um movimento que ocorreu somente no momento da pandemia.

Ao tentar compreender as vantagens e desvantagens do uso de TICs nos certames das IFEs, foi apresentado, inicialmente, um quadro com itens expressos sobre vantagens e desvantagens, bem como itens abertos que permitiram aos participantes elencar outras vantagens e desvantagens cujas frequências das respostas apontadas estão consolidadas na Tabela 1.

Tabela 1 – Indicação de vantagens e desvantagens do uso de TIC em certames

	Vantagens	Freq.	Desvantagens	Freq.
Itens fechados expressos no instrumento de pesquisa.	Economia de recursos públicos	23	Aumento do temor de utilização de meios ilícitos na realização do certame	13
	Celeridade no procedimento	15	Não foram identificadas desvantagens	13
	Aumento da quantidade de candidatos inscritos	12	Perda da qualidade do processo de seleção	5
	Redução de impacto ambiental	9	Atrasos no procedimento	2
	Não foram identificadas vantagens	1	Dificuldade de acesso pelos candidatos	2
Redução da quantidade de candidatos inscritos			0	
Contribuições sugeridas em questão aberta	Ampliação do raio de candidatos, alcançando outros estados do Brasil, com profissionais qualificados e com experiências trazidas de outras regiões do Brasil (experiências boas para os alunos e para o grupo de professores regentes) e outros países.	2	Insegurança dos examinadores, candidatos e gestores em relação ao uso das TICs (queda de conexão ou energia, lentidão etc.).	6
	Maior disponibilidade de membros externos participarem da seleção como examinadores, com a redução de deslocamento e de duração do procedimento.	1	Necessidade de uso de materiais para na realização das provas práticas (fórmulas, quadros, instrumentos etc.).	1
	Flexibilidade de agenda, especialmente para lidar com eventuais intercorrências, como indisponibilidade de membros da comissão julgadora.	1	Equívoco dos candidatos que acham que o trabalho será remoto.	1
	Proporciona melhor gestão de controle do processo e de comunicação com a equipe executora e candidatos	1	Aumento no número de publicação de atos (documentos de convocação, cronogramas etc.).	1
	-	-	Isonomia entre os candidatos quanto à ordem de apresentação, por estarem em "sala de espera virtual".	1
	-	-	Ausência de servidores de tecnologia de plantão para suporte.	1
	-	-	Dificuldade em ferramentas/integridade de assinatura digitais.	1

Fonte: Elaborado pelo autor.

Analisando as respostas constantes da Tabela 1, é possível identificar que existem práticas nas IFEs que estão contribuindo para a economia de recursos públicos com o emprego das TICs nos certames de professores, sendo que tais concursos possuem, em sua maioria, além de provas escritas, provas práticas, didáticas e títulos. Nesse sentido, há nesta pesquisa empírica, um achado que merece ser aprofundado, pois evidencia a possibilidade de realização de certames com pluralidade de fases avaliativas aderentes à realidade do cargo e com economia de recursos públicos.

Por outro lado, no campo das desvantagens, a pesquisa evidencia um temor por parte das instituições quanto à lisura e qualidade dos concursos públicos realizados com o emprego de TICs, bem como aponta para a carência de um ambiente virtual que seja seguro, que conte com suporte e que garanta a manutenção do acesso e a possibilidade do gerenciamento de informações durante a realização das provas no caso de eventuais intercorrências.

Os achados da pesquisa empírica indicam que não há por parte das entidades pesquisadas uma compreensão generalizada de aversão ao emprego de TICs em concursos públicos. Na realidade, o que se apura é que, se garantida a lisura, acesso, suporte e segurança, tal iniciativa pode, inclusive, contribuir para o desenvolvimento de uma sistemática que promova a melhoria da qualidade do processo de recrutamento e seleção com economia de recursos na Administração Pública.

Logo, considerando o levantamento de campo e o teor da proposta sugerida neste trabalho, tem-se uma evidência de que é possível o estabelecimento de uma dinâmica de concursos públicos em nível nacional que contemple a realização de etapas avaliativas mais aderentes à atividade prática do cargo a ser aplicada por meio do uso de TICs para um conjunto de candidatos que obtiverem as maiores notas na prova escrita da respectiva área de certificação.

No que concerne às provas realizadas por meio de TICs, para mitigar o receio de utilização de meios ilícitos na realização do certame, sugere-se que os candidatos realizem tal etapa nos centros de informática/tecnologia já existentes nas IFEs. Por meio da requalificação e modernização desses espaços, as provas podem ser aplicadas simultaneamente, de forma segura, descentralizada e com economia de recursos públicos, em todo o território nacional, uma vez que em um raio de 50 km, em torno dos *campi* de 62 (sessenta e duas) Universidades Federais, estão abrangidos 2.734 municípios e um contingente populacional estimado em 120.007.117 pessoas de acordo com o Censo de 2010.⁷⁰ Neste ponto, salienta-se que a descentralização na aplicação desta etapa pode, inclusive, reduzir os custos para os candidatos e viabilizar a participação daqueles que não possuem condições financeiras para arcar com longas viagens e hospedagem.

Conclusão

A proposta é norteada pela adoção de uma sistemática que preserve a impessoalidade, a oportunidade de acesso e a seleção dos melhores profissionais. Almeja-se contemplar as demandas da população e incentivar a melhoria do procedimento,

⁷⁰ Observatório do Litoral Paranaense, Bochicchio, R. DADOS GEORREFERENCIADOS DOS CAMPI DAS UNIVERSIDADES FEDERAIS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DA INFORMAÇÃO PELO FORCAMP. I.

não apenas no âmbito federal ou estadual, mas de forma integrada com os pequenos municípios, que, em muitos casos, não dispõem de estrutura administrativa e orçamentária necessária à construção de uma política contínua e adequada de concursos públicos.

Ademais, em uma análise comparada, tem-se que a utilização de TICs no processo de recrutamento e seleção alinha-se ao que é realizado em outros países, cujos estudos evidenciam a economia de recursos públicos⁷¹ e apontam, inclusive, para benefícios em momentos de crise.⁷² Além disso, a abordagem encontra-se conectada à realidade nacional, às características dos concursos públicos realizados no Brasil e pode favorecer projeto de racionalização de carreiras no setor público.

A construção da proposta buscou analisar a problemática existente no campo, que é envolta por uma crença generalizada de meritocracia do procedimento, pela existência de uma indústria que movimentava vultosos valores e pelo elevado nível de judicialização. A partir de tais elementos, propõe-se o realinhamento dessa realidade com o objetivo de trazer mais eficiência, eficácia e efetividade ao concurso público, consolidando-o como um instrumento impessoal de seleção que conecta as competências dos candidatos às reais necessidades da população a serem atendidas pelos seus servidores.

Por fim, cumpre salientar que o modelo em tela se encontra em harmonia com o teor do art. 37 da Constituição Federal de 1988, visto que não está propondo o fim dos concursos públicos ou dispensando a aplicação de provas ou de provas e títulos. Além disso, a metodologia de prova de certificação conjugada com a realização de outras etapas avaliativas aplicada com o apoio das TICs possui alinhamento com o teor do art. 8º do Projeto de Lei nº 2.258/2022 e aderência às transformações oportunizadas pelo mundo digital por meio da utilização da infraestrutura já instalada nas IFEs distribuídas em todo o território brasileiro.

Referências

ASSIS, L. G. C.; RIBEIRO, C. V. S. Foi aprovado em concurso público. E agora? *Cadernos de psicologia social do trabalho*, v. 20, n. 2, p. 159-172, 2017. DOI: 10.11606/issn.1981-0490.v20i2p159-172.

BARBOSA, M. B.; SILVEIRA-MARTINS, E. Concursos Públicos Docentes em uma Universidade Federal: Proposta de Melhorias em Software. *Revista de Administração Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 443-465, 2018. DOI: 10.1590/1982-7849rac2018170190.

BRAGA, P.A. *et al.* Formação de Banca para Concurso Docente e os Princípios da Administração Pública. *Administração Pública e Gestão Social*, v. 15, n. 2, 2023. DOI: 10.21118/apgs.v15i3.14409.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: jun. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2258, de 9 de agosto de 2022. Dispõe sobre as normas gerais relativas a concursos públicos. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/hpsenado> Acesso em: jun. 2023.

⁷¹ HAN, Y.; ZHANG, J.; HUANG, S. China's civil service adopts e-HRM... up to a point: most offices blend paper-based and electronic systems. *Human Resource Management International Digest*, v. 21 n. 4, p. 33, 2013. <https://doi.org/10.1108/HRMID-04-2013-0022>.

⁷² LLORENS, J. J. A Model of Public Sector E-Recruitment Adoption in a Time of Hyper Technological Change. *Review of Public Personnel Administration*, v. 31, n. 4, p. 420, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0734371X11421498>.

CARVALHO, F. L. de L. O controle administrativo dos concursos públicos no direito brasileiro e o papel da advocacia pública. *Revista Internacional Consinter de Direito*, Lisboa, n. 3, p. 183-203, 2016. DOI: 10.19135/revista.consinter.00003.00.

CASTELAR, I.; VELOSO, A. A.; FERREIRA, R. T. *et al.* Uma análise dos determinantes de desempenho em concurso público, *Economia aplicada*, v. 14, n. 1, p. 81-98, 2010. DOI: 10.1590/S1413-80502010000100006.

COELHO, F. de S., MENON, I. de O. A quantas anda a gestão de recursos humanos no setor público brasileiro? Um ensaio a partir das (dis)funções do processo de recrutamento e seleção - os concursos públicos. *Revista do Serviço Público*, v. 69, p. 151-180, 2018. DOI: 10.21874/rsp.v69i0.3497.

CONTI, K. C.; STARLING, C.; Y TORISU, E. M. Narrativas de recém-doutores no magistério superior. *Uni-pluriversidad*, v. 18, n. 2, p. 14-28, 2018. DOI: 10.17533/udea.unipluri.18.2.02.

FEITOSA, G. R. P., PASSOS, D. V. S. O concurso público e as novas competências para o exercício da magistratura: uma análise do atual modelo de seleção. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 131, 2017. DOI: 10.5007/2177-7055.2017v38n76p127.

FONTAINHA, F.C. Interação Estratégica e Concursos Públicos: Uma Etnografia do Concurso da Magistratura Francesa. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 58, n. 2, p. 1057-1098, 2015. DOI: 10.1590/00115258201566.

HAN, Y.; ZHANG, J.; HUANG, S. China's civil service adopts e-HRM... up to a point: most offices blend paper-based and electronic systems. *Human Resource Management International Digest*, v. 21, n. 4, p. 33-34, 2013. DOI: 10.1108/HRMID-04-2013-0022.

HERNÁNDEZ GUIJARRO, F. Los principios jurídicos como límite a la discrecionalidad técnica en los concursos públicos de personal. *Revista digital de derecho administrativo*, n. 25, p. 405-425, 2021. DOI: 10.18601/21452946.n25.13.

JESUS, N. A. T. de. O direito subjetivo à nomeação dos concursados aprovados e os limites de despesas com pessoal. *Espaço Jurídico*, v. 10, n. 2, 2010.

JÚNIOR, N.T.; SILVA, F.S.; MENDONÇA, J.C.A.; CINTRA, R.F. A videoconferência na realização de um concurso docente durante a pandemia de covid-19. *Revista Desafio Online*, v. 11, n. 2, p. 334-352, 2023.

KIM, S.; O'CONNOR, J. G. Assessing Electronic Recruitment Implementation in State Governments: Issues and Challenges. *Public Personnel Management*, v. 38, n. 1, p. 47-66, 2009. DOI: 10.1177/009102600903800104.

KOGA, N. M. Gestão de pessoas na administração pública japonesa. *Revista do Serviço Público*, v. 58, n. 1, p. 97-106, 2014. DOI: 10.21874/rsp.v58i1.165.

LLORENS, J. J. A Model of Public Sector E-Recruitment Adoption in a Time of Hyper Technological Change. *Review of Public Personnel Administration*, v. 31, n. 4, p. 410-423, 2011. DOI: 10.1177/0734371X11421498.

LOBATO, F. H. Mercado das viagens para concursos públicos no Brasil: perfil e experiências de concurseiros. *Revista Brasileira de Pesquisa em Turismo*, São Paulo, n. 17, p. 1-21, 2023. DOI: 10.7784/rbtur.v17i2690.

LOBATO, F.H.S.; ALBERTO, D.P.S. O estudo é com você, a viagem é com a gente: As agências de turismo especializadas em viagens a concursos públicos no Brasil. *Turismo: Visão e Ação (TVA)*, v. 21, n. 2, p. 82-101. DOI: 10.14210/rtva.v21n2.p82-101.

LYRA JUNIOR, R. P. Cadastro Reserva em Certames Públicos: Mera Discricionariedade ou Vinculação Administrativa? *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, Fortaleza, v. 9, n. 2, p. 139-148, 2011. DOI: 10.32586/rcda.v9i2.140.

MACÊDO, D. F. de; GOMES, C. M. F.; COSTA, A. C. S.; FINGER, A. B. Análise do concurso público como instrumento de seleção de pessoal no setor público: percepção de um grupo de servidores de instituições federais de ensino superior. *Revista Sociais e Humanas*, v. 29, n. 1, p. 92-110, 2016. DOI: 10.5902/2317175820898.

MAIA, B. O adestramento para o estado: tradição de conhecimento e técnicas de aprendizado entre candidatos ao serviço público no Brasil. *Anuário Antropológico*, v. 46, n. 1, 2021. DOI: 10.4000/aa.7691.

MAIA, B. Virando estado. O processo de sujeição burocrática entre candidatos ao serviço público no Brasil. *Runa*, Buenos Aires, v. 41, n. 2, 2020. DOI: 10.34096/runa.v41i2.7271.

MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Grupo GEN, p.327, 2014. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/>. Acesso em: 27 jun. 2023.

OBSERVATÓRIO DO LITORAL PARANAENSE, Bochicchio, R. DADOS GEORREFERENCIADOS DOS CAMPI DAS UNIVERSIDADES FEDERAIS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DA INFORMAÇÃO PELO FORCAMPÍ.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Avaliação da Gestão de Recursos Humanos no Governo – Relatório da OCDE*, Brasília, DF, 2010. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/avaliacao-da-gestao-derecursos-humanos-no-governo-relatorio-da-ocde-brasil_9789264086098-pt. Acesso em: 13 jul. 2023.

