

INTEGRIDADE, SUSTENTABILIDADE
E GOVERNANÇA

LIVRO DO 38º CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO ADMINISTRATIVO

CRISTIANA FORTINI
LIGIA MELO
EMERSON GABARDO

Coordenadores

INTEGRIDADE, SUSTENTABILIDADE E GOVERNANÇA

LIVRO DO 38º CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Belo Horizonte

FORUM
CONHECIMENTO

2025

© 2025 Editora Fórum Ltda.

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

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês 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

FÓRUM
CONHECIMENTO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Thaynara Faleiro Malta
Revisão: Pauliane Santos Coelho
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* editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

I61 Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo / Cristiana Fortini, Ligia Melo, Emerson Gabardo (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2025.

694 p. 17x24cm
ISBN impresso 978-85-450-0925-2
ISBN digital 978-85-450-0931-3

1. Direito administrativo. 2. Administração Pública. 3. Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. 4. Governança. 5. Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA. 6. Integridade. 7. Sustentabilidade. I. Fortini, Cristiana. II. Melo, Ligia. 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; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. 694 p. ISBN 978-85-450-0925-2.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Prof. Dra. Cristiana Fortini	23

PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

O CONCURSO PÚBLICO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: PANORAMA HISTÓRICO

FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO	27
1 Introdução	27
2 O concurso público antes da Constituição de 1988	28
2.1 Constituição imperial	28
2.2 Primeira constituição republicana	28
2.3 Constituição de 1934	29
2.4 Constituição do Estado Novo	30
2.5 Constituição de 1946	32
2.6 Constituição de 1967 e EC 1/1969	33
2.7 A adoção do regime trabalhista como fator de enfraquecimento do concurso público .	34
3 O concurso público na vigência da Constituição de 1988	36
4 Conclusão	39
Referências	39

AS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DAS EMENDAS PARLAMENTARES E OS SEUS IMPACTOS NO TERCEIRO SETOR

PEDRO HENRIQUE MAGALHÃES AZEVEDO	41
1 Introdução	41
2 Evolução das regras sobre emendas parlamentares	42
2.1 Breve contexto histórico	42
2.2 Regras constitucionais e legais aplicáveis às emendas	43
3 Fatos e dados a respeito das emendas parlamentares	44
3.1 Dados gerais	44
3.2 Transferências a instituições privadas sem fins lucrativos	46
4 Atuação do Supremo Tribunal Federal na execução das emendas parlamentares	49
5 O impacto das decisões do STF no Terceiro Setor	51
6 Considerações finais	52
Referências	53

A PRESCRIÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A ADI 7.236	
ANA MARIA BARATA	55
1	Introdução 55
2	A trajetória da prescrição na lei de improbidade administrativa 57
2.1	A Prescrição na redação original da Lei n. 8.429/1992..... 57
2.2	A Prescrição na Lei n. 14.230/2021 58
2.3	A Prescrição Geral para o Ajuizamento da Ação de Improbidade Administrativa-AIA..... 59
2.4	A Suspensão da Prescrição 59
2.5	A Prescrição Intercorrente 61
2.6	A Irretroatividade do Novo Regime Prescricional no Tema 1.999 62
3	A Prescrição no voto da ADI 7.236..... 64
4	Conclusão 67
	Referências 67

REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS NO BRASIL: CRIAR OU NÃO CRIAR UM ENTE REGULADOR? EIS NOVAMENTE A QUESTÃO	
DAIESSÉ QUÊNIA JAALA SANTOS BOMFIM, VALÉRIA DE SOUZA ROSA	71
1	Introdução 71
2	As plataformas digitais 72
3	Os desafios decorrentes do crescimento das plataformas digitais.....74
4	Brasil: criar um ente regulador específico é a solução?..... 77
5	Conclusões..... 81
	Referências 82

COMPREENDENDO O DIREITO ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DA TEORIA DAS LUZES E DA DEMOCRACIA ADMINISTRATIVA	
FLÁVIO GARCIA CABRAL	85
1	Introdução 85
2	O direito administrativo e suas finalidades..... 86
3	Teorias das luzes..... 88
4	Democracia administrativa 90
5	Considerações finais 92
	Referências 93

O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM FACE DA ELIMINAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DE REGIME ÚNICO: O ARTIGO 19, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	
MÁRCIO CAMMAROSANO	95
1	Introdução 95
2	Regime(s) jurídico(s) dos servidores públicos – Digressão histórico-constitucional dos últimos 50 anos e os subterfúgios para burlar à exigência de concurso público 97

3	A celeuma quanto à natureza do regime jurídico dos servidores públicos – artigo 39, <i>caput</i>	99
4	Distinção: atividades exclusivas, ou não, de Estado.....	102
5	Conclusões.....	104
	Referências	106

PERSPECTIVAS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

	JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO	107
1	Introdução	107
2	Moral e ética	108
3	Moral e Direito.....	109
4	Moral e direito positivo	110
5	Moralidade administrativa.....	111
6	Moralidade pretérita	112
7	Moralidade atual	113
8	Moralidade no futuro	115
9	Conclusões.....	117
	Referências	118

POESIA NA BUROCRACIA: A TRAJETÓRIA DE CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

	FÁBIO LINS DE LESSA CARVALHO	119
1	Um poeta no serviço público.....	119
2	Na Secretaria de Educação de Minas Gerais – 1928.....	122
3	No Minas Gerais (Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais) – 1929; 1949/1953	124
4	Na Secretaria de Interior de Minas Gerais – 1930	126
5	No Governo do Estado de Minas Gerais – 1933	127
6	No Ministério da Educação e Saúde Pública – 1934/1945	128
7	No Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – 1945/1962.....	135
	Referências	139

CINCO DÉCADAS DA CARTA DE EMBU: DA PROMOÇÃO À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE AOS POSSÍVEIS DESVIRTUAMENTOS

	HARLEY DINIZ SOUSA DE CARVALHO	141
1	Introdução	141
2	A Carta de Embu: origem e finalidade	142
2	A função social da propriedade imobiliária urbana na ordem jurídica pós-1988: reflexos da Carta de Embu.....	146
3	Solo criado na atualidade: possíveis desvirtuamentos	149
4	Considerações finais	151
	Referências	152

ESTADO INTELIGENTE E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UMA IA BETHÂNIA	
JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM, THANDERSON PEREIRA DE SOUSA 155	
1	Introdução 155
2	Estado “acima da manada”: releitura da ação pública para uma IA adequada e sustentável.....157
3	Estratégias de organização de meios disponíveis ao Estado: políticas públicas para uma IA Bethânia 160
4	Considerações finais 166
	Referências 167

O DIREITO ADMINISTRATIVO DO SÉCULO XXI	
MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO 169	
1	Estrutura básica e transformações do direito administrativo 169
2	O direito administrativo entre o direito privado e o constitucional.....171
3	Inovações que afetaram o direito administrativo no século XXI 171
4	Reflexos da LINDB sobre o direito administrativo..... 172
5	Reflexos do uso da Inteligência Artificial sobre o direito administrativo 173
	Referências 178

LIMITES DAS MUTAÇÕES CONTRATUAIS NOS INSTRUMENTOS DE PARCERIA COM O TERCEIRO SETOR	
RICARDO AGRA VILLARIM, MARIA TEREZA FONSECA DIAS 179	
1	Introdução 179
2	Notas sobre o regime jurídico dos instrumentos de parceria com o Terceiro Setor 181
2.1	Natureza jurídica das parcerias com o terceiro setor.....181
2.2	Termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação 184
2.3	Contrato de gestão 186
2.4	Termo de parceria.....188
3	Mutabilidade das parcerias com o Terceiro Setor 190
3.1	Definição de mutabilidade..... 190
3.2	Espécies de alterações.....191
4	Considerações finais 194
	Referências 196

PROCESSO ADMINISTRATIVO NEGOCIAL: O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE DIREITOS NA NEGOCIAÇÃO DE ACORDOS ADMINISTRATIVOS	
LUZARDO FARIA 201	
1	Introdução 201
2	O processo administrativo como instrumento de garantia de direitos 202
3	Processo administrativo negocial..... 204
4	O art. 26 da LINDB, o Decreto n. 9.830/2019 e o Projeto de Reforma da Lei n. 9.784/1999: o processo administrativo negocial no Direito brasileiro 206

5	O respeito aos precedentes como fator fundamental dos processos administrativos negociais.....	209
6	Conclusões.....	212
	Referências	212

RESPONSABILIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DECORRÊNCIA DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS À LUZ DA LGPD

DANIEL FERREIRA, JOSÉ ANTONIO ASSAD E FARIA JÚNIOR.....		215
1	Introdução	215
2	A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Âmbito da Administração Pública	216
3	Responsabilidade pelo Tratamento de Dados Pessoais no Âmbito da Administração Pública.....	220
3.1	Responsabilidade civil.....	221
3.2	Responsabilidade Administrativa.....	223
4	Conclusões.....	226
	Referências	227

O MOTIVO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR E SEU CONTROLE JURISDICIONAL

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA		229
1	Introdução	229
2	Sanção administrativa disciplinar como ato jurídico.....	230
3	O motivo da sanção administrativa disciplinar	233
4	Controle dos motivos da sanção administrativa disciplinar pelo Poder Judiciário	237
5	Considerações finais	238
	Referências	239

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E CONVENCIONALIDADE

FELIPE KLEIN GUSSOLI.....		241
1	Introdução	241
2	A vinculação administrativa à legalidade estrita no Estado Legislativo superada pela vinculação aos tratados de direitos humanos no Estado Convencional.....	242
3	Aplicação direta de normas de tratados e controle de convencionalidade pela função administrativa	246
4	Conclusão	250
	Referências	252

OPORTUNIDADE DE NEGÓCIOS E EMPREENDEDORISMO ESTATAL

CAROLINA REIS JATOBÁ.....		255
1	Introdução	255
2	A empresa estatal como instrumento de atuação desenvolvimentista da Ordem Econômica Constitucional	256
3	Espécies de inaplicabilidade de procedimento licitatório	258

3.1	Atividade finalística: execução direta ou contratação de atividades de suporte/apoio	259
3.2	Parcerias por oportunidades de negócios	261
4	A possibilidade de previsão, via regulamentação interna, de critérios para definição das hipóteses fáticas de oportunidades de negócio	264
5	Conclusão	267
	Referências	269

A EFETIVIDADE DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA: FERRAMENTA DE ENFRENTAMENTO DOS ILÍCITOS GOVERNATIVOS

ROGÉRIO GESTA LEAL	271
1 Notas introdutórias.....	271
2 Contornos teóricos e pragmáticos do AL no sistema jurídico brasileiro e na LAC	272
3 Cláusulas explícitas e implícitas do AL e a tutela dos bens públicos indisponíveis da LAC	276
4 Notas conclusivas.....	283
Referências	284

SISTEMA DE INTEGRIDADE PÚBLICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO EM GRANDES DEBATES DOUTRINÁRIOS

JOÃO MARCELO REGO MAGALHÃES	287
1 Considerações iniciais	287
2 Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 (nova lei de licitações e contratos): a disciplina geral da integridade pública em licitações.....	288
2.1 Princípios.....	288
2.2 Aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).....	289
2.3 Integridade de conduta para agentes públicos.....	291
2.4 Integridade nos procedimentos de instrução, habilitação e julgamento	293
2.5 Controles social, externo e interno	296
3 A jornada do instituto brasileiro de direito administrativo no contexto da integridade em licitações	297
Referências	298

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: REQUISITOS PARA A INCLUSÃO DE EXECUÇÃO DE OBRAS, FORNECIMENTO OU INSTALAÇÃO DE BENS COMO OBJETO DO CONTRATO

THIAGO MARRARA, DAVI CORREA RENNO, KELLY CRISTINE CANEDO ARAÚJO ..	301
1 Introdução: implicações da definição do objeto contratual.....	301
2 Interpretação do art. 2º, §2º, da Lei das PPPs	302
3 A execução de obra e o fornecimento e instalação de bens associados	303
4 O requisito da pertinência entre as tarefas que formam o objeto contratual.....	305

5	O requisito da eficiência da ampliação do objeto contratual	306
6	Conclusão	311
	Referências	311

PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

RICARDO MARCONDES MARTINS	313
1 Solidariedade social.....	313
2 Solidariedade jurídica.....	314
3 Seguridade social	316
4 Serviços públicos.....	318
Referências	319

A CONSENSUALIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA LEI N. 14.133/2021, JURIMETRIA E ABORDAGENS TECNOLÓGICAS

ANETE MARQUES PENNA DE CARVALHO, MARCIO AUGUSTO MOURA DE MORAES	321
1 Introdução	321
2 Meios consensuais de solução de conflitos aplicados aos contratos administrativos e benefícios que geram para a administração pública	324
2.1 Consensualidade na administração pública em geral e nas contratações públicas	326
3 Uso das novas abordagens tecnológicas para a promoção dos meios consensuais de resolução de controvérsias na nova lei de licitações	329
3.1 Jurimetria.....	329
3.2 Inteligência Artificial (IA).....	330
3.3 Resolução de Disputas <i>On Line</i> (ODRs)	331
4 Conclusões.....	333
Referências	333

ARRANJOS INSTITUCIONAIS E SERVIÇO PÚBLICO DE QUALIDADE: UM DEBATE NECESSÁRIO SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS E REGULAÇÃO

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO	335
1 Introdução	335
2 Arranjos institucionais no estado constitucional.....	335
3 Inovações e serviço público de qualidade.....	337
4 Conexões entre regulação, políticas públicas e serviço público de qualidade como debate necessário.....	339
Referências	340

EFEITO GANGORRA E DESEQUILÍBRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

IRENE PATRÍCIA NOHARA	343
1 Introdução	343

2	Passado do controle: influência francesa, transformações históricas e reviravoltas do controle no Brasil	344
3	Controle no presente: paulatina influência norte-americana	350
4	Futuro do controle: desafios de enfrentamento do neoliberalismo tecno-policialesco	353
5	Conclusão	354
	Referências	356

O STF, O ERRO GROSSEIRO E A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LINDB: ANÁLISE DO JULGAMENTO DAS ADIS 6421 E 6428

RAFAEL RAMOS	357
1 Considerações iniciais	357
2 Texto e contexto da Lei n. 13.655/2018	359
3 A constitucionalidade da limitação da responsabilidade do gestor público.....	360
4 Responsabilização e proporcionalidade: da proibição de excesso à proibição de proteção insuficiente	362
5 A LINDB e os órgãos de controle externo	363
6 Considerações finais	364
Referências	365

AS CARACTERÍSTICAS E O ITER PROCEDIMENTAL DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL: ANÁLISE DE CONTROVÉRSIAS EM REGULAMENTOS FEDERATIVOS

LUCIANO ELIAS REIS	367
1 Introdução	367
2 A modalidade diálogo competitivo e suas particularidades	368
3 Iter procedimental	370
4 Breve conclusão	374
Referências	374

OS ENUNCIADOS DO IBDA ACERCA DAS MUDANÇAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: COMO FOI A CONSTRUÇÃO DOS ENUNCIADOS

JUSCIMAR PINTO RIBEIRO	375
1 Introdução	375
2 Etapas das propostas de Enunciados do IBDA.....	376
3 Conclusões finais.....	380
Referências	381

DO FORMALISMO AOS ALGORITMOS: TRIBUNAIS DE CONTAS E O DESAFIO DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NOS CINQUENTA ANOS DO IBDA

RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES	383
1 Introdução	383

2	Os Tribunais de Contas do passado: o formalismo exacerbado	384
3	Os Tribunais de Contas do presente: a busca por relevância via eficiência	387
4	Os Tribunais de Contas do futuro: a imersão nas novas tecnologias	389
4.1	Os riscos do novo mundo digital para o controle externo.....	390
4.1.1	Falta de transparência e a questão da “caixa-preta” da IA.....	390
4.1.2	Discriminação algorítmica e viés de dados	391
4.1.3	Uso indevido de dados e violação da privacidade.....	391
4.1.4	Substituição indevida da decisão humana	392
4.1.5	Riscos de cibersegurança e manipulação de dados.....	393
4.1.6	Dependência excessiva de tecnologias privadas.....	393
4.1.7	Resistência cultural.....	394
4.2	Em direção a um “controle de vigilância”?.....	394
4.3	Considerações para um controle tecnológico responsável.....	395
4.4	Rumo a um controle externo expandido pela tecnologia	397
5	Conclusões	397
	Referências	398

RESSARCIMENTO DOS ESTUDOS NOS PROCEDIMENTOS DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE – PMIS: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA NÃO ASSINATURA DO CONTRATO APÓS ADJUDICAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO

ANDRÉ SADDY, KETLYN GONÇALVES FERNANDES		401
1	Introdução	401
2	Ressarcimento dos estudos nos procedimentos de manifestação de interesse – PMIs.....	403
2.1	Modelo majoritário: ressarcimento pelo vencedor da licitante independentemente da assinatura do contrato	404
2.2	Modelo minoritário: ressarcimento pelo vencedor da licitante apenas se houver a assinatura do contrato	409
3	Relação jurídica pré-contratual e o direito ao ressarcimento em caso de desistência e/ou inadimplência do licitante vencedor	410
4	Pretensão reintegradora do autorizado perante o licitante vencedor e hipótese de responsabilidade subsidiária do Poder Público	411
5	Conclusões.....	413
	Referências	414

GOVERNO DIGITAL, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI N. 2.481/2022

LUCAS BOSSONI SAIKALI, NICHOLAS ANDREY MONTEIRO WATZKO		415
1	Introdução	415
2	A Lei do Governo Digital como marco legislativo de fomento à inovação no setor público.....	416
3	O uso da Inteligência Artificial pela Administração Pública e o Projeto de Lei n. 2.481/2022.....	417

4	Entre robôs e salvaguardas: por uma aplicação planejada e experimental da inteligência artificial.....	421
5	Considerações finais	423
	Referências	423

LICITAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E EQUIDADE TERRITORIAL: A FUNÇÃO ESTRATÉGICA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS MUNICIPAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI N. 14.133/2021

ODILON DOS SANTOS SILVA, LUASSES GONÇALVES DOS SANTOS, FERNANDA CORDEIRO DE OLIVEIRA		427
1	Introdução	428
2	Promoção do desenvolvimento nacional e diminuição das desigualdades regionais: a oportunidade de realização local por meio das contratações públicas.	429
3	Licitação nos Municípios como Instrumento de Desenvolvimento Sustentável e Redução das Desigualdades Regionais.	432
4	Conclusão	436
	Referências	437

DESAFIOS E OPORTUNIDADES DA INTERNET DAS COISAS PARA ALCANÇAR O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER, GIULIA DE ROSSI ANDRADE		439
1	Introdução	440
2	Entendendo a noção de Desenvolvimento Sustentável.....	441
3	A Internet das Coisas (IdC) e suas Oportunidades nos Países em Desenvolvimento ..	443
3.1	Saúde, água e saneamento	444
3.2	Agricultura e meios de subsistência	445
3.3	Educação.....	446
3.4	Meio ambiente e conservação.....	447
3.5	Resiliência, Infraestrutura e Energia	448
4	Considerações finais: os desafios da IdC nos países em desenvolvimento	449
	Referências	450

A PRESENÇA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO JUDICIAL E O RISCO DO JUÍZO VIRTUAL

GERALDO SPAGNO GUIMARÃES		453
1	Introdução: causas e surgimento do tema.....	453
2	O futuro dos processos judiciais	454
3	Percalços e ajustes práticos da evolução tecnológica – caso prático.....	455
4	A zona fronteira de razoabilidade entre o juízo natural e o virtual como princípio.....	456
5	Como conciliar o juízo natural e o virtual	458
6	Conclusões.....	459
	Referências	461

A ATUAÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA E DO CONTROLE INTERNO NA LEI
N. 14.133/2021

CHRISTIANNE DE CARVALHO STROPPA.....	463
1 Introdução	463
2 O modelo das três linhas e sua incorporação pela Lei n. 14.133/2021	464
3 Gestão de riscos e o papel das funções de apoio institucional na segunda linha de defesa	467
4 Pontos de convergência entre a assessoria jurídica e o controle interno na Lei n. 14.133/2021.....	468
5 Desafios.....	471
6 Conclusão	471
Referências	471

A POSSIBILIDADE DE READAPTAÇÃO NO ESTÁGIO PROBATÓRIO: BURLA AO
PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO?

VANESSA DE FÁTIMA TERRADE, ERICKSON RAIMUNDO SANTOS DE MORAIS	473
1 Introdução	473
2 Da Investidura na Administração Pública	475
3 A Readaptação	483
Conclusão	499
Referências	500

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A
RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS: DIÁLOGOS ENTRE A LGPD
E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

JOÃO PEDRO TEIXEIRA TRANSMONTANO, RODRIGO PIRONTI	503
1 Introdução	503
2 O tratamento de dados pessoais pela Administração Pública e a LGPD.....	504
3 A responsabilização e as sanções administrativas na LGPD e o Direito Administrativo Sancionador	508
4 Os diálogos entre a Lei de Improbidade Administrativa e a LGPD	512
5 Conclusão	515
Referências	516

DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DOS SERVIÇOS
PÚBLICOS: AVANÇOS DO GOVERNO DIGITAL BRASILEIRO

VIVIAN CRISTINA LIMA LOPEZ VALLE, JÉSSICA GARCIA DA SILVA MACIEL	519
1 Introdução	519
2 Desafios e benefícios da transformação digital dos serviços públicos.....	520
3 O governo digital brasileiro.....	523
4 Considerações finais	533
Referências	534

OS *DISPUTE BOARDS* COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS

RAFAEL WALLBACH SCHWIND	537
1 Introdução	537
2 Considerações iniciais a respeito de soluções consensuais de conflitos com a Administração Pública.....	538
2.1 A superação de uma visão equivocada	538
2.2 A não-necessariedade de intervenção jurisdicional.....	538
2.3 A necessária satisfação dos princípios da eficiência e celeridade	539
2.4 A Lei de Mediação (Lei n. 13.140) e a previsão de um capítulo específico	539
2.5 O art. 26 da LINDB.....	540
2.6 Os <i>dispute boards</i> como mecanismo de prevenção e resolução de litígios	540
2.7 O art. 151 da Lei n. 14.133	541
2.8 Ressalva quanto à qualificação dos <i>dispute boards</i> como meios “alternativos” de resolução de disputas	541
3 Os <i>dispute boards</i>	542
3.1 A ideia inicial de um <i>dispute board</i>	542
3.2 Os objetivos centrais de um <i>dispute board</i>	542
4 Breve histórico dos <i>dispute boards</i>	542
5 Vantagens dos <i>dispute boards</i>	543
6 A flexibilidade na definição do modo de funcionamento de um <i>dispute board</i>	544
7 Classificação dos <i>dispute boards</i>	544
7.1 Quanto ao momento de formação	544
7.2 Quanto ao grau de vinculação do ato expedido	544
7.3 Quanto ao número de membros	545
8 Casos de <i>dispute boards</i> em contratos administrativos no Brasil	545
9 A recepção das decisões dos <i>dispute boards</i> pelo Poder Judiciário.....	545
10 Expectativas quanto à adoção de <i>dispute boards</i> em contratos administrativos	546
Referências	546