OLIVEIRA, A. B. da S.; CASTRO JUNIOR, J. de L. P.; MONTALVÃO, S. de S. O mito da meritocracia: academicismo e falhas metodológicas nos concursos públicos brasileiros. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 6, p. 694-720, 2022. DOI: 10.1590/0034-761220220150.

PACHECO, R. S. Política de recursos humanos para a reforma gerencial: realizações do período 1995-2002. *Revista do Serviço Público*, v. 53, n. 54, 2002, p. 79-106. DOI: 10.21874/rsp.v53i4.295.

PAGE, M. J.; MCKENZIE J. E.; BOSSUYT, P. M.; BOUTRON, I.; HOFFMANN, T. C.; MULROW, C. D. *et al.* The PRISMA 2020 statement: an updated guideline for reporting systematic reviews. *The BMJ*, v. 372, n. 7, 2021. DOI: 10.1136/bmj.n71.

PEREIRA, R. B. Expansão universitária e mercado de trabalho: consequências no campo do Direito. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 49, n. 171, p. 34-58, 2019.

RABELO, L.F. Na era da expertise: formação e qualificação dos servidores públicos durante a Segunda Guerra Mundial. *Revista Mundos do Trabalho*, Florianópolis, v. 11, p. 1-21, 2019. DOI: 10.5007/1984-9222.2019.e66821.

RIBEIRO, C. V. dos S., MANCEBO, D. Concurso público, uma alternativa sensata frente às turbulências do mundo do trabalho? *Trabalho & Educação*, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 145-156, 2010.

SADDY, André. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 1. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

SILVA, M. M. Redes de relações sociais e acesso ao emprego entre os jovens: o discurso da meritocracia em questão. *Educação & Sociedade*, v. 110, p. 243-260, 2010.

SILVEIRA, L.S.; LEAL, F.; BÚRIGO, C.C.D. Dilemas morais e decisões éticas em tempos de pandemia da Covid-19: Desafios da área de desenvolvimento e gestão de pessoas de uma universidade pública brasileira. *Teoria e Prática em Administração*, v. 12, n. 1, 2021. DOI: 10.22478/ufpb.2238-104X.2022v12n1.61402.

SIQUEIRA, E. S. *et al.* Seleção de Docentes em Universidades Federais: uma análise dos regulamentos. *Ensaio*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 77, p. 725-748, 2012. DOI: 10.1590/S0104-40362012000400006.

SOUZA, A.L.G.; FREITA, E. A governança educacional no contexto dos concursos públicos no Distrito Federal. *Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*, v. 7, n. 27, p. 4-16, 2016.

SOUZA, C. Modernização do Estado e construção de capacidade burocrática para a implementação de políticas federalizadas. *Revista de Administração Pública*, v. 51, n. 1, p. 27-45, 2017.

THADEU, S. H.; FERREIRA, M. C.; FAIAD, C. A avaliação psicológica em processos seletivos no contexto da segurança pública. *Aval. psicol.*, Itatiba, v. 11, n. 2, p. 229-238, 2012.

VERZOLA, F. C. Aspectos relevantes sobre os testes de aptidão física: legalidade, pertinência, casos fortuitos, circunstâncias pessoais, execução em condições adversas e gravidez. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 92, n. 2, p. 183-208, 2020.

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

SANTOS, Rafael Lucas da Silva. Concurso público e o mundo digital: proposta de uma nova sistemática nacionalmente integrada de recrutamento e seleção. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 633-654. ISBN 978-65-5518-820-2.

PARTE III

COMUNICADOS CIENTÍFICOS
APRESENTADOS

CONTRATOS DE GESTÃO EM SAÚDE E O LIMITE DE DESPESA COM PESSOAL: UMA ANÁLISE À LUZ DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RENATA HELLWIG FERREIRA

Resumo: O presente trabalho visa identificar o modelo negocial aplicável à participação complementar por entidades do Terceiro Setor no Sistema Público de Saúde, bem como se o repasse deve ser contabilizado como despesa com pessoal, sobretudo a partir dos julgados do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, pretende-se estabelecer as categorias fundamentais da pesquisa, a saber: a) a estruturação da saúde pública no Brasil, desde a perspectiva constitucional até a organização como Sistema Único de Saúde, nele se analisando a participação privada complementar; b) compreender os contratos de gestão com organizações sociais como o instrumento apto a formalizar a participação no âmbito do SUS, a partir da análise de julgado selecionado do STF (ADI nº 1.923), corroborado pelo TCU; c) analisar, a partir de critérios legais e julgados, se os repasses do Estado às OSs nos contratos de gestão devem ser contabilizados como despesa de pessoal (ADI nº 5.598). Com isso, busca-se alcançar a hipótese de que a participação complementar do Terceiro Setor no serviço público de saúde municipal deve ser realizada mediante contrato de gestão com as organizações sociais que se caracterizam como terceirizações passíveis de contabilização como despesa de pessoal, conforme a legislação vigente e os julgados do Supremo Tribunal Federal, além do TCU sobre a matéria. No que se refere ao método de abordagem, é o hipotético-dedutivo, pelo qual se pretende, a partir da pesquisa, inclusive jurisprudencial, confirmar a hipótese trabalhada.

Palavras-chave: Saúde pública. Contratos de gestão. Despesa com pessoal. Julgados do Supremo Tribunal Federal.

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.

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. Belo Horizonte: 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. Contratos de gestão em saúde e o limite de despesa com pessoal: uma análise à luz dos julgados do Supremo Tribunal Federal. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 657-658. ISBN 978-65-5518-820-2.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ENTENDIMENTO SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

MARIANA BUENO RESENDE

Resumo: As temáticas da natureza jurídica das decisões dos tribunais de contas e da extensão da atuação desses órgãos são alvo de diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. A ausência de atribuição de competência jurisdicional aos órgãos de controle cujas decisões são, no entendimento de muitos autores, apenas administrativas e a evolução da previsão sobre o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro têm levado a discussões acerca da possibilidade de realização, por esses órgãos, de controle de constitucionalidade das normas. Em 1963, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 347, que reconhecia a competência para apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público pelos tribunais de contas. Dessa forma, por muito tempo, foi conferida aos tribunais de contas a competência para o controle incidental de constitucionalidade de lei ou ato normativo. Contudo, em decisões mais atuais, a Suprema Corte tem manifestado o entendimento de que a súmula teria sido revogada (nesse sentido, as decisões nos mandados de segurança n. 35.824 e 35.410, ambos da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes e no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1352673, da relatoria do Ministro Roberto Barroso), levando a crer que a matéria seria tratada de forma diferente sob interpretação da Constituição da República de 1988. Contudo, em recente decisão no âmbito do Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 25888, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi reconhecido aos tribunais de contas o dever de zelar pela Constituição, sobretudo diante de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria sob sua análise. Nesse cenário, o presente estudo pretende, por meio de pesquisa teórica baseada em fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas, verificar a existência ou não de limites à competência dos tribunais de contas para analisar a constitucionalidade de leis nos casos concretos submetidos à sua apreciação e compreender a evolução dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. A princípio, entendemos que a competência

consagrada pela Súmula 347 permanece mesmo na vigência da atual Constituição. No entanto, aparentemente, a Suprema Corte objetivou permitir o controle difuso de constitucionalidade no âmbito da atuação dos tribunais de contas restrito às temáticas já decididas pelo Poder Judiciário, o que, na prática, representaria redução dos poderes atribuídos aos órgãos de controle.

Palavras-chave: Tribunais de contas. Competências. Supremo Tribunal Federal. Controle de constitucionalidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Poder executivo – Lei inconstitucional – Descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, p. 387-397, 1990. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46278>. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Interesse Público – IP*, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002. Disponível em: www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/133/1893. Acesso em: 25 abr. 2023.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JAYME, Fernando G. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 4, out./nov./dez. 2002. Disponível em: <https://revista2.tce.mg.gov.br/2002/04/-sumario9bdb.html?next=5>. Acesso em: 22 maio 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 4, dez. 2005/jan. fev. 2006. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=79. Acesso em: 18 maio 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIANA, Ismar. *Fundamentos do processo de controle externo: uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos tribunais de contas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

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

RESENDE, Mariana Bueno. Supremo Tribunal Federal e o entendimento sobre o controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 659-660. ISBN 978-65-5518-820-2.

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E SUAS INOVAÇÕES: DIFICULDADES E DESIGUALDADES A SEREM ENFRENTADAS NO ÂMBITO MUNICIPAL E POSSIBILIDADES DE INTERPRETAÇÃO

SÂMELA CRISTINA DE SOUZA

Resumo: O objetivo do presente trabalho é identificar as inovações mais impactantes trazidas pela Lei nº 14.133/2021 para a atuação das Administrações Públicas Municipais e analisar a constitucionalidade e possibilidades de interpretação das mesmas. Para tanto, o método escolhido será bibliográfico. Boa parte das disposições contidas na nova legislação de licitações e contratos regulamentou o que já era posicionamento dos órgãos de controle, principalmente do Tribunal de Contas da União e algumas orientações doutrinárias. Ocorre que, em outras disposições, a Lei nº 14.133/21 regulamentou aspectos que dizem respeito à organização da Administração ou ainda que tocam situações mais caras aos Municípios, como as adesões municipais. Se a execução de tais normas postas para a União pode parecer algo fácil para os Municípios, a realidade encontrada pode ser bem diferente. Isso porque a extensão territorial brasileira já nos indica a desigualdade existente entre União, Estados, Municípios e mais ainda entre municípios de grande, médio e pequeno porte. Logo, parece-nos razoável a aplicação da máxima da isonomia, tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades, ou, melhor, que a interpretação de tais normas revele a isonomia. Ocorre que em muitos casos a legislação não parece ter deixado margem para o atendimento de tais desigualdades, permitindo uma regulamentação municipal adequada, ficando então os Municípios, principalmente os de menor porte, à mercê da forma que os órgãos de controle irão interpretar a nova legislação ou estariam estes autorizados a interpretá-las de maneira mais adequada a suas realidades. Como inovações mais impactantes à atuação municipal pode-se citar a exigência contida na Lei nº 14.133, de que o agente de contratação seja servidor efetivo, a possível vedação de adesão de atas municipais, a obrigatoriedade do estudo técnico preliminar como regra ainda que para contratações rotineiras e de objetos comuns ou ainda a exigência de processo eletrônico. Tais previsões inclusive já

foram objeto de consultas a órgãos de controle e não foi possível identificar uma única linha argumentativa ou fundamento teórico a ser utilizado por estes, o que exige da academia grande esforço para possibilitar que a legislação seja cumprida sem que fira princípios fundamentais e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Licitação. Municípios. Adesão a ata. Agente de contratação. Federalismo.

Referências

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Por um “giro hermenêutico” no direito administrativo de estados e municípios. *Consultor Jurídico*, set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-16/victor-amorim-visao-nacional-compras-publicas> Acesso em: 1 ago. 2023.

BARBOSA, Janderson da Costa; KHOURY, Nicola Espinheira da Costa; MACIEL, Francismary Souza Pimenta. Aspectos hermenêuticos da nova Lei de Licitações e Contratos administrativos. *Revista TCU*, jan./jun. 2021.

BARBOSA, Janderson da Costa. Uma teoria hermenêutica para a gestão pública do século XXI. In: DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; GUEDES, Jefferson Carlos Carús (org.). *Hermenêutica do Direito e processo administrativo: fundamentos do processo administrativo contemporâneo*. Curitiba: CRV, 2021.

BERCOVICI, Gilberto. O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece. In: TELLES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 77-90

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEDRA, Anderson Sant’Ana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de; AMORIM, Victor. *O projeto da nova lei de licitações e a espada de Dâmocles: sanção versus veto e uma tentativa de contribuição ao PL nº 4.253/2020*. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/01/Anderson-Rafael-e-Victor-sugestoes-de-veto-ao-PL-no-4.253-2020.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2023.

PEDRA, Anderson Sant’Ana; ALVES, Alexandre Nogueira. O senado federal, a competência legislativa concorrente e os interesses dos governos estaduais no processo legislativo: normas gerais versus normas específicas numa federação. In: BATISTA JR., Onofre Alves. *O federalismo na visão dos estados*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

SANTOS, André Filipe Pereira Reid. *Direito e profissões jurídicas no Brasil após 1988: expansão, competição, identidades e desigualdades*. Tese (Doutorado em Sociologia e Antropologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

SUNFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

SOUZA, Sâmela Cristina de. A Nova Lei de Licitações e suas inovações: dificuldades e desigualdades a serem enfrentadas no âmbito municipal e possibilidades de interpretação. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 661-662. ISBN 978-65-5518-820-2.

A SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE FOMENTO CULTURAL: LEI ALDIR BLANC

THAMARA MADEIRO MELO

Resumo: Investiga-se a aplicação da segurança jurídica nas relações de fomento entre Administração Pública e Agente Cultural na execução de Políticas Públicas Culturais, a partir da análise dos editais estaduais de 2020 financiados pela Lei Aldir Blanc, repasse fundo a fundo no âmbito cultural inédito até então ocorrido em um cenário de ausência de uma norma geral sobre o fomento à cultura no país, causando divergências e contradições na gestão pública. A delimitação da segurança jurídica parte de inversão da perspectiva do elemento de cognoscibilidade em relação ao direito, para uma perspectiva de quem a lei conhece. Tem como marco teórico o dever constitucional do Estado em promover e garantir os direitos fundamentais culturais, utilizando instrumentos administrativos adequados para a maximização das políticas públicas. A pesquisa exploratória tem como objetivos: sistematizar a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais culturais e dever de atuação sistêmica dos entes federativos na execução de políticas públicas de cultura; o delineamento da segurança jurídica, em seus elementos de cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade, aplicado ao modelo de Estado Social; análise dos editais estaduais em modalidade de incentivo, objeto, instrumento jurídico utilizado para celebrar a relação de fomento, fundamento legal da modalidade de incentivo e de seu instrumento jurídico, visando compreender quem a lei entende como agente cultural; e, por fim, comparativo dos dados anteriores com os instrumentos jurídicos, fundamentos legais e agentes culturais assistidos pelas regras gerais dos mecanismos de fomento do sistema de financiamento à cultura, normatizado por meio do Decreto nº 11.453/2023. Como resultado parcial, a segurança jurídica aplicada ao modelo de Estado Social tem ajustes em seus elementos formativos, em relação aos conhecimentos de alternativas normativas diversas para solucionar as incumbências dos entes federados, os quais interferem na rigidez ou simplificação das regras utilizadas, bem como de quem a lei conhece como beneficiário. Ocorre também ajuste na calculabilidade das consequências geradas pela escolha normativa ao caso. Em análise preliminar é possível indicar que há editais estaduais sem a disposição de lei local específica de fomento à cultura; com fundamentação na Lei nº 8.666; sem fundamentação legal do instrumento utilizado; com indicação da modalidade de premiação com e sem prestação de contas; indicação

de agentes culturais como prestadores de serviços. Cenário que aparenta uma restrição a uma parcela do amplo e plural conceito de agente cultural e à efetivação dos direitos fundamentais culturais.

Palavras-chave: Fomento cultural. Lei Aldir Blanc. Políticas públicas de cultura. Segurança jurídica. Tutela administrativa efetiva.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARBALHO, Alexandre. *Cultura e Democracia*. Org. Flávia Lages de Castro e Luiz Augusto Fernando Rodrigues. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARBALHO, Alexandre Almeida. O Segundo Tempo da Institucionalização: o sistema nacional de cultura no governo Dilma. In: RUBIM, Antonio Albino Canelas; BARBALHO, Alexandre; CALABRE, Lia (org.). *Políticas culturais no governo Dilma*. Bahia: Edufba, 2015. p. 49-68.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 133, n. 34, p. 89-98, jan. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF>.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de. Novas perspectivas para o Direito Administrativo – a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 7, n. 30, p. 109, 2007.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Teoria dos Direitos Culturais: fundamentos e finalidades*. São Paulo: Edições SESC São Paulo, 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese – Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2014.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento*. Curitiba: Editora Íthala, 2019.

SILVA, Frederico Augusto Barbosa da; ZIVIAN, Paula. *CULTURA. Políticas sociais: acompanhamento e análise*, Brasília, n. 28, p. 1-33, 2022.

VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. Contra Corrente, 2015.

RUBIM, Antonio Albino Canelas. Financiamento e fomento à cultura no Brasil: dimensões nacionais e estaduais. In: MARTINS, Moisés de Lemos; MACEDO, Isabel (org.). *Políticas da língua, da comunicação e da cultura no espaço lusófono*. Minho: Húmus | CECS, 2019. p. 129-154.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 347-374, 2017. DOI: 10.48143/rdai/01.cabm. Disponível em: <https://www.r dai.com.br/index.php/rdai/article/view/122>.

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

MELO, Tamara Madeiro. A segurança jurídica nas relações de fomento cultural: Lei Aldir Blanc. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 663-664. ISBN 978-65-5518-820-2.

DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS: A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO

LUCIANA LAURINDO BERGO

Resumo: O presente estudo propõe uma análise da função social dos contratos de concessão no setor de saneamento básico como instrumento de efetivação de direitos sociais. Com o advento da Emenda Constitucional nº 108, de 2020, em que foi acrescentado o artigo 193, que prevê o Estado como responsável pelo planejamento das políticas sociais, o que deixou clara a conexão entre o Direito e as políticas públicas. Nesse sentido, verifica-se que sobre o Estado recaem as funções de alocar recursos públicos, aqui entendidos como recursos financeiros, humanos e materiais, para identificar o problema social, inseri-lo na agenda de governo, planejar e coordenar a Administração Pública para execução da política pública com a finalidade de atender a coletividade. No entanto, sabe-se que os recursos financeiros do Estado são escassos e os gestores precisam ser criativos na solução dos problemas sociais. Posto isso, apontamos a atividade contratual do Estado, não apenas como instrumento para a delegação a particulares da prestação de serviços públicos, mas também como meio para implementação de políticas públicas. Dentre as demandas sociais e de infraestrutura da sociedade brasileira atual, destacamos o setor de saneamento básico, que, em virtude de uma trajetória de descontinuidade de investimentos e de vazios institucionais, fracassou em oferecer serviços eficientes de abastecimento de água e esgotamento sanitário à população, principalmente aos mais vulneráveis. Considerando a promulgação da Lei nº 14.026/2020, conhecida como o novo marco legal do saneamento básico, que traz em seu texto o desenho de políticas públicas para o setor, analisamos alguns contratos de concessão celebrados após o advento do marco legal. Assim, analisamos o teor dos contratos de concessão dos Estados do Rio de Janeiro, do Amapá e de Alagoas para verificar se houve a inserção de cláusulas sociais com a finalidade de cumprir a função social. Também foi realizada pesquisa bibliográfica sobre políticas públicas, contratos administrativos e saneamento básico, bem como análise de dados do Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS), do Instituto Trata Brasil e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Diante do exposto, verificamos que o cumprimento da função social dos contratos de concessão

de abastecimento de água e de esgotamento sanitário celebrados após a publicação da Lei nº 14.026/2020 traz, de forma tímida, políticas públicas já previstas no ordenamento jurídico, isto é, a utilização dos contratos públicos, na modalidade de concessão, como meio de efetivação de direitos sociais, principalmente em relação aos mais vulneráveis, ainda é pouco utilizada pelos gestores públicos, podendo ainda ser uma possibilidade de efetivação de direitos.

Palavras-chave: Política pública. Contratos públicos. Direitos sociais. Saneamento básico. Função social.

Referências

BRASIL. Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS – 2022, Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/snis/painel>. Acesso em: 25 jan. 2023.

BREUS, Thiago Lima. A realização de finalidades acessórias, transversais e/ou horizontais na contratação pública contemporânea. *Revista de Contratos Públicos* – RCP, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 173-196, set./fev. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas*. Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

COUTINHO, Diogo. R. *O direito nas políticas públicas*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5066889/mod_resource/content/1/1.2.%20O%20direito%20nas%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20-%20Diogo%20Coutinho.pdf.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Nova Regulação do saneamento básico: da regulação local às normas de referência. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil* (de acordo com a Lei n. 14.026/2020 e respectiva regulamentação). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 145-166.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de serviços públicos (concessões, parcerias, permissões e autorizações)*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

OLIVEIRA, José Carlos. O processo de contratação das empresas: licitações e contratos. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto et al. *Novo Marco do Saneamento no Brasil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e Políticas Públicas: Dois Mundos. In: *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

VALLE, Vivian Cristina Lima Lopes; RODELLI, Luis Felipe de Lima. Contratos Administrativos e Políticas Públicas: a Era do Estado Contratualizado. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo, n. 18, ano 6, p. 21-40, jul./set. 2021. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/bitstream/tjdft/51188/1/Contratos%20administrativos.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2023.

VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. *La implementación de las políticas públicas*. México: Miguel Angel Porrúa, 2006; ISBN: 968-842-321-1.

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

BERGO, Luciana Laurindo. Direito e políticas públicas: a função social do contrato administrativo no setor de saneamento básico. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 665-666. ISBN 978-65-5518-820-2.

A TRANSPARÊNCIA E O DIREITO DE ACESSO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE INTERSECÇÕES ENTRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) E A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (LAI)

RAFAELLA NÁTALY FÁCIO

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar a transparência e o direito de acesso no tratamento de dados pessoais a partir de considerações sobre as intersecções entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI). O procedimento metodológico utilizado combinou as seguintes técnicas: raciocínio dedutivo, pesquisa qualitativa e revisão bibliográfica. As conclusões foram as seguintes: (1) Transparência, acesso e *accountability* no tratamento de dados pessoais têm elevada importância, seja porque não é possível interromper o fluxo informacional, mas apenas adequá-lo, tornando-o transparente, seja porque esses são os antídotos aos diversos riscos inerentes à atividade de tratamento desenvolvida pelo Estado. (2) Para a efetivação do direito de acesso aos dados tratados pelo Estado, foram feitas proposições a respeito da abrangência do escopo do direito de acesso, bem como sobre possíveis modulações do direito, de modo a manter a sua efetividade mesmo em casos de restrição. (3) Para que a LGPD não seja inadequadamente invocada como forma de restrição ao acesso às informações públicas determinado pela LAI, defendeu-se a necessidade de interpretação de ambas as legislações de acordo com seu ponto de convergência, bem como a utilização de critério adequado para selecionar e equilibrar os interesses em conflito.

Palavras-chave: Tratamento de dados pessoais pelo Estado. Proteção de dados pessoais. Direito de acesso. Transparência. *Accountability*.

Referências

BIONI, Bruno Ricardo; SILVA, Paula Guedes Fernandes da; MARTINS, Pedro Bastos Lobo. Intersecções e relações entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI): análise contextual pela lente do direito de acesso. *Cadernos Técnicos da CGU*, Brasília, v. 1, p. 8-19, 2022.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; VIOLA, Mario. Proteção de dados pessoais como limite ao acesso à informação e seu tratamento posterior. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (coord.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 117-131.

FORTINI, Cristiana; AMARAL, Greycielle; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. LGPD X LAI: sintonia ou antagonismo? In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados no Setor Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Versão *ebook* sem paginação, capítulo 6.

LYON, David. Surveillance after September 11, 2001. In: BALL, Kirstie; WEBSTER, Frank (ed.). *The Intensification of Surveillance: Crime, Terrorism and Warfare in the Information Age*. London: Pluto Press, 2003, p. 16-25.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: technology, policy, and the integrity of social life*. Stanford: Stanford Law Books, 2009.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 117-137, set./dez. 2020.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Versão *e-book*.

VÉLIZ, Carissa. *Privacy is Power: why and how you should take back control of your data*. London: Bantam Press, 2020.

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

FÁCIO, Rafaella Nátaly. A transparência e o direito de acesso no tratamento de dados pessoais: considerações sobre intersecções entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI). In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 667-668. ISBN 978-65-5518-820-2.

OS DESAFIOS DOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE ANTE A IMPLANTAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI Nº 14.133/2021)

ANDERSON BRUNO DA SILVA OLIVEIRA

Resumo: A pesquisa se propõe estudar o ambiente de implantação da Nova Lei de Licitações e Contratos em municípios de pequeno porte (municípios com menos de 30 mil habitantes), onde resolvemos delimitar o espaço de pesquisa geograficamente localizado no Litoral Sul de Pernambuco, sendo os municípios estudados: São José da Coroa Grande, Barreiros, Tamandaré, Rio Formoso, Sirinhaém e Gameleira. A pesquisa está se atendo a três pilares que diagnosticamos, sendo os principais desafios dos municípios: (1) a segregação de funções; (2) o planejamento licitatório; e (3) o processo de regulamentação interno da nova Lei de Licitações e Contratos. No constante à metodologia da pesquisa, estamos usando instrumentos tecnológicos para aferição de dados qualitativos e quantitativos, formulados e encaminhados às Prefeituras por meio eletrônico usando o *Google Forms*, este evento sendo intermediado pelo Consórcio de Prefeituras da Mata Sul-PE. Parcialmente, já podemos notar a precariedade nos seguintes pontos: (1) ausência de legislação para a criação de novos cargos, objetivando a aplicabilidade do princípio da segregação de funções; (2) ausência da elaboração do Plano de Contratação Anual e sua devida regulamentação, sendo ainda um instrumento pouco conhecido das Administrações Públicas Municipais pesquisadas; e, por fim, (3) a pouca ou nenhuma regulamentação da Nova Lei de Licitações e Contratos, isto na sua maioria pela incerteza de qual o instrumento de regulamentação deve ser feito optando muitas das vezes pela guarida do dispositivo legal constante da NLLC, no art. 187, que permite a aplicação de regulamentação da União pelos Municípios, Estados e Distrito Federal, o que *a priori* pode configurar a criação de anacronismos legais.

Palavras-chave: Licitação. Municípios. Regulamentação. Planejamento. Administração.

Referências

CARDOSO, Lindineide Oliveira. *Contratos Administrativos na Nova Lei de Licitações e Contratos – Teoria e Prática*. São Paulo: Juspodivm, 2023.

CARVALHO, Matheus; OLIVEIRA, João Paulo; ROCHA, Paulo Germano. *Nova Lei de Licitações Comentada e Comparada*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei nº 14.133 de abril de 2021*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PALAVÉRI, Marcelo. *Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas para Municípios – V. 1 e 2*. Leme: Mizuno, 2023.

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

OLIVEIRA, Anderson Bruno da Silva. Os desafios dos municípios de pequeno porte ante a implantação da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021). In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 669-670. ISBN 978-65-5518-820-2.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E INTERAÇÕES POLÍTICAS: A NECESSÁRIA RENOVAÇÃO DA DOGMÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

LUZARDO FARIA

Resumo: A consensualidade é um fenômeno que tem impactado fortemente o Direito Administrativo nos últimos anos, impondo desafios à Administração Pública que a dogmática tradicional do Direito Administrativo não é capaz de resolver adequadamente. Os acordos administrativos são forjados em relações envoltas em uma série de interações políticas que atingem a Administração Pública e que problematizam uma série de noções do regime jurídico-administrativo tradicional, como interesse público, discricionariedade, publicidade, impessoalidade e isonomia, por exemplo. A dogmática do Direito Administrativo desenvolveu-se com base em dois marcos fundamentais: o formalismo jurídico, oriundo do positivismo, e o neoconstitucionalismo, propagado após a Constituição de 1988. No marco do formalismo, a dogmática limita-se a descrever e explicar o conteúdo do Direito vigente, sem questionar sua legitimação ou justificação, pressupondo uma rígida separação entre Direito e Política. Por outro lado, a Constituição de 1988 estreitou as relações entre Direito e Política no Brasil, parecendo deixar no passado a rígida separação entre esses temas intentados pelo formalismo jurídico. Calcada nesse novo paradigma, a dogmática jurídica pós-88 passou a se desenvolver com os olhos voltados à efetividade das normas constitucionais e à aplicação do pós-positivismo, o que acabou por gerar o ativismo judicial e a excessiva judicialização das decisões administrativas. O trabalho volta-se contra a ideia de que a dogmática do Direito Administrativo, principalmente aquela forjada sob o manto do formalismo jurídico, é um saber constituído exclusivamente para aplicação objetiva das normas jurídicas positivas e que pode dispensar o reconhecimento das interações políticas. Ao mesmo tempo, tampouco se concorda com o modelo de ciência jurídica implementado no Brasil após a Constituição de 1988, que fez com que o Direito se sobrepusesse à Política. Para que o Direito Administrativo possa responder aos desafios trazidos pela consensualização, sua dogmática deve se reconciliar com a política (se é que algum dia chegaram a conviver harmonicamente). Nem a separação rígida pretendida pelo formalismo, nem

a sobreposição do Direito à Política causada pelo neoconstitucionalismo. O trabalho utiliza-se do método dedutivo e do institucionalismo e conclui que o que se deve buscar para o Direito Administrativo é uma dogmática que reconheça a importância da política e integre-a em seu método científico, como forma de permitir o desenvolvimento de instrumentos jurídicos adequados às demandas geradas pela consensualidade.