PARTE II

TEXTOS DOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO GOVERNO ELETRÔNICO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

JOSÉ HENRIQUE KLEINA	551
1 Introdução	552
2 Surgimento e evolução do governo eletrônico	553
3 Governo eletrônico e políticas públicas: uma relação necessária	558
4 A eficiência como elemento intrínseco à implementação de políticas públicas no governo eletrônico	561
5 Considerações finais	563
Referências	564

MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA (MIP): PERMISSÃO
CONSTITUCIONAL E ADEQUAÇÃO À LEI N. 14.133/2021

MARIANA BUENO RESENDE	567
1 Introdução	568
2 Fundamentos constitucionais para utilização do procedimento de manifestação de interesse (PMI) e da manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP)	570
3 Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) no ordenamento jurídico brasileiro	572
4 <i>Unsolicited Proposals</i> no direito comparado e o modelo chileno das “iniciativas privadas”	576
5 Considerações finais	579
Referências	580

ANÁLISE SOBRE A ADOÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

DAYANA ALVES GUIMARÃES	583
1 Introdução	584
2 A teoria do pragmatismo jurídico	585
3 A utilização de argumentos consequencialistas como fundamento decisório	589
4 Críticas à utilização de argumentos consequencialistas	595
5 Conclusão	597
Referências	599

PARTE III
COMUNICADOS CIENTÍFICOS APRESENTADOS

METAVERSO NAS LICITAÇÕES

FLÁVIA DE SOUZA LOPES	605
Referências	606

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO GOVERNO ELETRÔNICO E
O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

JOSÉ HENRIQUE KLEINA	607
Referências	608

SMART CITY LAGUNA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL: A
SUSTENTABILIDADE COMO PREMISA PARA O DIREITO À CIDADE

SIDRACK RACK MORAES ALVES, ANAMARIA PEREIRA MORAIS VENTURA	609
Referências	610

PUBLICIDADE X SIGILO

ALANA VITÓRIA OLIVEIRA DE ALBUQUERQUE	611
Referências	612

A LEI N. 14.133/2021 E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ATÍPICOS: A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA A AQUISIÇÃO DE CRIPTOATIVOS	
DEIVER NEVES FERREIRA BARBOSA.....	613
Referências	614
PARÂMETROS DE DEFERÊNCIA E CONTROLE ADMINISTRATIVO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS DO ESTADO SOCIAL DIGITAL	
GUILHERME LUIZÃO MARQUES.....	615
Referências	616
A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UM PROGRAMA DE <i>WHISTLEBLOWING</i> EFETIVO	
MARIA LUÍSA CAMMAROTA DE ABREU.....	617
Referências	618
NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITO ADMINISTRATIVO DO SÉCULO XXI E GOVERNANÇA: O FORTALECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONTRABALANÇA DA REDUÇÃO DAS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
DOMILSON RABELO DA SILVA JÚNIOR.....	619
Referências	620
DIREITO ADMINISTRATIVO CONTRACOLONIAL E RAÇA: NOVA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA PARA A PROMOÇÃO DE CIDADES SUSTENTÁVEIS	
LUASSES GONÇALVES DOS SANTOS.....	621
Referências	622
ANÁLISE SOBRE A ADOÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	
DAYANA ALVES GUIMARÃES.....	623
Referências	623
A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE	
IGOR AMARAL DA COSTA	625
Referências	626
A PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA NO SERVIÇO PÚBLICO	
GLAUBER DE BRITTES PEREIRA	627
Referências	628

PARQUE NACIONAL E GOVERNANÇA: BREVE ANÁLISE DO PARQUE NACIONAL DA SERRA DA TEIXEIRA	
JANE KETLEM BARBOZA FERREIRA	629
Referências	630
AS TRANSAÇÕES ADMINISTRATIVAS COMO INSTRUMENTOS DE AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL	
SÁLVIA GOMES DE ALMEIDA	631
Referências	632
O INTERESSE PÚBLICO NAS ALTERAÇÕES QUALITATIVAS ALÉM DO LIMITE PREVISTO EM LEI	
DIEGO ANTUNES DA COSTA	633
Referências	634
A AUTORREGULAÇÃO PRIVADA COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA	
FILIPPE VENTURINI SIGNORELLI	635
Referências	636
AUDIÊNCIA PÚBLICA: A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE COMO FERRAMENTA DE CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
ALFREDO MONTEIRO LINS DE ALBUQUERQUE	637
Referências	638
DIAGNÓSTICO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS EM GOIÂNIA	
NATHÁLIA SUZANA COSTA SILVA TOZETTO	639
Referências	640
A TENDÊNCIA DO CONTROLE CONSENSUAL E O TCAC DA ANS EM TEMPOS DE FINANCEIRIZAÇÃO DA SAÚDE	
MARIA THERESA DUARTE REIS	641
Referências	642
CONSENSUALIDADE NA RENEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO: UMA ANÁLISE PROPOSITIVA A PARTIR DO INSTITUTO DA RELICITAÇÃO	
MATHEUS ALVES MOREIRA DA SILVA	643
Referências	644

AUTODECLARAÇÃO <i>VERSUS</i> HETEROIDENTIFICAÇÃO: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA INCLUSÃO NA POLÍTICA PÚBLICA DE RESERVA DE VAGAS A CANDIDATOS NEGROS EM CONCURSO PÚBLICO	
RENATA HELLWIG FERREIRA	645
Referências	646
O FATOR RISCO NA GOVERNANÇA PÚBLICA E NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	
CARLA THAMILIS FONSECA CHAVES	647
Referências	648
OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	
EMILY SOLON MARQUINHO NOBRE	649
Referências	650
DIREITO SANCIONADOR E A CONVERGÊNCIA DE PRINCÍPIOS	
JOELMIR VESSOZI CARVALHO	651
Referências	652
A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI N. 14.133/2021	
TASSIANE DE FÁTIMA MORAES	653
Referências	653
A EXISTÊNCIA DE TRATAMENTO PRIVILEGIADO PARA EMPRESAS PÚBLICAS NA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> : NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO	
FABÍOLA C. L. CAMMAROTA DE ABREU	655
Referências	656
ATUAÇÃO DO GESTOR E FISCAL NAS DIFERENTES FASES DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA PARA APRIMORAMENTO DA GESTÃO CONTRATUAL	
ILLEANNA CLARA DE MEDEIROS LACERDA, FLÁVIO RODRIGO LEAL TUNICO	657
Referências	658
DELEGAÇÃO DE PODER DE POLÍCIA PARA EMPRESAS ESTATAIS	
RAMON ARAUJO LOJUDICE	659
Referências	660

O EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA PARA ELEIÇÃO DO MODELO DE CONTRATAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE INOVAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
ALEXANDRE HENRIQUE MORETTI CAMMAROSANO KOPCZYNSKI	661
Referências	662
MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA (MIP): PERMISSÃO CONSTITUCIONAL E ADEQUAÇÃO À LEI N. 14.133/2021	
MARIANA BUENO RESENDE	663
Referências	664
AS INOVAÇÕES DA LEI N. 14.133/2021 E O CREDENCIAMENTO EM MERCADOS FLUIDOS (<i>E-MARKETPLACE</i>): ANÁLISE DAS AQUISIÇÕES DE MEDICAMENTOS EM UM HOSPITAL DE ENSINO PORTA ABERTA 100% SUS	
ELIANA VIANA PINTO COELHO, AMANDA FONSECA MEDEIROS	665
Referências	666
CONTRATO ADMINISTRATIVO: A MUTAÇÃO E O REEQUILÍBRIO DA REFORMA TRIBUTÁRIA (EC 132/23 E PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR 68/24) EM BUSCA DE MELHORES PRÁTICAS	
FRANCISCO BERTINO BEZERRA DE CARVALHO	667
Referências	668
A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO A FAVOR DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A DIMENSÃO ÉTICA DE SUSTENTABILIDADE	
ESTER EMANUELE LIMA	669
Referências	670
APLICABILIDADE DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 7º DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: REGULAMENTOS INSTITUCIONAIS?	
ERICA DA SILVA LIMA	671
Referências	671
A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DO ARTIGO 117 DA LEI N. 14.133/2021	
FERNANDA MARIA AFONSO CARNEIRO	673
Referências	674
PARTE IV	
PROGRAMA DO 38º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO	
SOBRE OS AUTORES.....	687

APRESENTAÇÃO

Enfim, chegamos aos 50 anos do *Instituto Brasileiro de Direito Administrativo*, entidade nacionalmente conhecida e que reúne administrativistas de todo o país, cuja força vital está em ascendência, quer pelo volume de atividades que oferece, quer pela acolhida de novos rostos a despontar em comissões de estudos, nas jornadas e nos diversos eventos.

Cinquenta anos de uma aspiração que, penso, deixaria orgulhosos os seus idealizadores, pela potência e engajamento com que o instituto se apresenta.

O IBDA soma décadas de encontros, histórias, sentimentos, produção conjunta, perdas e divergências também. Nos despedimos de parte considerável de seus fundadores, testemunhamos rupturas, mas fomos e somos constantemente revigorados pelas gerações seguintes, entusiastas e apaixonados pelo Direito Administrativo. Um coletivo que cresce a cada nova ação e, espero, assim se preserve a fim que o instituto possa ostentar a nacionalidade que carrega no nome.

O IBDA chega aos seus 50 anos dotado de uma musculatura jovial a prometer outros 50 anos de intensa agenda, mas ostentando o cuidado com a seriedade, o afeto e a pluralidade que devem prevalecer em nossos encontros.

Neste importante ano de 2025, novamente eternizamos parte do que foi discutido no ano anterior, oferecendo aos leitores gratuitamente as reflexões de parte dos juristas que, em 2024, integraram o elenco dos professores e autoridades cujos pensamentos floresceram nos dias do até então maior Congresso da nossa história – o XXXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado na belíssima cidade de João Pessoa.

Realço traço ímpar que empresta aos livros de nossos congressos nacionais: a presença dos três vencedores no concurso de artigos (juristas e pesquisadores que merecem nossos aplausos pelo esforço empreendido e pela qualidade dos textos). A obra retrata temas e ângulos diversos, bem como autores já reconhecidos ladeados por nomes que estão a iniciar seus passos na academia e no ambiente profissional.

Finalmente, destaco a publicação dos resumos dos comunicados científicos apresentados no evento. Trata-se do relato escrito de uma importante atividade científica, caracterizada pela dialética, pelos elogios sinceros, e pelas críticas construtivas.

“Integridade, Sustentabilidade e Governança” foram as três palavras-chave que, transversalmente, deram liame temático ao Congresso e, agora, refletem o fio condutor da presente coletânea. A variedade de assuntos tratados é grande, compreendendo temas clássicos como: prescrição, improbidade, servidores, burocracia, políticas públicas, legalidade, controle, licitações, concurso público, função social da propriedade, terceiro setor e parcerias público-privadas; e temas contemporâneos como: plataformas digitais,

processo administrativo negocial, tratamento de dados, controle de convencionalidade, princípio da solidariedade, consensualidade, arranjos institucionais, diálogo competitivo, algoritmos, transformação digital, inteligência artificial, internet das coisas e *dispute boards*.