Palavras-chave: Consensualidade. Dogmática. Direito Administrativo. Política. Acordos administrativos.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48, jun. 2014.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. A Teoria do Estado entre o jurídico e o político. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARD, Murilo (org.). *Teoria do Estado: sentidos contemporâneos*. São Paulo: Saraiva, 2018.

FARIA, Luzardo. *O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GIANNINI, Massimo Severo. Profili storici della scienza del diritto amministrativo. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Florença, v. 2, n. 1, p. 179-274, 1973.

KENNEDY, Duncan. Legal Formalism. In: SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. (ed.) *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* – V. 13. Elsevier: Amsterdam, 2001. p. 8634-8638.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 8, n. 2, p. 974-1007, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

RODRÍGUEZ, José Rodrigo. Dogmática jurídica (verbete). *Artigos Direito GV – Working Papers*, n. 36, p. 1-25, maio 2009.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. *Política e Administração Pública: como as interações políticas impactam o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

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

FARIA, Luzardo. Administração Pública consensual e interações políticas: a necessária renovação da dogmática do Direito Administrativo. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 671-672. ISBN 978-65-5518-820-2.

A VIABILIDADE DA DISPENSA REALIZADA PELO ART. 75, III, DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES NA FORMA ELETRÔNICA

MARTA THAIS LEITE DOS SANTOS

Resumo: Com relação à licitação dispensável, as hipóteses estão previstas no art. 75 da Lei nº 14.133/2021. Nesses casos, a licitação é viável, tendo em vista a possibilidade de competição entre dois ou mais interessados. Todavia, o legislador elencou determinadas situações em que a licitação pode ser afastada, a critério do administrador, para atender o interesse público de forma mais célere e eficiente. Nos moldes previstos no artigo 75, III, da Lei nº 14.133/2021, a licitação será dispensável para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação: a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas; e b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes. Sabe-se que cabe ao administrador fazer a análise do caso concreto, com relação ao custo-benefício desse procedimento, levando-se em conta o princípio da eficiência e o interesse público que a contratação direta proporciona. Contudo, ainda que se trate de contratação direta, faz-se necessária a formalização de um procedimento que culmine na seleção da proposta mais vantajosa e celebração do contrato. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos traz um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Assim, a IN SEGES/ME nº 67/2021 dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133/2021 e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, com a finalidade de dotar de maior transparência os processos de aquisição. Assim, dada a hipótese do art. 75, III, mesmo sem licitantes interessados anteriormente, cabe a realização da dispensa eletrônica. Todavia, se apresenta de forma questionável se o mercado local vai atender esta demanda mais uma vez na forma eletrônica apontando viabilidade para seleção da melhor proposta.

Palavras-chave: Nova lei de licitações. Licitação fracassada. Dispensa eletrônica. Seleção da melhor proposta. Mercado local.

Referências

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 4. ed. atual. de acordo com a Lei nº 14.133/2021. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021. 290p.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Diário Oficial da União: seção 1, ed. extra, Brasília, DF, ano 159, n. 61-F, p. 1-23, 1 abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.

MARINELA, Fernanda; CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. 912p.

SIGNOR, Regis; MARCHIORI, Fernanda Fernandes; RAUPP, Alexandre Bacellar; MAGRO, Rafael Rubin; LOPES, Alan de Oliveira. A nova lei de licitações como promotora da maldição do vencedor. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 1, p. 176-190, jan./fev. 2022.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 12. ed. rev. São Paulo: Juspodivm, 2021. 944p.

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

SANTOS, Marta Thais Leite dos. A viabilidade da dispensa realizada pelo art. 75, III, da nova Lei de Licitações na forma eletrônica. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 673-674. ISBN 978-65-5518-820-2.

OS NOVOS MODELOS DE SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS (SSAS): A INCIDÊNCIA DA LÓGICA GERENCIAL E A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO

ESTER EMANUELE LIMA

Resumo: Os primeiros Serviços Sociais Autônomos (SSAs) foram implementados na década de 40, numa falha aspiração burocrática do governo Vargas, tratando-se de entidades paraestatais instituídas ou cuja criação era precedida de autorização legal, para prestar serviços de interesse público não exclusivos do Estado e fomentar o desenvolvimento do setor produtivo ao qual se vinculava (originalmente, indústria e comércio), possuindo administração e patrimônio próprios. Mesmo com a escolha da Constituição de 1988 pelo modelo burocrático de Administração, após a Reforma Administrativa gerencial de 1995, é possível identificar o surgimento de outros modelos de SSAs na esfera do terceiro setor, denominados *impróprios*, que, a despeito de serem criados por lei, não têm previsão expressa constitucional e se distinguem do modelo original por atuarem em similaridade às OSs e OSCIPs quando na prestação de serviços sociais de interesse público, submetidos a formas de financiamento e arquitetura de governança variáveis e à ingerência da Administração Pública Direta, sem estarem vinculados ao regime jurídico administrativo. Através da metodologia hipotético-dedutiva e da técnica de pesquisa bibliográfica e pesquisa à legislação aplicável, constatada a carência de um desenvolvimento doutrinário consolidado quanto aos SSAs impróprios, o trabalho buscou (i) rever o contexto da ascensão do gerencialismo no quadro público brasileiro e da promulgação da Constituição atual para compreender o surgimento do terceiro setor e das entidades paraestatais após a Reforma Administrativa de 1995; (ii) analisar a evolução dos SSAs através da comparação entre os modelos da década de 40 e os atuais; e (iii) concluir a investigação refletindo sobre a lógica gerencial incutida nos novos modelos e os desdobramentos da fuga para o Direito Privado em detrimento do regime jurídico da Administração Pública consagrado na Constituição de 1988. Como resultado, identificou-se a ausência de autonomia dos SSAs impróprios, desconfigurando-os como típicos do terceiro setor, e uma vinculação substancial de suas atividades e orçamento à Administração Pública Direta, especialmente através

de contratos de gestão, aproximando-os ao regime jurídico das agências executivas. Com isso, para fazer cumprir os preceitos constitucionais e considerando a existência e a tendente perpetuação desses novos modelos de SSAs, ao final, o trabalho sugere sumariamente a edição de uma lei que estabeleça parâmetros mínimos e uma unicidade de regras e procedimentos gerais a serem observados como mecanismos de baliza e controle dos SSAs impróprios, a exemplo da própria Lei das Agências Reguladoras, Lei Federal nº 13.848/2019.

Palavras-chave: Serviços Sociais Autônomos. Terceiro setor. Gerencialismo. Fuga do Direito Administrativo. Administração Pública burocrática.

Referências

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 47, n. 1, p. 7-40, 2015. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 22 abr. 2022.

CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira de et al. Serviço social autônomo: alternativa à implementação de políticas públicas não exclusivas de Estado. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte*, ano 18, n. 72, p. 255-289, abr./jun. 2018.

GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

MÂNICA, Fernando. *Instituições do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Altas, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado. *Revista Direito Administrativo*, n.225, p. 273-297, jul./set. 2001.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 42. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

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

LIMA, Ester Emanuele. Os novos modelos de Serviços Sociais Autônomos (SSAs): a incidência da lógica gerencial e a fuga para o Direito Privado. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 675-676. ISBN 978-65-5518-820-2.

CEGUEIRA DELIBERADA NÃO É DOLO: A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ANDERSON HENRY KWAN

Resumo: O objetivo do presente trabalho é demonstrar a inadequação da aplicação da teoria da cegueira deliberada em ações civis de improbidade administrativa para fundamentar a condenação por ato ímprobo na modalidade dolosa, especialmente com a superveniência das modificações trazidas pela Lei nº 14.230/2021, que promoveu profundas alterações ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, à Lei nº 8.429/1992, dentre as quais a exigência da demonstração do dolo específico para a caracterização de conduta ímproba e a consequente revogação da modalidade culposa do ato de improbidade. A metodologia da pesquisa é a análise doutrinária principalmente atinente à culpa e dolo na improbidade administrativa e no Direito Penal, além da análise de acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça do Estado do Paraná e do Estado de São Paulo que admitiram a aplicação da teoria da cegueira deliberada para a condenação por ato doloso de improbidade administrativa. Visa-se, também, a expor brevemente as origens do instituto jurídico e de sua aplicação em julgados no país, bem como a demonstrar que a cegueira deliberada se trata de figura com origem em tradição jurídica radicalmente distinta da brasileira (*common law*), impropriamente transplantada ao Direito pátrio, que não se confunde com dolo nem encontra amparo na legislação nacional e, portanto, não pode ser utilizada como recurso retórico com o fim de rebaixar o ônus probatório da acusação para a condenação por improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Teoria da cegueira deliberada. Lei nº 14.230/2021. Dolo específico. *Common law*.

Referências

- ANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- HERNANDES, Wellison Muchiutti. *Aplicação do dolo específico em ato de improbidade administrativa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul*. Brasília, 2023. 84f. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

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

KWAN, Anderson Henry. Cegueira deliberada não é dolo: a impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada na improbidade administrativa. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 677-678. ISBN 978-65-5518-820-2.

POLÍTICAS PÚBLICAS E GOVERNO DIGITAL. TRANSPARÊNCIA ATIVA COMO FERRAMENTA PARA O CONTROLE SOCIAL

MARIANE YURI SHIOHARA LÜBKE

Resumo: Recentes reformas constitucionais trouxeram à pauta do Estado o foco para a procedimentalização das políticas públicas. Destaca-se a Emenda Constitucional nº 108/2020, que, ao incluir o parágrafo único ao art. 193, contemplou a necessidade de participação social em todas as fases da política pública: formulação, monitoramento, controle e avaliação. A passagem referenciada, por disposição expressa, necessita de regulamentação infraconstitucional para plena aplicabilidade, o que ainda não ocorreu. Neste sentido, a transparência ativa pode ser ferramenta para o exercício do controle social das políticas públicas (ao menos nas fases de monitoramento e controle). Objetivava-se verificar se os princípios e diretrizes do Governo Digital, no âmbito federal, em especial, a disponibilização em plataforma única de acesso às informações e serviços públicos, transparência na execução dos serviços públicos e monitoramento da respectiva qualidade e incentivo à participação social no controle e fiscalização da Administração Pública (Lei nº 14.129/2021, art. 3º, II, IV e V); aliados à transparência ativa garantida pela Lei nº 12.527/2011 no tocante a “dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades (art. 8º, §1º, V), estão suficientemente regulamentados e implementados de modo a garantir o monitoramento e controle social das políticas públicas. Trata-se, a princípio, de uma pesquisa exploratória que visa conhecer as informações que o portal da transparência da União traz sobre políticas públicas (<https://portaldatransparencia.gov.br/>); utilizar-se-á, ainda, a técnica de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, constituindo-se pesquisa aplicada, pois se busca conhecer os dados para aplicação imediata dos resultados. Quanto aos resultados parciais obtidos, verificou-se a que o Governo Federal prioriza a publicização de dados relativos a políticas socioassistenciais, tais como o Benefício do Novo Bolsa Família, Benefício de Prestação Continuada, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, não havendo dados de fácil manejo relativos a políticas de saúde e educação, por exemplo. Desse modo, o monitoramento e controle de políticas nessas áreas mencionadas por

meio da transparência ativa dependerá de conhecimentos mais aprofundados em relação à execução orçamentária, licitações e contratos, a fim de se pesquisar no universo de dados públicos aqueles que são específicos da matéria, prejudicando, sobremaneira, a transparência que se espera da Administração Pública federal.

Palavras-chave: Políticas públicas. Participação social. Transparência ativa. Monitoramento. Controle. Governo digital.

Referências

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. 143-162.

BITENCOURT, Carolina Müller; RECK, Janriê. *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas*. Diagnóstico, diretrizes e propostas. Curitiba: Íthala, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Quadro de referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional*. O direito na fronteira das políticas públicas. São Paulo: Páginas & Letras, 2015.

BRASIL. Controladoria Geral da União. *Guia de Transparência ativa para órgãos e entidades do Poder Executivo Federal*. Brasília, 2022.

SCHIER, Adriana da Costa; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jul./set. 2017. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/825/679>. Acesso em: 16 ago. 2023.

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

LÜBKE, Mariane Yuri Shiohara. Políticas públicas e governo digital. Transparência ativa como ferramenta para o controle social. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 679-680. ISBN 978-65-5518-820-2.

O CONTROLE ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LONGO PRAZO PELA VIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL: CRITÉRIOS JURÍDICOS E IMPLICAÇÕES PROCEDIMENTAIS, PROCESSUAIS, ECONÔMICAS E FINANCEIRAS DA ADOÇÃO DA CONCEPÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO DINÂMICO

FRANCISCO BERTINO BEZERRA DE CARVALHO

Resumo: A pesquisa de pós-doutoramento supervisionada pelo Prof. Dr. José Maurício Conti tem como tema os critérios jurídicos de controle dos contratos administrativos dinâmicos e aborda o seguinte problema: adotada a concepção dinâmica nos contratos administrativos, quais os critérios jurídicos e implicações procedimentais, processuais, econômicas e financeiras necessários e suficientes para a realização do controle da contratação e execução dos respectivos objetos? Justifica-se a pesquisa, diante da relevância administrativa, financeira e econômica dos contratos de longo prazo celebrados pela Administração Pública (Concessões, PPPs, etc.), na dificuldade de serem estabelecidos parâmetros técnicos jurídicos de contratação, acompanhamento da execução e de controle dos contratos e de seus objetos, notadamente quando, por serem dinâmicos, enfrentam mutação de objeto, situação a demandar análises e soluções ainda escassas na prática, na doutrina e na jurisprudência administrativa e judicial. Entre outros objetivos, destaca-se o exame: a) das particularidades do regime jurídico, orçamentário, econômico e financeiro dos contratos administrativos de longo prazo e sua correlação com os princípios gerais do Direito Administrativo; b) das dimensões econômicas, orçamentárias, financeiras e jurídicas dos chamados contratos dinâmicos e seus reflexos sobre os princípios, regras e institutos do contrato administrativo; c) das questões que se apresentam ao longo da vigência do contrato sem perder controle orçamentário e financeiro dos contratos, nem violar os princípios econômicos e jurídicos da contratação pública. A hipótese deriva: a) da existência de contratos administrativos de longo prazo de natureza dinâmica, capazes de admitir a atualização continuada de seu objeto; b) da compatibilidade com o Direito Público e o regime administrativo de contratação,

inclusive com relação ao atendimento das exigências de controle; c) da possibilidade de serem elencados e verificados critérios jurídicos e requisitos procedimentais, processuais, econômicos e financeiros para realizar o controle da contratação e execução destes contratos. Como variáveis verifica-se a compatibilidade do contrato dinâmico com: o direito público, o processo e o procedimento administrativo, a contratação pública, e o controle da Administração. Quanto aos aspectos da metodologia: a) abordagem: analítico-jurídica; b) procedimento: monográfica; c) técnica de pesquisa: legislativa, bibliográfica, jurisprudencial, documental e tópica. A título de conclusão, mesmo encontrando-se a pesquisa em andamento, pretende-se obter rol de requisitos jurídicos capazes de compatibilizar o alcance dos interesses públicos buscados pela contratação com a preservação do equilíbrio econômico e financeiro de um contrato administrativo apesar da alteração dinâmica, quando necessária, de seu termo de referência para atingir o objetivo primordial.

Palavras-chave: Contrato administrativo dinâmico. Controle orçamentário. Critérios jurídicos. Contratação, Execução.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BLIACHERIENE, Ana Carla. *Controle da eficiência do gasto econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CONTI, José Maurício *et al.* *Controle da administração pública no Brasil*. São Paulo: Blucher, 2022.

CUADROS, Oscar Alvaro. *Administración y mercado: Dominio y contratos del Estado, regulación de los derechos de propiedad*. Buenos Aires: Astrea, 2018.

DAL POZZO, Gabriela T. B. P. *As funções do Tribunal de contas e o Estado de direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERRAZ, Luciano. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: RT, 2008.

MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro)*. Coimbra: Almedina, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PORTO, Sérgio G. *Cidadania processual: processo constitucional e o novo processo civil*. Porto Alegre: São Paulo, 2016.

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

CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra de. O controle orçamentário e financeiro dos contratos administrativos de longo prazo pela via do processo administrativo constitucional: critérios jurídicos e implicações procedimentais, processuais, econômicas e financeiras da adoção da concepção de contrato administrativo dinâmico. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 681-682. ISBN 978-65-5518-820-2.

O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA LEITURA A PARTIR DAS AUDITORIAS OPERACIONAIS NOS PROGRAMAS SOCIAIS DE COMBATE À POBREZA NO BRASIL E EM PORTUGAL

MORGANA BELLAZZI DE OLIVEIRA CARVALHO

Resumo: O objeto da tese de doutorado em Direito na Universidade de Coimbra sob a orientação do Prof. Licínio Lopes é o estudo do controle financeiro externo na avaliação de políticas públicas. O recorte do trabalho consiste em analisar as auditorias operacionais realizadas pelos Tribunais de Contas nos programas de combate à pobreza: em Portugal, o Programa Rendimento Mínimo, e no Brasil, o Bolsa Família. O estudo se justifica, apesar das diferenças estruturais dos respectivos Tribunais, porque ambos fiscalizam programas governamentais nos moldes internacionalmente preconizados pela INTOSAI e porque ambos sofrem institucionalmente as mesmas críticas em relação à violação ao princípio da separação de poderes e à invasão de competência do Executivo com o resultado dessas auditorias. O objetivo da pesquisa é propor limites jurídicos para a atuação dos Tribunais de Contas nas auditorias de desempenho das ações governamentais. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica com reflexão crítica, consistindo na coleta de informações a partir de textos doutrinários, relatórios e normas internacionais. Em relação ao roteiro percorrido, a tese está dividida em cinco partes. Na primeira, busca-se (re)descobrir o controle fazendo um apanhado histórico desde a antiguidade até a contemporaneidade, enaltecendo a relação simbiótica entre a democracia e o controle financeiro externo. Na segunda, discorre-se sobre a função e os órgãos de controle financeiro externo, apresentando-se os modelos de Controladoria e de Tribunal de Contas. Na terceira, descreve-se a evolução dos Tribunais de Contas de Portugal e do Brasil, a partir de sua instituição até os dias atuais. Na quarta, a auditoria governamental é estudada com enfoque na auditoria operacional e na avaliação de políticas públicas, construindo-se o arcabouço jurídico para proposição de limites para esse tipo de fiscalização. Na quinta, são apresentados os dois programas governamentais estudados: o Rendimento Mínimo em Portugal e o Bolsa Família no Brasil, destacando

os resultados das auditorias realizadas. A título de conclusão, embora o trabalho ainda esteja em fase de elaboração, o que se pretende é contribuir para o aperfeiçoamento do controle de resultado realizado pelos Tribunais de Contas nas políticas públicas, traçando limites jurídicos para que essa atuação possa auxiliar os governos a melhorarem o desempenho dos programas de combate à pobreza, tema que, ao lado do enfrentamento da crise climática, é um dos maiores desafios globais da atualidade.

Palavras-chave: Controle financeiro externo. Tribunal de Contas. Auditoria operacional. Avaliação de políticas públicas. Combate à pobreza.

Referências

- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de *et al.* *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 59-73.
- BRITTO, Cristina. *Uma breve história do controle: na visão de um tribunal centenário*. Salvador: P55, 2015.
- BUCCL, Maria Paula Dallari (org.). *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. O Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. *Revista do Tribunal de Contas*, Lisboa, n. 49, p. 23-39, 2008.
- CHADID, Ronaldo. *A função social do Tribunal de Contas brasileiro e sua atuação na eficiência das políticas públicas*. São Paulo, 2017. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade Autônoma de Direito.
- COSTA, Paulo Jorge Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para a reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2014.
- COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, a.19, n. 2, 2001.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: RT, 1992.
- IOCKEN, Sabrina Nunes. Avaliação de políticas públicas: Instrumento de controle e garantia da qualidade do gasto público. *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, ano 30, n. 53, p. 4-9, 2013.
- LESSA, Otávio, O controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, ano 30, n. 53, p. 10-12 2013.

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

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. O papel dos Tribunais de Contas na avaliação de políticas públicas: uma leitura a partir das auditorias operacionais nos programas sociais de combate à pobreza no Brasil e em Portugal. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 683-684. ISBN 978-65-5518-820-2.

O PAPEL DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA MUDANÇA DE PARADIGMA DA POLÍTICA PÚBLICA DE ATENDIMENTO AO TRANSTORNO DO ESPECTRO DO AUTISMO – TEA: UMA ANÁLISE DO PLANO INTEGRADO DO ESTADO DE SÃO PAULO – DECRETO Nº 67.634, DE 6 DE ABRIL DE 2023

ARILSON GARCIA GIL

Resumo: O objetivo da pesquisa é a análise do papel do Direito Administrativo na regulamentação dos critérios jurídicos que influenciam a mudança de paradigma na política pública de atendimento ao Transtorno do Espectro do Autismo (TEA). No procedimento metodológico é feita a revisão do conceito de deficiência pela revisão de bibliografia – com destaque para estudos interdisciplinares – e pela análise dedutiva e sistemática das normas constitucionais. Após o exame conceitual, é proposto o estudo de caso com o recente Plano Integrado de Atendimento ao TEA do Estado de São Paulo. Assim, parte-se da deficiência como um conceito em evolução e que não resulta da pessoa, mas de barreiras devidas às atitudes e ao ambiente, como reconhecido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (aprovada com *status* de norma constitucional). O conceito inicial de deficiência era ligado a obstáculos físicos e visíveis (por exemplo, a necessidade de rampas de acesso para cadeirantes). Porém, em uma paráfrase de “O Pequeno Príncipe”, o essencial no TEA é invisível aos olhos, o autista nos ensina a ver bem com o coração. Ao ver uma criança girar um carrinho insistentemente, conclui-se que não é assim que se brinca. Ao ver com o coração, com empatia, é possível entender que se trata de uma forma de autorregulação. Com a evolução do conceito de deficiência, a principal questão para a política pública de atendimento ao TEA é o enfrentamento dos obstáculos invisíveis. Por exemplo, qual é a rampa que irá permitir ao autista acesso ao aprendizado em igualdade de condições com os demais alunos? Como estudo de caso, é proposto o exame do Plano Estadual Integrado para Pessoas com TEA aprovado em São Paulo pelo Decreto nº 67.634, de 6 de abril de 2023. O Plano Estadual reconhece que o TEA não é uma questão exclusiva de saúde. É uma questão de saúde, de educação, de integração social, de desenvolvimento

econômico etc. É criada uma rede de atendimento dos diversos aspectos da acessibilidade (terapêutico, pedagógico, de inclusão social etc.) de forma integrada entre as Secretarias da Saúde, da Educação, do Desenvolvimento Social e dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Conclui-se que o papel do Direito Administrativo na mudança de paradigma de atendimento ao TEA é promover uma política pública integrada e multidisciplinar, tal como determinam as normas constitucionais cuja concretização pelo Poder Executivo é definida pelo poder regulamentar e pelos procedimentos administrativos de execução de políticas públicas.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Políticas públicas. Transtorno do Espectro do Autismo. Paradigma. Plano Estadual Integrado para Pessoas com Transtorno do Espectro do Autismo.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988: a necessária implementação dos princípios constitucionais. In: *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois – os cidadãos na Carta Cidadã*. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 1-15.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique. Las personas con discapacidad en la reforma educativa: realidad jurídica frente a percepción social, y persistencia de los problemas de financiación. *Revista General de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, v. 35, p. 1-23, 2021. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=424217. Acesso em: 28 jun. 2023.

CALDEIRA, Danielle Grillo Alves. *Desenvolvimento cognitivo e afetivo da criança autista: um estudo psicogenético*. São Paulo: 2018. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista (UNESP).

FOLHA DE SÃO PAULO. *4 a cada 10 ações de judicialização da saúde de crianças em SP envolvem tratamento de autistas*. São Paulo, 15 out. 2022. Caderno FolhaJus, Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2022/10/4-a-cada-10-aco-es-de-judicializacao-da-saude-de-criancas-em-sp-envolvem-tratamento-de-autistas.shtml>. Acesso em: 28 jun. 2023.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *O pequeno príncipe*. 51. ed. Trad. Dom Marcos Barbosa. Rio de Janeiro: Agir, 2015.

SILVEIRA, Daniel Barile; GALDEANO, Izabele Zamai. A convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro: um novo paradigma na proteção da pessoa com deficiência no Brasil. *Revista Saberes da Amazônia – Ciências Jurídicas, Humanas e Sociais*, Porto Velho, v. 2, p. 184-200, jul./dez. 2017.

VALOIS, Julia da Mota. As mudanças na concepção acerca da pessoa com deficiência e a influência dos tratados internacionais de direitos humanos da ONU no Brasil. In: VALOIS, Julia da Mota; AMARAL, Ana Carolina Estremadoiro Prudente do; CARTAXO, Maria Carolina Lemos Russo. *Laboratório jurídico: diálogos interdisciplinares*. Belém: RFB, 2023. p. 46-67.

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

GIL, Arilson Garcia. O papel do Direito Administrativo na mudança de paradigma da política pública de atendimento ao Transtorno do Espectro do Autismo – TEA: uma análise do plano integrado do Estado de São Paulo – Decreto nº 67.634, de 6 de abril de 2023. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 685-686. ISBN 978-65-5518-820-2.

EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

FELIPE KLEIN GUSSOLI

Resumo: Todas as funções estatais exercidas pelos Poderes da República, bem como órgãos não identificados classicamente dentro de algum daqueles Poderes, devem obrigatoriamente realizar de ofício o controle de convencionalidade de normas jurídicas e práticas estatais. Defende-se que essa não é uma atividade reservada ao Poder Judiciário e que os demais Poderes e funções estatais do Estado, especialmente a função administrativa, podem declarar a inconvenção para afastar a aplicação de normas jurídicas e práticas independentemente da intervenção jurisdicional. Podem recusar o cumprimento de ordens, comandos ou provimentos inconventionais. Com respaldo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e principalmente nos art. 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), nos arts. 4º, II e IX, e 5º, §§1º a 3º, da Constituição Federal e art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), defende-se que há no ordenamento jurídico fundamentos suficientes para sustentar que o controle de convencionalidade, inclusive em sua modalidade repressiva, deve ser realizado em procedimentos e processos administrativos por todos os entes e órgãos de Estado no exercício da função administrativa do Estado, sem limitação às autoridades superiores ou órgãos com assento constitucional. Qualquer servidor público com competência decisória e de qualquer hierarquia deve exercer controle de convencionalidade, uma vez que as suas decisões administrativas pela inconvenção de normas ou práticas estatais concretizam os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e garantem no plano da efetividade a mais ampla proteção e garantia dos direitos humanos. As modalidades, condições e limites do exercício do controle de convencionalidade pela função administrativa são todos defendidos em contexto no qual ainda não existe regulação constitucional ou legal sobre como o controle de convencionalidade deve ser realizado no Brasil. A metodologia empregada na pesquisa foi hipotético-dedutiva.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Função administrativa. Administração Pública. Declaração de inconvenção. Direitos humanos.

Referências

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. *Interesse Público*, v. 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017.

COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del controle. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime et al. (org.). *Control Administrativo de la Actividad de la Administración*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019.

DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Sobre el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016.