A partir das edições anteriores é de se esperar uma obra ainda mais significativa em decorrência deste XXXIX Congresso, realizado na minha querida cidade de Belo Horizonte. O ano de 2025 promete ser marcante para o Direito Administrativo brasileiro, firmando o pés em definitivo para o século XXI.

Belo Horizonte, outubro de 2025.

Prof. Dra. Cristiana Fortini

Presidente do IBDA

PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

O CONCURSO PÚBLICO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: PANORAMA HISTÓRICO

FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO

Professor de Direito Administrativo na UFMG.
Procurador da Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

Sumário: 1 Introdução. 2 O concurso público antes da Constituição de 1988. 2.1 Constituição imperial. 2.2 Primeira constituição republicana. 2.3 Constituição de 1934. 2.4 Constituição do Estado Novo. 2.5 Constituição de 1946. 2.6 Constituição de 1967 e EC 1/1969. 2.7 A adoção do regime trabalhista como fator de enfraquecimento do concurso público. 3 O concurso público na vigência da Constituição de 1988. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O presente texto tem por objetivo analisar a evolução do tratamento do concurso público nos duzentos anos do constitucionalismo brasileiro.

Além dos dispositivos constitucionais que cuidaram da matéria nesse longo percurso histórico, serão também analisados os posicionamentos consolidados no Supremo Tribunal Federal (STF), em seu papel de intérprete maior do direito constitucional brasileiro. Em razão das limitações estabelecidas para este texto, serão tratados aqueles aspectos que foram objeto de súmulas de jurisprudência do STF, tanto as comuns quanto as vinculantes.

Alguns textos legais serão tratados apenas no intuito de indicar os principais desdobramentos, em diplomas normativos infraconstitucionais, das prescrições contidas nas constituições brasileiras, assim como influências do direito infraconstitucional no entendimento dado a normas constitucionais.

Advirta-se, como derradeira observação introdutória, que, na reprodução de normas e textos jurídicos antigos, foi feita a atualização ortográfica.

2 O concurso público antes da Constituição de 1988

2.1 Constituição imperial

O período do Império, em que vigorou a Constituição de 1824, é caracterizado por pouca atenção do texto constitucional aos servidores públicos, bem como ausência de qualquer sistemática legal no tratamento dos direitos e deveres relacionados a tais agentes públicos.

Conforme essa Constituição, ao Poder Legislativo, por meio da Assembleia Geral (composta da Câmara dos Deputados e do Senado), cabia “criar ou suprimir empregos públicos e estabelecer-lhes ordenados” (art. 15, XVI).

O art. 179, XIV, estabelecia que: “Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a dos seus talentos e virtudes”.

É importante observar que, nessa época, as expressões *emprego público* e *cargo público* não tinham, ainda, os diferentes significados que lhes são atualmente atribuídos. O direito do trabalho sequer existia e, assim, tanto *emprego*, quanto *cargo*, eram designações sinônimas para os postos de trabalho ocupados pelos agentes administrativos.

Não se estabeleceu, contudo, nem na Constituição de 1824, nem em lei, o modo pelo qual deveriam ser preenchidos esses cargos públicos. O quadro daí resultante é sintetizado por Carvalho da Silva:

Cada vez que fosse necessário criar e prover um cargo, ou prover cargo já existente, era expedido o competente decreto, ou decisão, ou mesmo uma simples carta imperial. O cargo era criado e o provimento era feito como hoje habitualmente ocorre numa empresa privada: se há necessidade de um arquivista, manda-se admiti-lo e inclui-lo na folha de pagamento.¹

2.2 Primeira constituição republicana

A Constituição de 1891 avançou mais relativamente à criação, mas muito pouco quanto ao preenchimento dos cargos públicos.

O § 34 do art. 72, incluído pela Emenda Constitucional de 3/9/1926, estabeleceu que “Nenhum emprego pode ser criado, nem vencimento algum, civil ou militar, pode ser estipulado ou alterado senão por lei ordinária especial.”

Quanto ao provimento, apenas se determinou, no art. 73, que “Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.”

Os termos *emprego* e *cargo* permanecem empregados sem distinção de sentido e surge o termo *funcionário público*, utilizado em alguns dispositivos da primeira Constituição republicana.

Em um processo que se desenvolvia desde o Império, nas primeiras décadas da República fez-se consolidar uma divisão entre duas grandes espécies de agentes

¹ SILVA, O Servidor Público na Legislação do Primeiro Reinado, *Revista do Serviço Público*, v. 108, n. 1, 1973, p. 187.

administrativos. Havia um grupo de agentes de caráter permanente e estável, e outro, precário e contingente. Os primeiros eram denominados *empregados públicos* ou *funcionários públicos*, firmando-se na época republicana esta última designação.² A estes se tornou tradicional associar os cargos públicos, organizados em carreiras e quadros. Os agentes em situação precária eram os chamados *extranumerários*, aos quais se associavam funções, sem cargos correspondentes.³

2.3 Constituição de 1934

Na Constituição de 1934 surgiram, pela primeira vez no direito constitucional positivo brasileiro, uma parte destinada aos “funcionários públicos” – Título VII – e a previsão do “concurso público” como forma obrigatória de acesso aos cargos públicos de carreira.

O art. 168 previa que “Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.” E o art. 170 determinou:

Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

1º, o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos, seja qual for a forma do pagamento;

2º, a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos;

[...].

Assim, a Constituição de 1934 introduziu a formulação “primeira investidura”, para limitar a essa hipótese a necessidade de investidura mediante concurso, regra da qual se podem extrair, pelo menos, duas consequências lógicas. Embora não expressamente, o citado item 2º do art. 170 faz referência a concurso *público*, já que se trata de regra para investidura de quem ainda não se encontra em algum dos “postos de carreira das repartições administrativas”. Outra decorrência é a de que as investiduras subsequentes, inclusive em carreiras diversas, prescindiam da aprovação em certame público, podendo ser antecedidas de concurso interno, que se caracteriza pela disputa apenas entre pessoas que já sejam agentes de determinada estrutura administrativa.

A Constituição de 1934 referiu-se ainda, especificamente, a três espécies de cargos públicos a serem providos mediante “concurso”: os componentes do Ministério Público Federal e destinados aos membros “que sirvam nos juízos comuns” (art. 95, § 3º); os juízes estaduais de primeiro grau (art. 104, “a”) e os integrantes do “magistério oficial” (art. 158), mas, neste caso, com a ressalva do § 1º: “Podem todavia, ser contratados, por tempo certo, professores de nomeada, nacionais ou estrangeiros.”

² Sobre a nomenclatura, cf. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, v. IV, 1967, p. 89-102.

³ TÁCITO, O Estatuto de 1952 e suas Inovações, *Revista de Direito Administrativo*, v. 34, 1953, p. 6.

No caso dos juízes estaduais, o concurso visava apenas à formação de lista tríplice de candidatos classificados a cada cargo vago, dos quais o Governador escolheria a quem nomear. O art. 104 estabelecia “princípios” para a organização do poder judiciário dos estados, prevendo na alínea “a” apenas o seguinte: “a) investidura nos primeiros graus, mediante concurso organizado pela Corte de Apelação, fazendo-se a classificação, sempre que possível, em lista tríplice”. Não consta da Constituição de 1934 quem escolheria o futuro magistrado, dentre os três listados. Pontes de Miranda registra que o Anteprojeto da Constituição previa tal competência em favor do “Presidente do Estado”. Assim, embora não se tenha registrado expressamente, entendeu-se que a competência era do Governador do Estado.⁴ Esse mesmo critério de lista tríplice foi mantido nas constituições de 1937 (art. 103, a), de 1946 (art. 124, III) e de 1967, seja no texto original (art. 136, I), seja na denominada “redação dada pela EC 1/1969” (art. 144, I). Mas apenas na Constituição de 1937 constou expressamente a competência do Governador do Estado para a escolha de quem se tornaria magistrado.

Quanto aos juízes federais, a Constituição de 1934 previu sua nomeação sem concurso público, “dentre brasileiros natos de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, e que não tenham menos de 30, nem mais de 60 anos de idade, dispensado este limite aos que forem magistrados” (art. 80, *caput*). As nomeações eram feitas “pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos, com os requisitos acima exigidos, e indicados, na forma da lei, e por escrutínio secreto, pela Corte Suprema” (art. 80, parágrafo único).

A determinação contida no citado art. 170, relativa à elaboração do Estatuto dos Funcionários Públicos, foi levada à frente por meio do Conselho Federal do Serviço Público Civil, órgão criado em 1936. Conforme noticia Almeida Carneiro, o anteprojeto do Estatuto “já ia ser remetido ao Congresso, quando adveio a Constituição de 10 de novembro de 1937”.⁵

2.4 Constituição do Estado Novo

Em 1937, iniciava-se o chamado Estado Novo, período em que Getúlio Vargas governou ditatorialmente, até 1945.

O texto constitucional outorgado previu, no art. 122, 3º, que “os cargos públicos são igualmente acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos”. E no art. 156 determinou:

Art. 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

a) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos criados em lei, seja qual for a forma de pagamento;

⁴ A respeito, ponderou Pontes de Miranda: “A lista é tríplice, salvo se não se apresentarem em número suficiente, ou se foram reprovados os demais. Em todo caso, é recomendável que se ressalve ter de ser reaberta a inscrição, assegurado o direito dos já classificados, a fim de se completar a lista. Assim se evita que as Cortes de Apelação imponham candidatos ao Governador do Estado-membro, no que importaria a apresentação de um só nome” (MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, Tomo II, 1936, p. 10 e 16).

⁵ CARNEIRO, O Estatuto dos Funcionários e a Legislação Posterior. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, 1945. p. 331.

b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos;
[...].

Além do art. 156, a única menção a concurso encontra-se na alínea *a* do art. 103, referente aos juízes estaduais, com a sistemática de lista tríplice, conforme acima exposto.

Não obstante a elaboração do Estatuto dos Funcionários Públicos ter sido atribuída ao Poder Legislativo, como este não funcionou no período do Estado Novo, o Presidente da República expediu o *Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União*, veiculado pelo Decreto-Lei 1.713, de 28/10/1939.⁶

Almeida Carneiro observa que, embora a Constituição de 1937 utilizasse a genérica expressão “funcionários públicos”, sem defini-la ou restringi-la, os extranumerários restaram excluídos da regência do Estatuto de 1939. Isso porque, em consonância com a semântica então já consolidada e acima referida, “a interpretação consagrada foi de que por ‘funcionário público’, no sentido constitucional, não se poderia compreender os extranumerários, aos quais faltava o elemento caracterizador primordial, que é a natureza permanente do serviço”.⁷

Além da inaplicabilidade do Estatuto, aos extranumerários ficou excluída a exigência constitucional do concurso público para admissão.