HERNÁNDEZ, Mario Molina. Administración pública y controle de convencionalidad: problemáticas y desafíos. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dez. 2018.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. *Urbe et Ius – Revista de Opinión Jurídica*, Buenos Aires, n. 11, p. 27-39, 2013.

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

GUSSOLI, Felipe Klein. Exercício de controle de convencionalidade pela função administrativa. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 687-688. ISBN 978-65-5518-820-2.

O PAPEL DA QUALIFICAÇÃO NA REFORMULAÇÃO DE CARREIRAS

ANA LUIZA GOMES DE ARAUJO

MARIA ISABEL ARAÚJO RODRIGUES

Resumo: O presente estudo tem por objetivo apresentar programa inovador de qualificação de servidores detentores do cargo de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental – EPPGG do Estado do Espírito Santo, que constitui relevante experiência de reformulação e reposicionamento de carreira desenvolvida pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro em parceria com o Governo do Estado do Espírito Santo. A carreira de EPPGG, criada em 2007, exige nível superior de escolaridade para seu provimento e, comporta, portanto, as mais diversas áreas de formação. Em 2022, por meio da Lei Complementar nº 999, foi realizada a fusão entre a carreira de EPPGG e a de Especialistas em Estudos e Pesquisas Governamentais. Para além dos desafios decorrentes de tal fusão, constatou-se que a diversidade acadêmica, aliada às dificuldades de provimento de força de trabalho para a área meio, pela falta de concursos públicos, acabou levando à sobreposição de atividades operacionais, para não gerar a interrupção dos serviços prestados pelo Estado. Com isto os EPPGG distanciaram-se do papel estratégico, para o qual a carreira foi criada, demandando-se assim a necessidade de uma mudança de rota, de modo a corrigir esse desvirtuamento de atribuições. A estratégia utilizada para enfrentar esse problema foi a qualificação dos servidores, por meio de um programa único e inovador que, ao mesmo tempo em que produzisse o nivelamento teórico necessário, levasse a um mapeamento de competências profissionais e à construção de um portfólio de competências que contribua para a realocação de servidores e o reposicionamento da carreira para o exercício do papel estratégico que lhe cabe. Para tanto, a Escola de Governo contratada pelo Estado do Espírito Santo vem desenvolvendo o Programa de Desenvolvimento Profissional (PDP/ES), que usa metodologias ativas de ensino, como aprendizagem baseada em problemas – PBL e mapa conceitual, valendo-se do uso de teste de personalidade, Facet5, para auxiliar no autodesenvolvimento e na assertiva alocação dos servidores.

Palavras-chave: Reposicionamento de carreira. Qualificação. Escola de Governo. Mapeamento de competências. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

Referências

ARAUJO, Leal Edvalda; MIRANDA, Gilberto; CASA NOVA Silvia. *Revolucionando a sala de aula: como envolver o estudante aplicando as técnicas de metodologias ativas de aprendizagem*. São Paulo: Atlas, 2017.

BRANDÃO, Soraya Monteiro; OLIVEIRA JUNIOR, Tito Froes. *Implementando a gestão estratégica de carreiras transversais no Poder Executivo Federal: Estudo de caso da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental*. XXIV Congresso Internacional do CLAD, 2019.

DIAS, Marcelo Calmon; ALMEIDA, Charles Dias de; TORRES, Angélica Maria; LEMOS, Heyde dos Santos. *O sistema de gestão de carreiras e uma nova perspectiva sobre as carreiras de gestão transversais*. XI Congresso CONSAD de Gestão Pública.

ENAP. *Mapeamento de competências das carreiras de especialista em políticas públicas e gestão governamental (EPPGG), analista de infraestrutura (AIE) e do cargo isolado de especialista em infraestrutura sênior (EIS)*, Brasília, 2019.

ESPÍRITO SANTO. *Lei Complementar nº 635, de 15 de agosto de 2012*. Reorganiza o cargo e a respectiva carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental e dá outras providências.

GOLDSWORTHY, Diana. *Improving the Public Management Career*. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Brasília, 2009.

SILVA, Rosane Maria Pio da. *Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental: convergência entre processos seletivos e atribuições legais*. Tese (Doutorado), Faculdade de Administração, Economia e Contabilidade (FACE), Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2016.

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

ARAUJO, Ana Luiza Gomes de; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. O papel da qualificação na reformulação de carreiras. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 689-690. ISBN 978-65-5518-820-2.

NOVAS TECNOLOGIAS NO CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JUNIELY BATISTA DA SILVA

Resumo: O presente comunicado científico tem como objetivo explorar o papel das novas tecnologias no aprimoramento do controle interno na Administração Pública. A utilização dessas tecnologias tem sido cada vez mais relevante para otimizar processos, aumentar a transparência, prevenir fraudes e garantir a eficiência na gestão dos recursos públicos. Neste contexto, destacam-se ferramentas como a inteligência artificial, *blockchain* e *big data*, que promovem mudanças significativas na forma como a Administração Pública é conduzida. Diante disto, o presente estudo tem como objetivo demonstrar que o uso de novas tecnologias na Administração Pública apresenta oportunidades emocionantes para melhorar a eficiência e a prestação de serviços aos cidadãos. No entanto, também traz consigo desafios significativos que exigem uma abordagem cuidadosa e uma visão de longo prazo para garantir que essas tecnologias sejam usadas de maneira benéfica e responsável para a sociedade como um todo. Adota-se para o desenvolvimento deste ensaio o procedimento metodológico analítico, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, com o objetivo de contribuir para uma melhor construção doutrinária e científica no meio acadêmico e na sociedade como um todo. Em que pese o estudo sobre este assunto encontrar-se em desenvolvimento, pode-se apontar como resultados a necessidade de utilização de diversos tipos de mecanismos na busca de mudanças que resultem em mudanças significativas. Portanto, as novas tecnologias têm o potencial de revolucionar o controle interno na Administração Pública, tornando-o mais eficiente, transparente e ágil. A inteligência artificial, o *blockchain* e o *big data* são exemplos de ferramentas poderosas que podem ajudar na detecção precoce de irregularidades, na otimização dos processos e no fortalecimento da fiscalização. No entanto, é importante destacar que a adoção dessas tecnologias requer planejamento, investimentos adequados e capacitação dos servidores, a fim de garantir seu pleno potencial na gestão pública.

Palavras-chave: Administração Pública. Controle interno. Tecnologias. Transparência. Eficiência.

Referências

COSTA, L.; Almeida, J. O Uso de Big Data no Controle Interno da Administração Pública: Desafios e Oportunidades. *Revista Brasileira de Gestão Pública*, v. 12, n. 3, 2021.

CRUZ, F.; GLOCK, J. O. *O Controle interno nos municípios: orientação para implantação e relacionamento com os tribunais de contas*. São Paulo: Atlas, 2001.

LIMA, F.; SANTOS, A. P. Utilização da Inteligência Artificial no Controle Interno da Administração Pública. *Revista de Gestão Pública*, v. 10, n. 2.

SANTOS, M.; Pereira, L. Novas Tecnologias e Controle Interno na Administração Pública: Desafios e Perspectivas. *Anais do Congresso Internacional de Administração Pública*, v. 15, 2023.

SILVA, R.; OLIVEIRA, M. *Blockchain* na Administração Pública: um estudo de caso sobre sua aplicação no controle interno. *Anais do Congresso Brasileiro de Administração Pública*, v. 8, 2022.

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

SILVA, Juniely Batista da. Novas tecnologias no controle interno da Administração Pública. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 691-692. ISBN 978-65-5518-820-2.

A CARACTERIZAÇÃO DOS ESPORTES ELETRÔNICOS COMO TECNOLOGIA DISRUPTIVA PARA FINS REGULATÓRIOS

LUCAS MARQUES COUTINHO

Resumo: As tecnologias disruptivas são um fenômeno da 4ª revolução industrial, ou revolução digital, cujo impacto no cotidiano social originou discussões sobre o papel do Estado frente ao desequilíbrio mercadológico proporcionado pela inserção de novas tecnologias que são passíveis de provocar alterações drásticas de caráter redutor ou destrutivo de modelos de negócios estabelecidos. Nessa perspectiva, os esportes eletrônicos surgem como uma nova modalidade de empreendedorismo, gerando novos polos empregatícios voltados ao ambiente desportivo digital e arrecadando bilhões anualmente. Levando em consideração que o Direito, em seus mais diversos ramos, busca acompanhar as mudanças advindas da modernidade social-digital, essa pesquisa, de metodologia descritivo-bibliográfica, aprofunda as discussões provenientes dos projetos de regulamentação dos esportes eletrônicos no Brasil, tendo por objetivo promover o adequado encaixe dos eSports no sistema normativo brasileiro através do enquadramento deste às características da disrupção tecnológica. Para tanto, inicialmente, fez-se necessário abordar a conjectura geral dos esportes eletrônicos para compreender sua posição na economia global, pontuando também posições da legislação nacional quanto a sua configuração como esporte para fins legais. Logo, foi verificado através de fundamentos constitucionais e infraconstitucionais que a modalidade esportiva eletrônica faz parte do arcabouço desportivo brasileiro, sendo esse argumento elucidativo, haja vista a escassez nacional sobre o tema. Doravante, observando o panorama disruptivo, a ressignificação mercadológica, elemento intrínseco da disrupção e precedente essencial para fundamentar a intervenção estatal na economia através da regulação, não é observada no caso dos eSports, dado que os esportes tradicionais não estão diante de um novo concorrente capaz de mudar as perspectivas financeiras de seus clubes, organizações ou atletas. Através das investigações realizadas, podemos concluir que, para fins de regulação, os esportes eletrônicos não podem receber o mesmo tratamento de outras tecnologias reguladas pelo Estado, não sendo a modalidade desportiva eletrônica, portanto, caracterizada como disruptiva.

Palavras-chave: Tecnologia disruptiva. Estado regulador. Esporte eletrônico. Regulação. Revolução digital.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

BRATEFIXE JUNIOR, Antônio Carlos. *Introdução ao estudo do esports law: o direito do esporte eletrônico*. São Paulo: Leme, 2021.

FEIGELSON, Bruno. A relação entre modelos disruptivos e o direito: estabelecendo uma análise metodológica baseada em três etapas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON Bruno (coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 49-52.

GUERRA, Sergio. Riscos, assimetria regulatória e os desafios das inovações tecnológicas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

KORMANN, Maria Eduarda. *Novas tecnologias e regulação: inovações disruptivas e os desafios ao direito da regulação*. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020.

LEITE, Leonardo Barém; BRANDÃO, Felipe Montalvão. Regulação moderna e sustentável. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. FEIGELSON, Bruno (coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARRARA, Thiago. Direito Administrativo e novas tecnologias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 256, jan./abr. 2011.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez. 2016.

ZWICKER, Helio Tadeu Brogna Coelho. *Direito e eSports: conheça a nova era do direito digital*. São Paulo: do autor, 2021.

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

COUTINHO, Lucas Marques. A caracterização dos esportes eletrônicos como tecnologia disruptiva para fins regulatórios. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 693-694. ISBN 978-65-5518-820-2.

REPERCUSSÕES DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA LEI DE CONFLITO DE INTERESSES

FERNANDA MARIA AFONSO CARNEIRO

Resumo: No presente trabalho serão analisadas as repercussões quanto à aplicação do artigo 12 da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), após a reforma da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA). Dispõe o *caput* do citado artigo que incorre em ato de improbidade administrativa, na forma disposta no artigo 11 da LIA, o agente público que praticar os atos previstos nos seus artigos 5º e 6º, sujeitando-se, ainda, o infrator que se encontrar em situação de conflito de interesses, conforme disciplina o parágrafo único, à pena disciplinar de demissão, prevista no inciso III do artigo 127 da Lei nº 8.112/1990 (Estatuto do Servidor Público) e no artigo 132 da LIA. De acordo com a LCI, no seu artigo 4º, parágrafo segundo: “a ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro”. Ocorre que, com a nova redação dada pela Lei nº 14.230/2021, a LIA passou a considerar como atos de improbidade administrativa tão somente as condutas dolosas tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11. A Lei de Conflito de Interesses, necessariamente, deverá ser atualizada para se adequar ao que dispõe o novo texto da Lei de Improbidade Administrativa. Essa atualização se justifica para que os atos de conflito de interesses possam ser enquadrados, a partir da aplicação do seu artigo 12, como atos de improbidade administrativa. Isso porque a exigência de comprovação do dolo, especialmente disposta nos artigos da LIA citados, inviabiliza o enquadramento de quaisquer situações que digam respeito a atos culposos. A respeito da previsão do parágrafo 1º do artigo 11 da LIA, com relação aos atos de improbidade administrativa tipificados em leis especiais, como é o caso da Lei de Conflito de Interesses, também, deverá restar evidenciada na Lei a finalidade de obter proveito ou benefício indevido, para o agente público ou para terceiro. Do contrário, o artigo 11 da LIA não poderá ser aplicado. Conclui-se que as alterações efetivadas na LIA impactaram fortemente a caracterização dos atos de conflito de interesses como atos de improbidade administrativa. Sendo assim, a LCI deverá se moldar à “nova”

LIA em relação à comprovação do dolo específico, implicando a necessidade de uma adequação do seu texto, para que a possa ajustar-se ao que dispõe a Lei de Improbidade Administrativa.

Palavras-chave: Conflito de interesses. Improbidade administrativa. Reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Lei nº 8.429/1992. Lei nº 12.813/2013.

Referências

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 8 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013*. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nºs 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 8 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 8 ago. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Nova Lei de Improbidade Administrativa Anotada e Comparada*. São Paulo: Mizuno, 2021.

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

CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. Repercussões da nova Lei de Improbidade Administrativa na Lei de Conflito de Interesses. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 695-696. ISBN 978-65-5518-820-2.

AS IMPLICAÇÕES DO SISTEMA DE *VOUCHER* NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

ARACELLY COSTA AZEVEDO ROLEMBERG

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil confere à educação o caráter de direito social, conforme art. 6º; e por ser um país federado, o Brasil delega a viabilização desse direito às esferas governamentais. Motivadas pelas sucessivas mudanças governamentais, a educação pública sofreu diversas modificações que aludem à aproximação dos setores público e privado, no modo de parceria. Tais alterações estão atreladas às políticas neoliberais que tendem a apequenar o Estado e, de certa forma, enfraquecer a Administração Pública. É importante ressaltar que a ineficiência da educação pública brasileira é justificada pela desvalorização dos profissionais do setor e a precariedade da infraestrutura. Assim, os Poderes Legislativo e Executivo apostam no emparelhamento público-privado como a solução mais imediata e eficaz; a partir dessa ideia, surgiu a noção de *voucher* na educação. Diversos municípios, a exemplo de Natal e o PL nº 58/2019 – vetado pela Mensagem 79/2023, apresentaram projeto de lei referente à outorga de *vouchers* às crianças que estão na fila de espera por vagas nas escolas públicas. Porém, são notórias as inconsistências e os vícios da proposta. A adesão ao *voucher* poderá avaliar maior acesso à educação, mas não à educação de qualidade, visto que o valor é ínfimo e serve de subsídio para escolas particulares medianas que não possuem corpo docente qualificado; isto é, o *voucher* não alcança as instituições particulares de alto nível. Junto a isso, ele também distribui verbas do Poder Público aos educandários medianos – verbas que teriam melhor aproveitamento se investidas na educação pública, com o melhoramento da remuneração dos servidores e adequação da infraestrutura. Dessa forma, o *voucher* serve como ferramenta para deslocar o direito social à educação da esfera estatal e colocá-lo na esfera do mercado, além de mutilar a autonomia de estados e municípios – que têm competência para oferecer educação pública, gratuita e de qualidade. Há a necessidade de fortalecer o ensino público com professores bem formados e remunerados de forma digna, junto ao aprimoramento das instalações físicas. Tal solução valoriza a Administração Pública, fortalece o Estado e entende a educação como parte fundamental para o crescimento nacional, e não como mera mercadoria.

Palavras-chave: Serviço público. Educação pública. *Voucher*. Administração Pública. Parceria público-privada.

Referências

ANDRADE, Giulia De Rossi; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviços públicos e os novos modelos: voucher na educação*. Direito Administrativo e Inovação: crises e soluções. Curitiba: Íthala, 2022.

ALMEIDA, Alberto Alexandre Lima; DAMASCENO, Maria Francinete. *O neoliberalismo e a educação brasileira: a qualidade total em questão*. Guarulhos: Revista Educação, 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Câmara Municipal de Natal. *Projeto de Lei 58/2019, de 03 de abril de 2019*. Cria o programa “*Voucher Educação*”, o qual oferece vagas para crianças na rede particular de ensino, mediante parceria pública privada no âmbito do Município de Natal e dá outras providências. Natal, 2019. Disponível em: [hhttps://sapl.natal.rn.leg.br/materia/2487](https://sapl.natal.rn.leg.br/materia/2487). Acesso em: 8 ago. 2023.

BRASIL. Câmara Municipal de Natal. *Processo nº 65/2023, de 29 de junho de 2023*. Veto Integral ao Projeto de Lei nº 058/2019, de autoria do Vereador Klaus Araújo, que “*Cria o programa “Voucher Educação*”, o qual oferece vagas para crianças na rede particular de ensino, mediante parceria pública privada no âmbito do Município de Natal e dá outras providências.”, conforme mensagem nº 79/2023. Natal, 2023. Disponível em: <https://sapl.natal.rn.leg.br/materia/30455>. Acesso em: 8 ago. 2023.

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

ROLEMBERG, Aracelly Costa Azevedo. As implicações do sistema de voucher na educação brasileira. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 697-698. ISBN 978-65-5518-820-2.

PROTEÇÃO ÀS MINORIAS: SISTEMA DE COTAS

RODRIGO LYCHOWSKI

Resumo: Proteção das minorias: o sistema de cotas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) para quilombolas e indígenas. Edição da Lei Estadual nº 8.121/2018. Ações afirmativas como imperativo para proteger os desiguais, vítimas históricas de racismo e preconceito, aplicando-se a justiça distributiva aristotélica. Tal sistema consiste ainda na reparação histórica de um passado sombrio e cruel do país, advindo da escravidão e quase extermínio dessas minorias. Ação concreta de um ente federativo – o Estado do Rio de Janeiro –, que influenciou o Estado brasileiro para efetivar o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como o objetivo da redução das desigualdades sociais pela República Federativa do Brasil. De fato, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro constitui a universidade pública pioneira das cotas, adotando-a em 2001. Pouco a pouco, tal sistema de cotas foi adotado por dezenas de universidades públicas, até que a Lei Federal nº 12.711/2012 determinou a adoção das cotas pelas universidades públicas federais. Análise dialética: alegação de que as ações afirmativas, especificamente as cotas, acirram o racismo. Utilização do argumento de que há ausência de desigualdade racial no Brasil, pois o problema é “unicamente social”. No fundo, é a defesa do mito de que há uma “democracia racial” no Brasil. Utilização da metodologia teórica e também empírica, através de entrevistas efetuadas com alunos cotistas e não cotistas.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Cotas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Referências

KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bipolar*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

LEITÃO, Miriam. *Teses e truques*. Disponível em: <https://www.ufmg.br/inclusaosocial/?p=28>. Acesso em: 15 jun. 2023.

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

LYCHOWSKI, Rodrigo. Proteção às minorias: sistema de cotas. In: FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Melo de; GABARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 699-700. ISBN 978-65-5518-820-2.

PARTE IV

PROGRAMAÇÃO DO XXXVII CONGRESSO
BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

PROGRAMAÇÃO

XXXVII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO
ADMINISTRATIVO

PRIMEIRO DIA – 26 DE SETEMBRO DE 2023

8h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

CERIMÔNIA DE ABERTURA

Discurso de abertura: Cristiana Fortini (MG)

HOMENAGEM AO PROFESSOR ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

Presidente da cerimônia de homenagem: Adriana da Costa Ricardo Schier (PR)

Discurso de homenagem: Ana Cláudia Finger (PR)

9h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

CONFERÊNCIAS DE ABERTURA

Fernando Ribeiro Toledo (Presidente do TCE-AL) | Presidente

Ministro Antonio Anastasia (TCU)

Ministro Benjamin Zymler (TCU)

Das 11h00 às 12h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 1: “Licitação e Fase de Disputa: aspectos a salientar na Lei 14.133/21”

Patrícia Sobral de Souza (SE) | Presidente de mesa

Edgar Guimarães (PR)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (SP)

Ronny Charles (PB)

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 2: “Jurisprudência dos Tribunais Superiores e Processo Administrativo Disciplinar” **Cláudia Amaral (AL) | Presidente de mesa**

Daniel Ferreira (PR)

João Batista Moreira (DF)

José Sérgio da Silva Cristóvam (SC)

Das 12h30 às 14h00 - Intervalo para almoço

Das 14h00 às 15h30

SESSÃO DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

COMISSÃO DE APRESENTAÇÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS

SALA 5 (térreo)

Aline Sueli de Salles Santos (TO)

Antônio Rodrigo Machado (DF)

Cibele Fernandes Dias (PR)

Clarissa Sampaio (CE)

Eduardo Grossi Franco Neto (MG)

SALA 6 (térreo)

Isabella Macedo Torres (RJ)

Isabelly Cysne Augusto Maia (CE)

Janriê Rodriguez Reck (RS)

José Osório do Nascimento Neto (PR)

Marilene Matos (DF)

Das 14h00 às 15h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 3: “Sustentabilidade nas contratações públicas”

Filipe Lobo (AL) | Presidente de mesa

Daiesse Jaala Bomfim (SP)

Luciano Reis (PR)

Tatiana Camarão (MG)

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 4: “Combate à Corrupção nas contratações públicas: experiências exitosas”

Daniela Mello Coelho (MG) | Presidente de mesa

Licurgo Mourão (MG)

Marcelo Zenckner (ES/SP)

Marianna Michelette (MG)

Das 15h30 às 16h00 - Intervalo coffee break e lançamento de livros

Das 16h00 às 17h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 5: “Assessoria Jurídica e Controle Interno na Nova Lei de Licitações e contratos”

Rafael Ramos (RS) | Presidente de mesa

Carolina Zancaner (SP)

Christianne Stroppa (SP)

Vânia Lúcia Vieira (DF)

ASSINATURA CONVÊNIO IBDA E CGU

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 6: “Concurso Público e o projeto de nacionalização das regras”

Manoel Messias Peixinho (RJ) | Presidente de mesa**Fábio Lins de Lessa Carvalho (AL)****Florivaldo Dutra de Araújo (MG)****Raquel Urbano de Carvalho (MG)**

Das 17h30 às 19h00

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 7: “Painel pinga fogo: perguntas da plateia sobre licitação”

Mirela Miró Ziliotto (PR) | Presidente de mesa**Adilson Abreu Dallari (SP)****Anderson Pedra (ES)****Fernanda Marinela (AL)****Marçal Justen Filho (SP)****Rafael Amorim de Amorim (RS)****Rafael Sergio de Oliveira (PE)**

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 8: “Instrumentos administrativos de proteção de minorias e grupos vulneráveis”

Samya Suruagy (AL) | Presidente de mesa**Daniel Wunder Hachem (PR)****Fábio Sousa Santos (RO)****Vivian Lima Lopez Valle (PR)****SEGUNDO DIA – 27 DE SETEMBRO DE 2023**

Das 09h00 às 10h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 9: “Improbidade Administrativa: dois anos de emoções”

Fernanda Fritoli (SP) | Presidente de mesa**Luciano Ferraz (MG)****Márcio Cammarosano (SP)****Rodrigo Valgas dos Santos (SC)**

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 10: “Compras Públicas e Inovação”

Fábio Bandeira de Mello (AM) | Presidente de mesa**Thiago Brügger Bouza (DF)****Bruno Portela (DF)****Sebastião Helvécio (MG)**

Das 11h00 às 12h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 11: “Efeitos da LINDB no direito administrativo sancionador”

Carlos Nitão (PB) | Presidente de mesa

Ana Maria Barata (PA)

Juliana Palma (SP)

Thiago Marrara (SP)

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 12: “Segundo Governo Digital e Cidades inteligentes”

Lilian Azevedo (BA) | Presidente de mesa

Daniela Libório (SP)

Juarez Freitas (RS)

Ligia Melo Casimiro (CE)

Das 12h30 à 14h00 - Intervalo para almoço

Das 14h00 às 15h30

SESSÃO DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

COMISSÃO DE APRESENTAÇÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS

SALA 5 (térreo)

Janaína Helena de Freitas (AL)

Karina Harb (SP)

Mariana de Siqueira (RN)

Murilo Melo Vale (MG)

SALA 6 (térreo)

Odilon dos Santos Silva (BA)

Rafael Vieira de Alencar (CE)

Rodrigo Santos Neves (ES)

Sarah Campos (MG)

Das 14h00 às 15h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 13: “Painel pinga fogo: Perguntas diretamente da plateia sobre Improbidade”

Thaís Marçal (RJ) | Presidente de mesa

Carlos Vinícius Alves Ribeiro (GO)

Flávio Unes (DF)

Joana Paula Batista (BA)

José Roberto Pimenta (SP)

Marcus Rômulo (AL)

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 14: “LGPD na Administração Pública: contratação pública e outros aspectos”

Renata Fabris (RO) | Presidente de mesa

Flávio Garcia Cabral (MS)

Marcelo Harger (SC)

Rodrigo Pironti (PR)

Das 15h30 às 16h00 - Intervalo coffee break e lançamento de livros

Das 16h00 às 17h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 15: “Alterações na Lei de Processo Administrativo”

Alessandra Wegermann (AL) | Presidente de mesa

Eurico Bitencourt (MG)

Maurício Zockun (SP)

Paulo Modesto (BA)

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 16: “Saúde pública e atuação privada: modelos exitosos de parceria”

Luciana Raso (MG) | Presidente de mesa

Guillermo Glassman (SP)

Fernanda Calixto (AL)

Marcos Perez (SP)

Das 17h30 às 19h00

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 17: “Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais Superiores: destaques ao longo dos 35 anos da CF 88”

Maria Tereza Fonseca Dias (MG) | Presidente de mesa

Clóvis Beznos (SP)

Júlio César Esteves (MG)

Sérgio D’Andrea (RJ)

Valmir Pontes Filho (CE)

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 18: “Instrumentos administrativos de democratização do Estado”

Jader Ferreira Guimarães (ES) | Presidente de mesa

Caroline Muller Bitencourt (RS)

Cynara Monteiro Mariano (CE)

Emerson Moura (RJ)

Weida Zancaner (SP)

Das 19h00 às 20h00

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

CONFERÊNCIA “Reforma da Lei de Improbidade”

Pedro Paulo de Almeida Dutra | Presidente de mesa

Ministro Mauro Campbell

TERCEIRO DIA – 28 DE SETEMBRO DE 2023

Das 09h00 às 10h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 19: “Aspectos econômicos dos contratos administrativos”

Bradson Camelo (PB) | Presidente de mesa

Gabriela Percio (SC)

Joel Niebuhr (SC)

Marcos Nóbrega (PE)

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 20: “Desafios jurídicos do saneamento”

Márcia Martini Ferrari (SP) | Presidente de mesa

André Freire (SP)

Augusto Dal Pozzo (SP)

Maria Fernanda Pires (MG)

10h00

SALA 6 (térreo)

ASSEMBLEIA IBDA

Das 11h00 às 12h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 21: “Políticas Públicas: qual o papel do Direito Administrativo”

João Paulo Lacerda (MS) | Presidente de mesa

Adriana Schier (PR)

Fabício Motta (GO)

Vanice Lírio do Valle (RJ)

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 22: “Empresas Estatais: governança, parcerias e possibilidades de contratações”

Ariane Schermam (MG) | Presidente de mesa

André Saddy (RJ)

Rafael Wallbach Schiwind (SP)

Thiago Coelho Toscano (MG)

Das 12h30 às 14h00 - Intervalo para almoço

Das 14h00 às 15h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

PAINEL 23: “Futuro das concessões: novo governo, novos desafios, novas regras”

Lucas Sant’Anna (SP) | Presidente de mesa

César Pereira (SP)

Carlos Ari Sundfeld (SP)

Cristiana Fortini (MG)

SALA 2 - AUDITÓRIO (térreo)