O Capítulo III do Estatuto de 1939 foi dedicado aos concursos, contendo as seguintes regras:

a) deveriam ser “de provas ou de títulos, ou de provas e títulos, na conformidade das leis e regulamentos ou, na falta destes, de acordo com as instruções expedidas pelo órgão competente” (art. 18.), podendo ainda ser apenas “de títulos”, quando se tratasse de cargo cujo provimento exigisse “conclusão de curso especializado” (art. 19);

b) autorizou, desde que prevista em regulamento, a realização de “concurso entre funcionários de carreiras de nível inferior”, configurando o que se tornaria conhecido como “concurso interno” (art. 20);

c) permitiu “limites de idade para a inscrição em concurso”, a serem estabelecidos, “nas instruções respectivas”, “de acordo com a natureza das atribuições da carreira ou cargo” (art. 21), não sendo tais limites aplicáveis aos já “ocupantes efetivos de cargos públicos federais” (art. 22).

Retornando aos extranumerários, eles se dividiam em quatro categorias, que vieram a ser definidas pelo Decreto-lei 240/1938, que deles apartou uma outra espécie,

⁶ O Estatuto de 1939, apesar de ser endereçado, em sua totalidade, aos servidores civis da União e dos Territórios, estabeleceu no art. 1.^o a extensão de sua aplicabilidade, no que coubesse, aos funcionários civis “da Prefeitura do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios”. Dentro do processo centralizador característico do Estado Novo, não se satisfaz o Governo Getúlio Vargas com esta extensão segundo a fórmula “no que couber”. Assim, em 20/2/1941 foi expedido o Decreto-lei 3.070, estabelecendo as normas obrigatórias na regulação do funcionalismo estadual e municipal. A mesma lei fixou que os estatutos a serem elaborados por Estados e Municípios deveriam ter os respectivos projetos submetidos à aprovação do Presidente da República, a fim de se manter a uniformidade, consoante a legislação da União. No mesmo ano de 1941 foram promulgados, simultaneamente, na data consagrada aos funcionários públicos (28 de outubro), os Estatutos do funcionalismo dos então 20 Estados brasileiros. Todos, como seria esperável, quase cópias do Estatuto da União. (Cf. OURO PRETO, *Evolução do Regime Legal dos Funcionários Públicos*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, p. 336-346.)

⁷ CARNEIRO, O Estatuto dos Funcionários e a Legislação Posterior. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, 1945. p. 332.

chamada “pessoal de obras”. O art. 2º desse texto normativo previu: “O pessoal extranumerário será sempre admitido ou reconduzido a título precário, com funções determinadas e salário fixado dentro dos limites das dotações orçamentárias próprias da verba pessoal, parte variável”. Quanto às categorias, o *contratado* era “o admitido, mediante a assinatura de um contrato bilateral, registrado no Tribunal de Contas, para o desempenho de função reconhecidamente especializada, e para a qual, a critério da Comissão de Eficiência, não haja nos quadros do funcionalismo pessoa devidamente habilitada e disponível na respectiva lotação” (art. 8º). O *mensalista* era “o admitido mediante portaria do Ministro de Estado para suprir temporariamente deficiência dos quadros do funcionalismo” (art. 16, *caput*). *Diarista* era “o admitido pelo diretor da repartição para o desempenho de funções auxiliares ou transitórias” (art. 27). *Tarefeiro* era “a pessoa admitida pelo diretor da repartição para o trabalho de determinadas funções e que percebe salário na base da produção por unidade” (art. 35). Quanto ao *pessoal para obras*, definiu-se no art. 38 e parágrafo único que ele não estaria classificado entre os extranumerários e seu pagamento correria “à conta da verba de obras”.

Ao longo das décadas de 1930 e 1940, diversos diplomas legais estabeleceram vários direitos em favor dos extranumerários, tais como a readmissão, reversão, licenças e férias, muitos dos quais inapropriados à natureza – pelo menos em tese – precária do vínculo. Esse quadro levou Carvalho e Melo a observar em meados da década de 1940: “Excluída a estabilidade, que é peculiar ao funcionário, [...] tudo mais, com as indispensáveis adaptações, vem sendo assegurado ao pessoal extranumerário”.⁸

Com a edição do Estatuto, em 1939, e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, inicia-se a tendência a reservar a palavra *empregado* aos trabalhadores regidos pelas normas trabalhistas. Tratando-se de serviço prestado à administração pública sob tais normas, faz-se referência ao *empregado público*, ao qual se contrapõe a expressão *funcionário público*, regido por normas de direito administrativo.

Contudo, ainda no final dos anos 1960 registrava-se o uso de ambas as expressões – funcionário e empregado – para designar todos os servidores públicos permanentes. Cretella Júnior, por exemplo, com apoio em minucioso levantamento legal, registra o uso equivalente das expressões *função*, *cargo* e *emprego* públicos, assim como dos termos *funcionário*, *empregado* e *servidor*.⁹

2.5 Constituição de 1946

Passando à Constituição de 1946, verifica-se, no título dedicado aos “Funcionários Públicos”, a previsão inicial do art. 184: “Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer.” Mais adiante, o art. 186: “A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde”.

Para os juízes estaduais de primeira instância, determinou o ingresso mediante “concurso de provas, organizado pelo Tribunal de Justiça com a colaboração do Conselho

⁸ MELO, Extranumerário, *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, 1945, p. 347.

⁹ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, v. IV, 1967, p. 89-102.

Secional da Ordem dos Advogados; do Brasil, e far-se-á a indicação dos candidatos, sempre que for possível, em lista tríplice” (art. 124, III).

O art. 127 dispôs que “os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso”.

E o art. 168, VI, previu que “para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, exigir-se-á concurso de títulos e provas”.

Sob a Constituição de 1946, foi editada a Lei n. 1.711/1952, contendo novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, o qual contemplava uma seção dedicada ao concurso, sem distinções substanciais em relação ao que dispunha o Estatuto de 1939.

Na vigência da Carta de 1946, o STF editou as primeiras quatro súmulas de sua jurisprudência, relativas ao concurso público, que refletem alguns dos temas mais discutidos desde a primeira previsão constitucional desse procedimento, na Constituição de 1934.

A Súmula 14 afirma que “Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público.” Exigia-se, portanto, que tal restrição constasse de lei, dando cumprimento ao que previsto na parte final do citado art. 184 da Constituição de 1946.

Essa Súmula permanece em vigor, tendo em vista que a obrigatoriedade de observação, no concurso público, dos requisitos previstos em *lei*, foi também contemplada na Constituição de 1967 (art. 95), na EC 1/1969 (art. 97) e na Carta de 1988 (art. 37, I).

A Súmula 15 dispõe que “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.”

Essa foi a única hipótese reconhecida pelo STF como ensejadora do direito à nomeação em favor de candidatos aprovados em concursos públicos, até o início do século XXI, quando esse direito foi largamente expandido, conforme se exporá mais adiante.

Por outro lado, a Súmula 16 estabelece que “Funcionário nomeado por concurso tem direito à posse.” Assim, a nomeação cria para o servidor o direito subjetivo à investidura.

A Súmula 17 prescreve que “a nomeação de funcionário sem concurso pode ser desfeita antes da posse.” Os precedentes que levaram à edição dessa súmula cuidavam de casos em que a legislação previa livre nomeação dos ocupantes de determinados cargos públicos.¹⁰ Trata-se, portanto, de situações que hoje somente podem corresponder ao “cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, conforme o art. 37, II, CF.

2.6 Constituição de 1967 e EC 1/1969

A Constituição de 1967 possuía seção relativa aos “funcionários públicos”, em cujo art. 95, *caput*, previa-se que “Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros,

¹⁰ Entre tais precedentes estão o RE 51.223, Segunda Turma, relator: Victor Nunes, julgado em 16/4/1963; RE 48.917, Segunda Turma, relator: Victor Nunes, julgado em 18/9/1962.

preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.” Disposição de mesmo teor seria trazida ao art. 97 pela redação da EC 1/1969.

O § 1º art. 95 da Carta de 1967 dispunha que “a nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”. A EC 1/1969 trouxe ao § 1º do art. 97 a seguinte redação: “A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei”.

No art. 136 do texto originário da Constituição de 1967, assim como na redação da EC 1/1969 (art. 144) tem-se a previsão de ingresso na magistratura de carreira estadual mediante concurso de provas e de títulos, com a indicação dos candidatos, “sempre que possível, em lista triplíce”.

O art. 118 da Constituição de 1967 determinou também concurso de títulos e provas para admissão dos juízes federais. O correspondente art. 123, na redação trazida pela EC 1/1969, previu esse ingresso na condição de “juízes federais substitutos”, dentre os quais seriam nomeados, pelo Presidente da República, os “juízes federais”, alternadamente, por antiguidade e por escolha em lista triplíce de merecimento, organizada pelo Tribunal Federal de Recursos com jurisdição na circunscrição judiciária onde ocorresse a vaga.

Também se previu o “concurso público de provas e títulos” para ingresso no “Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios” (art. 138) e no Ministério Público dos Estados (art. 139), assim como nos “cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior”, “quando se tratar de ensino oficial” (art. 168). A EC 1/1969 manteve essas determinações, respectivamente, no art. 95, § 1º, no art. 96 e no art. 176.

2.7 A adoção do regime trabalhista como fator de enfraquecimento do concurso público

A Lei n. 1.890/1953 marcaria o primeiro passo na adoção do regime do direito do trabalho para reger agente da administração pública. Essa lei estabeleceu, no art. 1º, a aplicação de diversos dispositivos da CLT aos “mensalistas e diaristas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e das entidades autárquicas, que trabalhem nas suas organizações econômicas comerciais ou industriais em forma de empresa e não forem funcionários públicos ou não gozarem de garantias especiais”.

Posteriormente, o art. 3º da Lei n. 3.483/1958 determinou a aplicação da CLT ao pessoal de obras, numa redação que contém evidente contradição, ao prever aquisição de estabilidade por trabalhadores temporários.¹¹

A Lei n. 3.780/1960 trouxe a primeira tentativa de sistematização dos regimes dos servidores públicos em duas categorias: de um lado, os funcionários públicos, ocupantes de cargos de provimento efetivo ou em comissão (art. 2º), regidos pelo Estatuto de 1952 e legislação complementar; de outro, o “pessoal temporário e de obras”, sujeito “ao regime de emprego” previsto na CLT e legislação peculiar a tal regime (art. 24). Previu

¹¹ “Art. 3º. O pessoal de obras, destinado à execução de trabalho de natureza caracteristicamente temporária, ficará sujeito ao regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive para efeito de estabilidade no respectivo emprego.”

ainda o provimento em caráter interino dos cargos efetivos, por “necessidade imperiosa de serviço”, fixando-se o prazo máximo de um ano para a interinidade.¹²

O Decreto-lei n. 200/1967, previu a contratação, regida pela legislação trabalhista, de técnicos especializados, para prestar serviços à administração direta e autarquias (art. 96) e de consultores técnicos e especialistas, temporariamente (art. 97). Permitiu, ainda, a contratação de trabalhadores eventuais, sem vínculo empregatício (art. 111).

A Constituição de 1967, no art. 104, determinou: “Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada”. A EC 1/1969 excluiu essa determinação e estabeleceu, no art. 106, a previsão de lei especial para os “servidores de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada”.

Em 1974 surgiu a Lei n. 6.185, dispondo “sobre os servidores públicos civis da Administração Federal Direta e Autárquica, segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício”. Essa Lei representou clara opção pelo regime da legislação trabalhista na administração federal, consagrando-se a tendência que, na prática, desde os anos cinquenta, vinha sendo desenhada.

No art. 2º, essa lei determinou que o regime estatutário seria aplicável apenas às “atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e contribuições previdenciárias, e no Ministério Público”.

O art. 3º prescreveu: “Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”.

O efeito da Lei n. 6.185/1974 foi incrementar o número de servidores regidos pela legislação trabalhista — ditos “celetistas” — que se tornaram muito mais numerosos que os regidos por estatutos de direito administrativo — os chamados “estatutários”. E isso se deu não apenas na administração federal, mas também nos estados e municípios, por meio de normas próprias, mas influenciadas pelo direcionamento da União.

Desde 1934 até a EC 1/1969, todas constituições brasileiras fizeram referência ao *concurso público para provimento de cargos* e, nesse período, consolidaram-se, por um lado, a relação entre cargo público e regime estatutário, e por outro, a associação do emprego público ao regime trabalhista. Nesse contexto, firmou-se também a interpretação de que somente a nomeação para cargos públicos de provimento efetivo exigiam prévia aprovação em concurso público. Em se tratando de emprego público, afirmava-se que esse requisito não era obrigatório, pois nem a Constituição, nem a CLT e demais normas trabalhistas exigiam a realização do concurso público.

Tratava-se, a nosso ver, de uma interpretação com dois problemas. O primeiro é que se invertia a ordem de prevalência entre as normas jurídicas, pois se partia da legislação ordinária — trabalhista — para afirmar que, como esta não previa o concurso público, este não seria aplicável aos empregos da administração pública. O segundo

¹² Referimo-nos aqui a “tentativa” porque continuou a ocorrer a admissão de servidores simplesmente pagos mediante recibo, mas sem se ater aos critérios da Lei n. 3.780/1960 e tampouco assegurando-lhes os direitos trabalhistas.

problema é que se fazia uma interpretação apenas literal da norma constitucional, descartando-se os métodos lógico-sistemático e teleológico.

Poder-se-ia chegar à conclusão de que a ocupação de empregos públicos também deveria ter como requisito a aprovação em concurso público, aplicando-lhes as referidas normas constitucionais que, literalmente, se referiam aos cargos públicos, com base no brocardo hermenêutico *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra). Cargos e empregos públicos são, ambos, postos de trabalho da administração pública, ainda que regidos por normas distintas. Se os primeiros devem, a bem da impessoalidade e da moralidade, ser preenchidos mediante concurso público, essa mesma razão deveria levar a que os empregos também fossem assim ocupados.

Ademais, mesmo nos períodos ditatoriais, todas as constituições brasileiras proclamaram que o Brasil é uma República e que “todos são iguais perante a lei”, fundamentos que reforçavam a necessidade do concurso público como meio para a escolha de quem ocuparia cargo ou emprego público.

Lamentavelmente não foi essa a interpretação dada, de modo que os empregos públicos permaneceram sendo preenchidos sem concurso público, salvo raras exceções em que, por previsão de norma infraconstitucional, ou por benevolente decisão discricionária de autoridade administrativa, se adotava esse método isonômico.

3 O concurso público na vigência da Constituição de 1988

A vigente Constituição Federal é aquela que mais tratou do concurso público.

No inciso II do art. 37, tanto na redação original, quanto naquela dada pela EC 19/1998, traz referência expressa ao emprego público, além do cargo, ao tratar da aprovação em concurso como requisito para investidura nesses postos de trabalho, ressaltando as nomeações para cargos em comissão. Veda a realização de concurso exclusivamente de títulos, ao caracterizá-lo como “de provas ou de provas e títulos”.

Ainda em relação ao inciso II, não mais aparece a expressão “primeira investidura”, que nas constituições de 1934, 1937 e 1946, além da EC 1/1969, restringia a exigência do concurso público. Assim, a Carta de 1988 assemelha-se, neste aspecto, à redação mais ampla que já constara da redação original da Constituição de 1967. Apesar disso, ainda houve vozes a interpretar que o novo texto constitucional permitiria o acesso sem concurso público a outras carreiras da administração pública, desde que o servidor tivesse a primeira investidura por tal procedimento.

A matéria foi objeto de discussão em muitos processos judiciais, tendo o STF fixado o entendimento de que a nova Constituição afastou a possibilidade de ingresso em nova carreira mediante o concurso interno e outros mecanismos, que não o concurso público.

Em 2003 o STF aprovou a Súmula 685, na qual se afirma: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. Em 2015 o STF editou a Súmula vinculante 43, com o mesmo conteúdo da Súmula 685.

O inciso III do art. 37 fixou o prazo de validade do concurso público em “até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período”. O inciso IV determina que “durante o

prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira”. Em relação à prorrogabilidade, é evidente a antinomia entre esses dois dispositivos, tendo prevalecido a interpretação pela aplicabilidade do teor do inciso III.

Além desses incisos de aplicabilidade geral, a Constituição de 1988 – tal como os demais textos constitucionais, desde 1934 – também dedicou outros dispositivos para determinar o concurso para ingresso nas carreiras da magistratura (art. 93, I, e art. 96, I, “c”), do Ministério Público (art. 127, § 2º, e art. 129, § 3º) e do magistério em escolas públicas (art. 206, V). Com relação à magistratura e ao Ministério Público, a Constituição de 1988 garantiu-lhes plena autonomia no provimento de seus cargos, excluindo as interferências do Poder Executivo que as constituições anteriores previam. Ademais, os cargos da advocacia pública e da defensoria pública passaram a ter previsão constitucional específica de provimento mediante concurso público (art. 131, § 2º, art. 132 e art. 134, § 1º). Também se acrescentou a previsão de que as serventias da atividade notarial e de registro, exercidas por particulares em colaboração com o poder público, devem ser preenchidas mediante aprovação em concurso público de provas e títulos (art. 236).

Quanto ao direito à nomeação, tinha-se apenas a hipótese da Súmula 15 até o início do século XXI, quando o STF passou a entender que a contratação precária de pessoas para exercer atividades pertinentes a cargos de provimento efetivo também caracteriza inobservância da classificação.¹³

Em 2011, por ocasião do julgamento do RE 598.099, o Plenário do STF editou tese de repercussão geral, tema 161, nos seguintes termos: “O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação.” Embora não constante da tese, o referido acórdão registrou a ressalva de que esse direito subjetivo pode ser afastado por “situações excepcionálíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público”. Tais situações devem ser caracterizadas como *supervenientes* à publicação do edital, caracterizando-se como “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”; com *gravidade* tal que implique “onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital”; bem como *necessidade*, “de forma que a administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação”.¹⁴

Contribuiu assim o STF para fortalecer a confiança legítima e a boa-fé daqueles que se dedicam ao árduo processo de preparação e realização do concurso público e, mesmo comprovando o mérito para ocupar uma das vagas em disputa, poderiam ver-se frustrados pela atitude da administração pública, de simplesmente não convocar esses classificados. Como asseverou o relator, Gilmar Mendes:

¹³ Nesse sentido, os seguintes acórdãos: AI 440895 - AgR, Primeira Turma, relator: Sepúlveda Pertence, julgado em 26/09/2006; SS 4.196-AgR, Plenário, relator: Cezar Peluso, julgado em 12/8/2010.

¹⁴ RE 598.099, Plenário, relator: Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2011.

o dever de boa-fé da administração pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança.¹⁵

Além da já analisada Súmula 685, em 2003 o STF aprovou outras três súmulas relativas ao concurso público.

A Súmula 683 dispõe: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

Assim, além de a limitação de idade somente ser válida se prevista em lei (Súmula 14), deve ser demonstrável que as atribuições do cargo exijam que seus exercentes estejam em determinada faixa de idade. Com efeito, o inciso XXX do art. 7º, estendido aos servidores públicos pelo art. 39, § 2º, CF, estabelece, como um dos “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais”, a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de *critério de admissão* por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. É tranquila a interpretação de que tal preceito não expressa uma interdição absoluta ao legislador para proceder a diferenciações de tratamento. O que não se pode é estabelecer distinções que não se assentem em critérios objetivos que as justifiquem.¹⁶

A Súmula 684 tem o seguinte teor: “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”. O propósito é o de afastar a lamentável prática, verificada durante muitos anos, de eliminação de candidatos por meio de procedimentos tais como a investigação sigilosa de sua conduta, pública e privada, sem que sequer fossem expostos os motivos da exclusão.

A Súmula 686 dispõe: “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”. O fundamento constitucional é o mesmo indicado para a Súmula 14, uma vez que, de modo semelhante às constituições anteriores, desde 1946, o art. 37, I, da Carta de 1988, determina que os requisitos para provimento dos cargos, empregos e funções públicas devem ser “estabelecidos em lei”. O conteúdo dessa súmula tornou-se, em 2015, também expresso na Súmula Vinculante 44.

Como mais recente desdobramento da valorização do concurso público na vigência da Carta de 1988, merece ser mencionada a edição da Lei Federal n. 14.965/2024, que contém normas gerais relativas a concursos públicos.

Refletindo entendimentos que se desenvolveram desde a promulgação do texto constitucional vigente, essa lei registra, no *caput* do art. 2º, que “o concurso público tem por objetivo a seleção isonômica de candidatos”, mas, no § 4º, deixa expresso que a isonomia não implica vedar toda e qualquer distinção, mas apenas “a discriminação ilegítima de candidatos”, ressaltando ainda que sejam “observadas as políticas de ações afirmativas previstas em legislação específica”. Esse aspecto é também fomentado pelo *caput* do art. 2º, que prescreve estar “assegurada, nos termos do edital do concurso e da legislação, a promoção da diversidade no setor público”.

¹⁵ RE 598.099, Plenário, relator: Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2011.

¹⁶ Nesse sentido: MELLO, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 2014.

A nova lei apresenta acentuada preocupação com o planejamento e a execução racional do concurso público, o que se justifica porque esses aspectos, muitas vezes relegados a segundo plano, são importantes para garantir que os certames ocorram sem falhas de organização e sirvam ao propósito de selecionar pessoal efetivamente necessário e útil aos propósitos da administração pública.

4 Conclusão

Certamente não se encontrará método perfeito para provimento de cargos e empregos na administração pública. O concurso não é garantia absoluta de justiça e de que os mais aptos sejam escolhidos, pois uma série de fatores independentes da vontade dos agentes públicos e dos candidatos podem levar a escolhas nem sempre as mais adequadas.

Nada disso retira o valor do concurso como o método que melhor permite a acessibilidade aos postos públicos de trabalho, dificultando práticas típicas da vetusta administração patrimonialista, como o clientelismo e o nepotismo.

Na busca do aperfeiçoamento do concurso público, vimos que o constitucionalismo brasileiro apresenta, ao longo do tempo, uma constante evolução normativa, que tem permitido, em colaboração com a doutrina e a jurisprudência, que esse método se consolide como meio isonômico de provimento dos cargos e empregos públicos.

Referências

- CRETELLA JÚNIOR. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. IV. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1967.
- MELLO, José Augusto de Carvalho e. Extranumerário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro - São Paulo, v. 1, p. 347-358, jan. 1945.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 24. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. Tomo II, Rio: Guanabara, 1936.
- OURO PRETO, Luiz Vicente B. de. Evolução do Regime Legal dos Funcionários Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro-São Paulo, v. 1, p. 336-346, jan. 1945.
- SILVA, Domingos Carvalho da. O Servidor Público na Legislação do Primeiro Reinado. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 108, n. 1, p. 187-199, jan./abr. 1973.
- TÁCITO, Caio. O Estatuto de 1952 e suas Inovações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro-São Paulo, v. 34, p. 1-13, out./dez. 1953.