PAINEL 24: “Tribunais de Contas na Lei 14133/21”

Juscimar Pinto Ribeiro (GO) | Presidente de mesa

Heloisa Helena Monteiro (GO)

Juliano Heinen (RS)

Ricardo Schneider (AL)

Das 15h30 às 16h00 - Intervalo coffee break e lançamento de livros

Das 16h00 às 16h30

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

Homenagem ao Professor Paulo Roberto Ferreira Motta (PR) (*In memoriam*). Assinatura de convênio da AMA/OAB

Das 16h30 às 17h00

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

CERIMÔNIA DE PREMIAÇÃO DOS MELHORES TRABALHOS CIENTÍFICOS

COMISSÃO ORGANIZADORA DOS TRABALHOS CIENTÍFICOS

Lucas Bossoni Saikali (PR) | Presidente de mesa

Giulia de Rossi Andrade (PR)

Juliana Horn Machado Philippi (PR)

COMISSÃO DE ANÁLISE DOS ARTIGOS JURÍDICOS

Bruno Barbirato (AM)

Eurico Soares Montenegro Neto (RO)

Ismar Viana (SE)

Luiz Alberto Blanchet (PR) Maísa de Castro Sousa (GO)

Marcio Moraes (PA)

Mariana Avelar (MG)

Raquel Ramos Machado (CE)

Renata Costa Rainho (MG)

Ricardo Marcondes Martins (SP)

Das 17h00 às 18h00

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO

Ministra Assusete Magalhães (STJ)

Vagner Paes (Presidente da OAB-AL) | Presidente da sessão de encerramento

18h00

SALA 1 - TEATRO (1º andar)

CERIMÔNIA DE ENCERRAMENTO

Cristiana Fortini (Presidente do IBDA)

OFICINAS

27 de setembro de 2023

Das 08h00 às 11h00 - SALA 4 - IPIOCA (1º andar)

TEMA: Contratação direta

Edgar Guimarães (PR)

Das 11h00 às 13h00 - SALA 3 - JATIÚCA (1º andar)

TEMA: Alterações contratuais

Rafael Sérgio Oliveira (PE)

Das 13h30 às 16h30 - SALA 4 - IPIOCA (1º andar)

TEMA: Terceirização na Lei 14133/21

Thiago Zagatto (PR)

Das 16h30 às 19h30 - SALA 3 - JATIÚCA (1º andar)

TEMA: Cautelas na Habilitação na Lei 14133/21

Anderson Pedra (ES)

28 de setembro de 2023

Das 08h00 às 11h00 - SALA 3 - JATIÚCA (1º andar)

TEMA: Estudo Técnico Preliminar e Termo de Referência

Flavia Caroline Amorim (AL)

Das 11h00 às 13h00 - SALA 4 - IPIOCA (1º andar)

TEMA: Fiscalização de contratos e eventual aplicação de sanções NLLC

Lindineide Cardoso (AL)

Das 13h30 às 16h30 - SALA 3 - JATIÚCA (1º andar)

TEMA: Obras e serviços de engenharia

Hamilton Bonato (PR)

Das 16h30 às 18h30 - SALA 4 - IPIOCA (1º andar)

TEMA: Tribunal de Contas e controle das contratações: suspensão de licitação, representação, denúncias, questões controversas

Pedro Azevedo (MG)

SOBRE OS AUTORES

Adriana da Costa Ricardo Schier

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Presidente da Comissão de Estudos sobre Fomento e Poder de Polícia do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

Alessandra Wegermann

Mestre em Segurança Direito e Justiça pela Universidade de Giron. Doutoranda pela Universidade de Buenos Aires. Advogada, escritora e palestrante.

Ana Luiza Gomes de Araujo

Coordenadora do Colegiado de Especialização da Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG.

Ana Maria Barata

Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal do Pará. Professora aposentada da UFPA. Membro do IDASAN, IDAPAR e ISM.

Anastácia Nadir Melo de Oliveira

Graduação em Administração Pública pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessora Técnica Especializada no Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos. Pregoeira de carreira da Prefeitura Municipal de Cajazeiras. Professora e palestrante.

Anderson Bruno da Silva Oliveira

Graduando em Direito pela Faculdade Metropolitana da Grande Recife (FMGR).

Anderson Henry Kwan

Pós-graduado pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Pós-graduando na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado no Bacellar & Andrade Advogados Associados.

André Canelas Alves

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil Aplicado pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Advogado.

André Saddy

Pós-doutor pela University of Oxford. Doutor Europeu pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 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. Sócio-fundador do escritório Saddy Advogados.

Aracelly Costa Azevedo Rolemberg

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas.

Arilson Garcia Gil

Procurador do Estado de São Paulo. Doutorando e mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP e pela UCLM – Espanha. Membro da Red DiscapAmérica – Derecho de las Personas con Discapacidad – UCLM.

Caio Felipe Caminha de Albuquerque

Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa. Certificado pela APMG International em Concessões e PPPs (CP3P-F, P, E). Procurador do Estado de Mato Grosso e Advogado.

Caio Macêdo

Mestrando na Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Advogado.

Carlos Ari Sundfeld

Professor Titular da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da PUC-SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

Caroline Müller Bitencourt

Professora do programa de pós-graduação – mestrado e doutorado – em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Estágio pós-doutoral pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada.

Christianne de Carvalho Stroppa

Professora de Direito Administrativo na PUC-SP. Doutora e mestre pela PUC-SP. Advogada na Jacoby Fernandes & Reolon Adv. Associados.

Cibele Fernandes Dias

Professora de Direito Constitucional da Escola da Magistratura Federal do Paraná e de Processo Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

Cynara Monteiro Mariano

Mestra em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará. Advogada.

Daiesse Quênia Jaala Santos Bomfim

Chefe da Divisão de Auditoria de Licitações e Contratos na Advocacia-Geral da União. Auditora de Controle Externo no Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Presidente da Comissão de Diversidade Racial do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

Ester Emanuele Lima

Graduada e mestranda pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL.

Fábio Lins de Lessa Carvalho

Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca. Professor Associado da Faculdade de Direito de Alagoas e do Centro Universitário CESMAC. Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA).

Fabício Motta

Conselheiro do TCM-GO. Professor permanente dos programas de pós-graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG e Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional da UFT. Doutor em Direito do Estado pela USP e Mestre em Direito Administrativo pela UFM. Membro nato da Diretoria do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA).

Felipe Klein Gussoli

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela PUCPR e advogado.

Fernanda Maria Afonso Carneiro

Estudante de graduação na Universidade Regional do Cariri (URCA).

Filipe Lobo Gomes

Pós-doutorado em Direito pela UFPE. Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas e do CESMAC, lecionando na graduação e no mestrado. Procurador-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

Flávio Garcia Cabral

Pós-doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Procurador da Fazenda Nacional. Professor do Curso de Mestrado da UNIRIO.

Florivaldo Dutra de Araújo

Professor de Direito Administrativo na UFMG. Procurador da Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho

Pós-doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Doutor pela UFBA. Professor associado da UFBA. Procurador do Município e advogado.

Gabriela Pércio

Advogada e consultora em Licitações e Contratos Administrativos. Mestre em Gestão de Políticas Públicas. Vice-presidente do Instituto Nacional da Contratação Pública (INCP).

Giulia De Rossi Andrade

Advogada no escritório Bacellar & Andrade. Mestre e doutoranda pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Diretora acadêmica adjunta do Instituto Paranaense de Direito Administrativo.

Isadora Formenton Vargas

Professora de Direito Administrativo nas Faculdades João Paulo II em Porto Alegre/RS. Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestra em Argumentação Jurídica pela Universidad de Alicante e Università Degli Studi di Palermo. Integrante do Infra Women Brasil (saneamento e cidades inteligentes).

Janaina Helena de Freitas

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Advogada e professora universitária. Diretora de pesquisas e publicações do Instituto de Direito Administrativo do Estado de Alagoas.

Janriê Rodrigues Reck

Professor do programa de pós-graduação – mestrado e doutorado – em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio Sinos. Procurador Federal.

João Pedro Teixeira Transmontano

Especialista em Licitações e Contratos Administrativos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduando em Direito Administrativo pela Escola Paranaense de Direito. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Advogado do escritório Pironti Advogados.

José Osório do Nascimento Neto

Professor de Direito Administrativo na Estácio Brasil e ESMAFE/PR. Pós-doutor em Direito Político e Econômico pelo MACKENZIE/SP. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Membro da Comissão de Educação Jurídica OAB/PR.

Juliana Horn Machado

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Juniely Batista da Silva

Pós-graduada em Direito Administrativo e Gestão Pública. Especialista em contratos administrativos e licitações de obras públicas. Sócia efetiva do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA).

Juscimar Pinto Ribeiro

Especialista em Direito Administrativo e em Direito Constitucional. Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Goiás (IDAG). Advogado.

Licurgo Mourão

Pós-doutorando e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Extensões na Hong Kong University, California Western School of Law, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e The George Washington University.

Lucas Bossoni Saikali

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Editor-adjunto da International Journal of Digital Law.

Lucas Marques Coutinho

Especialista em Criminologia pelo Centro Universitário Cesmac. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas.

Luciana Laurindo Bergo

Doutoranda e Mestra pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho – UNESP Campus Franca. Professora de Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal/SP.

Luciano Elias Reis

Doutor em Direito Administrativo pela Universitat Rovira i Virgili. Doutor e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do Instituto Nacional da Contratação Pública. Coordenador da especialização em Direito Administrativo da Escola Paranaense de Direito.

Luiz Alberto Blanchet

Professor Titular de Direito Administrativo do PPGD da PUCPR. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR.

Luzardo Faria

Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UFPR. Professor da UniOpet.

Manoel Peixinho

Doutor em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Pós-doutor pela Université Paris Ouest-Nanterre la Défense. Professor do Departamento do Direito da PUC-Rio. Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDARJ).

Márcio Cammarosano

Professor de Direito Administrativo nos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP. Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP. Presidente do Instituto CEDDE – Centro de Estudos de Direito e Desenvolvimento do Estado.

Maria Isabel Araújo Rodrigues

Assessora na Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais. Presidente da ANEPECP. Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho.

Maria Tereza Fonseca Dias

Mestre e Doutora em Direito Administrativo. Professora Associada da Faculdade de Direito da UFMG. Professora Visitante do King's College Londres. Advogada.

Mariana Bueno Resende

Mestra em Direito e Administração Pública pela UFMG. Assessora de Conselheiro no Tribunal de Contas de Minas Gerais. Professora. Especialista em Finanças Públicas pela Escola de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Mariane Yuri Shiohara Lübke

Doutora em Direito Econômico e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogada e professora.

Marta Thais Leite dos Santos

Especialista em Direitos Fundamentais e Democracia (UEPB). Assessora jurídica no MPF/PB.

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho

Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra e Mestra em Direito pela UFBA. Auditora de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado da Bahia e professora.

Murilo Melo Vale

Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Professor de Direito Administrativo. Advogado.

Nathália Suzana Costa Silva Tozetto

Mestre em Direito e Políticas Públicas pela UFG. Procuradora do Município de Goiânia.

Odilon dos Santos Silva

Graduado pela Universidade Federal da Bahia. Membro da Comissão de Estudos sobre Diversidade Racial do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Pós-graduado em Direito Eleitoral e em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade Baiana de Direito. Advogado e consultor jurídico.

Pedro Henrique Magalhães Azevedo

Mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro. Analista de controle externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Professor da PUC Minas e da Escola de Contas do TCE-MG.

Rafael Lucas da Silva Santos

Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios na Universidade Federal Fluminense (PPGDIN-UFF). Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Juiz de Fora (PROFIAP-UFJF). Servidor público vinculado à Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Rafael Ramos

Mestre em Direito Público pela PUCRS. Presidente da Comissão de Estudos sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Procurador Municipal de Porto Alegre.

Rafael Wallbach Schwind

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Visiting Scholar na Universidade de Nottingham Fellow do Chartered Institute of Arbitrators. Advogado.

Rafaella Nátyl Fácio

Mestra e Bacharela pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora na Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Advogada no escritório Bacellar & Andrade Advogados Associados.

Renata Costa Rainho

Doutoranda e Mestra em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada e consultora.

Renata Hellwig Ferreira

Mestranda em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPeL). Especialização em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada Pública Municipal.

Ricardo Marcondes Martins

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo da PUC-SP.

Ricardo Schneider Rodrigues

Professor de Direito Administrativo no Centro Universitário Cesmac. Pós-doutorando pela EACH/USP. Doutor em Direito pela PUCRS. Procurador do Ministério Público de Contas de Alagoas.

Rodrigo Lychowski

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor da UERJ e Procurador Federal do Jardim Botânico do Rio de Janeiro.

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro

Pós-doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Sócio Fundador e CEO do Pironti Advogados.

Rodrigo Santos Neves

Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória/ES. Professor Adjunto de Direito Público da Faculdade Municipal de Linhares/ES. Procurador Municipal.

Sâmela Cristina de Souza

Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Gerente de licitações – Município de Viana/ES.

Sergio de Andréa Ferreira

Desembargador Federal do TRF2, aposentado. Professor, aposentado, de Direito Administrativo da UERJ. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Siddharta Legale

Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Pós-doutor e Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional pelo PPGDC/UFF. Advogado.

Thaís Marçal

Doutoranda e Mestra pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Advogada e árbitra.

Thamara Madeiro Melo

Graduanda na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Bolsista de graduação do Programa Cientista Chefe da Cultura. Membro da Rede Ibero-americana Juvenil de Direito Administrativo.

Vanessa de Fátima Terrade

Professora Adjunta em Direito Administrativo na Universidade Federal Fluminense. Doutora em Direito Público pela Universidade Sorbonne-Paris-Cité (Paris 13). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Sorbonne-Panthéon-Assas (Paris 1).

Vanice Regina Lírio do Valle

Pós-doutorado em Administração pela EBAPE/FGV-Rio. Doutora em Direito pela UGF. Professora Permanente do PPGDP/UFG.

Weida Zancaner

Especialista e Mestre em Direito pela PUC-SP. Advogada em São Paulo.

Esta obra foi composta em fonte Palatino Linotype, corpo 10
e impressa em papel Offset 75g (miolo) e Supremo 250g (capa)
pela Gráfica Formato.