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

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. O concurso público no direito constitucional brasileiro: panorama histórico. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 27-39. ISBN 978-85-450-0925-2.

AS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DAS EMENDAS PARLAMENTARES E OS SEUS IMPACTOS NO TERCEIRO SETOR

PEDRO HENRIQUE MAGALHÃES AZEVEDO

Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.
Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro.
Professor da PUC-MG, da Escola de Contas do TCEMG e de cursos abertos e *in company*.

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução das regras sobre emendas parlamentares. 2.1 Breve contexto histórico. 2.2 Regras constitucionais e legais aplicáveis às emendas. 3 Fatos e dados a respeito das emendas parlamentares. 3.1 Dados gerais. 3.2 Transferências a instituições privadas sem fins lucrativos. 4 Atuação do Supremo Tribunal Federal na execução das emendas parlamentares. 5 O impacto das decisões do STF no Terceiro Setor. 6 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Ao longo dos seus 50 anos de existência, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) tem sido um dos principais espaços de interlocução entre o Direito Administrativo e as demais áreas do conhecimento jurídico, incluindo o Direito Financeiro. A interseção entre esses dois campos torna-se ainda mais evidente quando analisamos temas como o orçamento público, Terceiro Setor e seus reflexos na execução de políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988 consolidou o papel do Legislativo no ciclo orçamentário, permitindo aos parlamentares não apenas participar da discussão da Lei Orçamentária Anual (LOA), mas também propor emendas que direcionam recursos para áreas específicas. O avanço da normatização das emendas parlamentares, especialmente com a introdução das emendas impositivas individuais e de bancada, intensificou a discussão sobre os limites e as possibilidades de atuação do Legislativo na alocação de recursos públicos.

Nos últimos anos, o crescimento expressivo das emendas e a falta de critérios claros para sua execução despertaram questionamentos jurídicos e políticos. O Supremo Tribunal Federal (STF), chamado a se manifestar sobre a constitucionalidade e os mecanismos de controle dessas transferências, estabeleceu parâmetros que impactam diretamente o Terceiro Setor, destinatário significativo desses recursos.

Este artigo analisa a evolução das regras sobre emendas parlamentares, os dados relativos à sua execução e, especialmente, os efeitos das recentes decisões do STF sobre as transferências ao Terceiro Setor. O estudo busca compreender como a alocação desses recursos influencia a sustentabilidade das organizações sem fins lucrativos e quais desafios regulatórios surgem para garantir transparência, eficiência e controle na gestão do orçamento público.

2 Evolução das regras sobre emendas parlamentares

2.1 Breve contexto histórico

O poder conferido ao parlamento de alterar a proposta orçamentária não é novidade e muito menos é peculiaridade brasileira. Desde a sua origem, na Inglaterra, os representantes do povo detêm, em maior ou menor grau, o direito de analisar e, se for o caso, ajustar a proposta apresentada pelo Poder Executivo. Giacomoni, examinando o histórico inglês, assinala que “ao Legislativo competia aprovar, reduzir ou rejeitar a despesa proposta, bem como o controle da execução do orçamento. Tal modelo ainda hoje é seguido, não tendo sofrido modificações sensíveis quando da transferência das atribuições executivas da Coroa para o Gabinete”.¹

Se, durante o período da Ditadura Militar, o Congresso Nacional praticamente foi impedido de apresentar emendas aos projetos de leis orçamentárias anuais, após a redemocratização, a Constituição da República de 1988, em seu art. 166, não apenas devolveu esse poder ao parlamento como também estabeleceu regras e fixou limites para o exercício dessa atribuição. Vale dizer que essas não foram as primeiras regras sobre o tema, a Lei n. 4.320/1964, editada ainda na vigência da Constituição da República de 1946 e recepcionada pela atual Constituição como lei materialmente complementar, dispõe sobre requisitos a serem observados pelos parlamentares para alterar a proposta orçamentária do Poder Executivo.

Tanto as normas do art. 166 da Constituição da República de 1988, como aquelas da Lei n. 4.320/64, serviram de base para os deputados e senadores analisarem e, eventualmente, emendarem os projetos de leis orçamentárias anuais de 1989 a 2015. Com a crise política instaurada à época do *impeachment* da Presidente Dilma Roussef, parlamentares apresentaram a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 358/2013, que instituía o chamado “orçamento impositivo”. Tal projeto foi aprovado e deu origem à Emenda Constitucional 85/2015, a qual estabeleceu percentual mínimo de aprovação e execução obrigatórias de emendas parlamentares individuais.

Poucos anos depois, com o distanciamento das relações entre Executivo e Legislativo, adveio nova proposta de ampliar os poderes dos parlamentares sobre o orçamento.

¹ GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 33.

O objeto da vez era tornar impositivas as chamadas “emendas de bancada”. Em menos de três meses, Câmara e Senado analisaram a PEC 34/2019, aprovaram-na e promulgaram a Emenda Constitucional nº 100/19. Ainda nesse mesmo ano, sobreveio a Emenda Constitucional 105/2019, tratando de novas formas de transferência de recursos para Estados e Municípios, sem a necessidade de celebração de convênio, de estabelecimento prévio do objeto beneficiado pelo repasse e dispensando a adimplência do destinatário; nasciam as chamadas “Emendas pix”.

2.2 Regras constitucionais e legais aplicáveis às emendas

Atualmente, as regras das emendas parlamentares estão dispersas nos arts. 166 e 166-A da Constituição de República de 1988, na Lei n. 4.320/1964, nas Leis de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Complementar n. 210/2014, essa última editada no contexto de judicialização das emendas, que será tratado adiante.

Em linhas gerais, o art. 166 da Constituição estabelece que as emendas precisarão ser compatíveis com a o Plano Plurianual (PPA) e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Além disso, elas somente poderão utilizar recursos decorrentes de anulação de dotações constantes do Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA). Tais anulações não pode, contudo, incidir sobre despesas de pessoal, dívida e transferências a outros entes federados. Finalmente, a emenda precisa estar relacionada com correção de erros ou omissões ou com os dispositivos do texto do projeto de lei.

No que se refere à impositividade das emendas parlamentares individuais, o art. 166, §9º, da Constituição, estabelece limite de 2% da receita corrente líquida (RCL) do exercício financeiro anterior ao do envio do PLOA para sua aprovação e para execução. Metade desse percentual deve, obrigatoriamente, ser destinado a ações e serviços públicos de saúde, o que torna, portanto, essa função a mais beneficiada, historicamente, por emendas parlamentares. Esse limite é repartido na proporção de 1,55% para os Deputados e 0,45% para os Senadores.

As emendas individuais podem ser repassadas tanto a pessoas jurídicas de direito privado, como de direito público. Quando o beneficiário foi Município ou Estado, o repasse poderá ser feito sob a forma de transferência com finalidade definida (os clássicos convênios) ou transferência especial (as chamadas “Emendas pix”). Tais recursos não podem ser aplicados em despesas com pessoal e nem para pagar dívidas.

Especificamente em relação às transferências especiais, a Constituição esclareceu que os recursos serão repassados diretamente ao beneficiário, sem necessidade de convênio, pertencerão ao ente federado no ato da transferência e serão aplicados em programações finalísticas do Poder Executivo do ente beneficiado. Ao menos 70% dessas transferências deverão ser aplicados em despesas de capital – investimentos ou inversões financeiras, por exemplo.

Já em relação às emendas parlamentares de bancada estadual ou distrital, a Constituição estabeleceu o percentual de 1% da receita corrente líquida realizada no exercício anterior como sendo de execução obrigatória. A impositividade, contudo, tanto das emendas individuais como das de bancada deixa de prevalecer nos casos de impedimento de ordem técnica.

Para evitar favorecimento de parlamentares da base do governo, a Constituição deixou claro que a execução das emendas dar-se-á de forma equitativa, observando, nos termos do art. 166, §19, critérios objetivos e imparciais, atendendo de forma igualitária e impessoal todas elas, independentemente de sua autoria.

A Lei n. 4.320/1964, por sua vez, é mais modesta ao tratar das regras de emendas parlamentares. Vale dizer que, em momento algum, ela faz alusão à impositividade de tais emendas, apenas apresenta requisitos a serem cumpridos pelos deputados ou senadores. Eventuais emendas ao PLOA não podem alterar dotação de custeio – e não apenas de pessoal, como estabelece a Constituição –, salvo que houver inexatidão na proposta. Não poderão, também, ser concedidas dotações para obras cujos projetos não foram aprovados pelos órgãos competentes e nem para serviços que não estejam criados. Além disso, é vedada a concessão de dotação superior aos quantitativos definidos em resolução do Poder Legislativo para auxílios e subvenções.

Finalmente a recente Lei Complementar n. 210, de 25 de novembro de 2024, traz novas regras para as emendas parlamentares. Dentre os pontos de destaque, pode-se elencar o limite de oito emendas por bancada estadual ou distrital; a limitação das emendas de comissão para comissões permanentes; a priorização das transferências especiais para entes federativos em situação de calamidade ou emergência; e o estabelecimento de limites para crescimento das emendas parlamentares.

3 Fatos e dados a respeito das emendas parlamentares

3.1 Dados gerais

As discussões sobre emendas parlamentares, como vários outros temas políticos, jurídicos e econômicos dos tempos atuais, alimentam paixões. Há quem entenda que torná-las impositivas representa valorização dos representantes do povo. Regis Fernandes de Oliveira defende, por exemplo, que “o chamado orçamento impositivo, em contraposição ao modelo autorizativo, promove o resgate do relevante papel do Poder Legislativo na elaboração e execução orçamentárias, como legítimo representante dos anseios da sociedade”.²

Por outro lado, existem aqueles que defendem a contenção ao ímpeto dos parlamentares de alterarem a proposta orçamentária. Adeptos desse segundo grupo, Streck e Galindo sustentam que “a obrigatoriedade da execução de tais emendas parlamentares fulmina com a participação do poder executivo na definição das despesas discricionárias. O parlamento *capturou* o controle de todo o ciclo orçamentário”³. Resumindo a discussão, Giacomoni é preciso ao destacar que:

Aprovar emendas ao projeto da LOA é um tema sensível, pois significa alterar proposição de iniciativa reservada ao outro poder. Por outro lado, não proporcionar essa prerrogativa ao poder legislativo representaria uma anomalia em face da competência dos órgãos de representação no controle das finanças públicas e na legitimação das escolhas do governo.⁴

² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 522.

³ STRECK, Lenio Luiz; GALINDO, Antonella. Óbvio desvelado (mais um): Brasil presidencialista e emendas impositivas. *Consultor Jurídico*, 27 jan. 2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-jan-27/obvio-desvelado-mais-um-brasil-presidencialista-e-emendas-impositivas/>. Acesso em: 11 fev. 2025.

⁴ GIACOMONI, James. *Orçamento Governamental: teoria, sistema, processo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 238.

Com o intuito de tentar fazer uma análise isenta acerca das emendas parlamentares, foram buscados dados das despesas orçamentárias no Sistema Integrado de Administração Financeira da União – SIAFI. Inicialmente, ao desdobrar os gastos em financeiros (normalmente atrelados ao pagamento da dívida), obrigatórios e discricionários, utilizando como filtro o classificador de resultado primário, chega-se aos seguintes valores nominais de despesas empenhadas, entre os anos de 2014 e 2024:

Em milhares de R\$

	Despesa financeira (RP-0)	Despesa obrigatória (RP-1)	Discricionária (RP-2)	Discricionária PAC (RP-3)	Emendas individuais (RP-6)	Emendas de bancadas (RP-7)	Emendas de comissão (RP-8)	Emendas do relator geral (RP-9)	Despesa total
2014	1.054.252.051	1.098.736.988	95.601.225	53.603.617	6.141.611	-	-	-	2.308.335.491
2015	1.042.311.405	1.200.825.723	93.374.603	42.100.086	3.430.753	-	-	-	2.382.042.570
2016	1.211.189.839	1.313.369.190	99.926.822	29.717.566	7.270.575	-	-	-	2.661.473.992
2017	1.068.827.772	1.377.025.620	98.716.842	28.418.911	7.155.516	3.582.498	-	-	2.583.727.159
2018	1.149.835.359	1.455.764.221	115.044.298	25.409.807	8.462.354	2.849.888	-	-	2.757.365.928
2019	1.116.299.745	1.549.028.941	144.408.753	24.080.121	8.540.280	4.433.590	-	-	2.846.791.430
2020	1.472.787.231	1.721.843.766	488.103.992	-	9.227.959	5.863.241	582.630	19.735.867	3.718.144.687
2021	2.045.396.579	1.756.569.416	211.649.419	-	9.456.245	7.223.110	-	16.719.609	4.047.014.379
2022	1.978.322.124	2.094.329.301	158.523.130	-	10.717.831	5.791.300	308.082	8.640.942	4.256.632.711
2023	1.998.394.583	2.383.042.464	176.954.789	-	20.887.279	7.620.004	6.871.304	-	4.593.770.423
2024	2.161.659.265	2.505.883.650	138.458.617	47.492.618	24.685.123	8.476.435	11.734.220	-	4.898.389.927

Fonte: Siga Brasil. Acesso em 09/02/2025

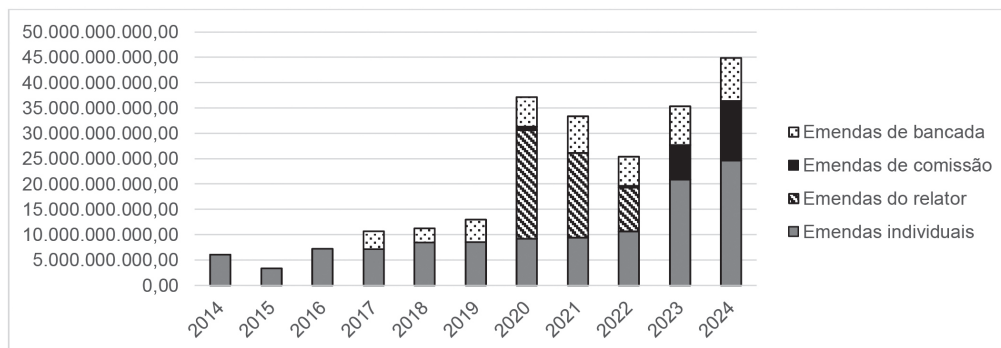
Os indicadores RP-6, RP-7, RP-8 e RP-9 dizem respeito às despesas empenhadas oriundas de emendas parlamentares. Sendo assim, ao somar os gastos realizados nessas colunas e compará-los com a despesa empenhada total da União em cada um dos anos, percebe-se que as emendas representavam 0,27% do total gasto, em 2014, e 0,92%, em 2024. Ou seja, menos de 1% de todas as despesas da União são fruto de alterações promovidas por parlamentares no orçamento. A magnitude das emendas que tanto se alardeia não se confirma no exame superficial das despesas totais.

No entanto, se retirarmos do total as despesas financeiras (RP-0) e as despesas obrigatórias (RP-1), deixando apenas as despesas discricionárias (RP-2 a RP-9), o cenário muda significativamente. As emendas parlamentares saltam de 3,95%, em 2014, para 19,45%, em 2024. Crescimento de quase cinco vezes em onze anos. É como se a margem de gastos “livres” do Poder Executivo estivesse sendo reduzida ou direcionada para gastos propostos por deputados e senadores.

Corroborando esse ponto, nota-se que as despesas totais aumentaram, em 10 anos, 112%, em valores nominais. As despesas financeiras (RP-0), por sua vez, cresceram 105%, no mesmo período. Já as obrigatórias (RP-1) saltaram de 1,098 trilhão de reais para 2,504 trilhões de reais: aumento de 128%. As primárias discricionárias, propostas pelo Poder Executivo (RP-2 e RP-3), cresceram apenas 25%. Se aplicados fatores de atualização monetária pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, tais despesas tiveram, na realidade, redução real de 26,4%. Por fim, no mesmo período, as despesas decorrentes de emendas parlamentares (RP-6, RP-7, RP-8 e RP-9) passaram de 6,142 bilhões de reais para 44,895 bilhões de reais: crescimento nominal de 631% – o maior dentre todas as categorias.

Subdividindo as emendas parlamentares por categorias – individuais, de bancada, de comissão e do relator – é possível verificar, ainda, como se deu a evolução de cada uma no espaço de uma década e entender o cenário político que levou a questão a desaguar nas decisões judiciais que serão tratadas adiante:

Gráfico 1 – Emendas parlamentares por categorias de resultado primário



Fonte: Siga Brasil. Acesso em: 9 fev. 2025.

Entre 2014 e 2016, o foco do Congresso estava nas emendas parlamentares individuais. É verdade, contudo, que já existiam emendas de outras categorias – bancada e comissões, por exemplo –, no entanto como não havia indicadores fixos para detalhá-las, elas acabam não aparecendo nas pesquisas oficiais. A partir de 2017, começam a surgir – de forma transparente – as emendas de bancada, ainda que apenas em 2019 elas recebessem o selo da impositividade pela Emenda Constitucional 100/2019.

O ano de 2020 foi um divisor de águas no que diz respeito às emendas parlamentares: surgem, de forma abrupta, as emendas do relator geral do orçamento (posteriormente conhecidas como “orçamento secreto”) e, timidamente, aparecem as emendas de comissão. As emendas do relator continuaram figurando, em destaque, nos exercícios financeiros de 2021 e 2022. No entanto, em 19 de dezembro de 2022, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 854, declarou-as inconstitucionais.

Como consequência dessa declaração de inconstitucionalidade, as emendas do relator não mais foram fixadas na LOA e muito menos empenhadas. Por outro lado, viu-se, em 2023 e 2024, o crescimento significativo das emendas de comissão.

Voltando a lente para as emendas impositivas individuais, especificamente no que diz respeito à forma de repasse, é possível analisar o volume de transferências especiais (“Emendas pix”) no período de 2020 a 2024, filtrando a função 28 – “Encargos especiais”. Dados do Siga Brasil, evidenciam que o total de recursos empenhados nesses anos correspondeu a 19,626 bilhões de reais. Apenas em 2024, foram empenhados, aproximadamente, 7 bilhões especiais em despesas destinadas a Estados e Municípios sem a necessidade de convênio e sem a definição prévia do objeto.

3.2 Transferências a instituições privadas sem fins lucrativos

Tradicionalmente, o repasse de recursos financeiros a instituições privadas sem fins lucrativos ocorria por meio de subvenções sociais ou convênios. Com o advento, na década de 90, das normas que tratam de Organizações Sociais (OS) e de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) surgiram o contrato de gestão e o termo de parceria. Finalmente, por meio do Marco Regulatório das Organizações da

Sociedade Civil (OSC) – a Lei n. 13.019/2014 – foram introduzidos o termo de fomento e o termo de colaboração.

A plêiade de entidades que integram o chamado “Terceiro Setor” é significativa. Maria Sylvia Zanella di Pietro elenca, por exemplo, as entidades declaradas de utilidade pública, as que recebem certificado de fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos, os entes de apoio e as já citadas OS, OSCIP e OSC.⁵

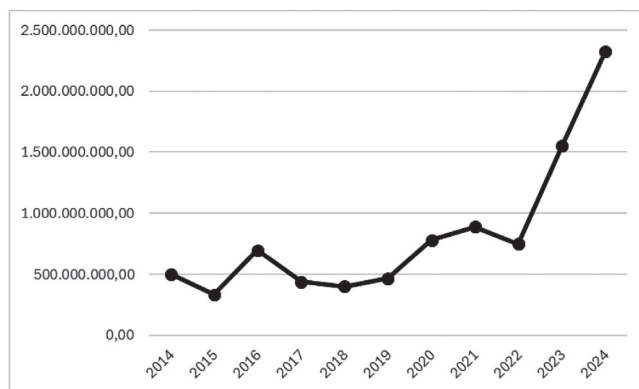
Para estudar os dados referentes ao repasse de emendas ao Terceiro Setor, pouco importa a denominação ou o enquadramento legal da entidade. A pesquisa é realizada com base na classificação econômica da despesa, notadamente no nível de modalidade de despesa. Conforme explica a Secretaria do Tesouro Nacional, esse classificador:

tem por finalidade indicar se os recursos são aplicados diretamente por órgãos ou entidades no âmbito da mesma esfera de Governo ou por outro ente da Federação e suas respectivas entidades. Indica se os recursos serão aplicados diretamente pela unidade detentora do crédito ou mediante transferência para entidades públicas ou privadas. A modalidade também permite a eliminação de dupla contagem no orçamento.⁶

No caso, basta selecionar a modalidade de aplicação 50 – “transferências a instituições privadas sem fins lucrativos”, bem como os indicadores de resultado primário referentes a emendas parlamentares RP-6 (emendas individuais), RP-7 (emendas de bancada), RP-8 (emendas de comissão) e RP-9 (emendas do relator) para obter, aproximadamente, o volume de recursos empenhados ano a ano, pela União, fruto de alterações no PLOA propostas por deputados e senadores, tendo por favorecidas entidades do Terceiro Setor.

O gráfico a seguir demonstra, em termos nominais, a evolução das despesas, fruto de emendas parlamentares, com instituições privadas sem fins lucrativos:

Gráfico 2 – Emendas parlamentares destinadas a entidades privadas sem fins lucrativos



Fonte: Siga Brasil. Acesso em: 9 fev. 2025.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

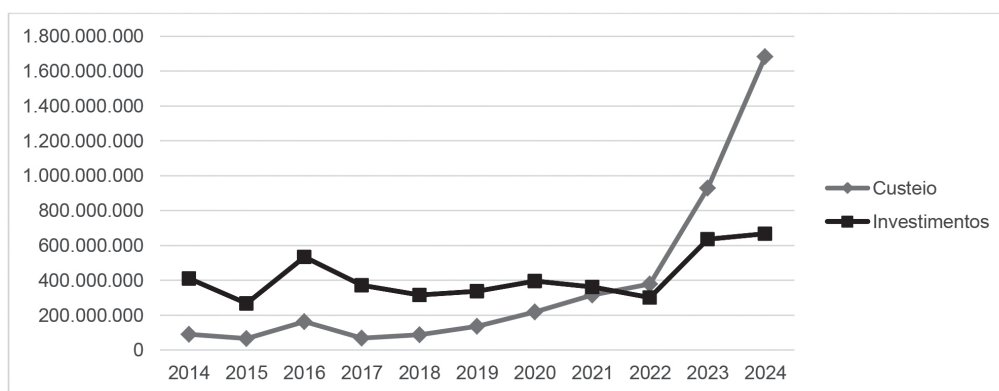
⁶ SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP)*. 11. ed. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2024. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-contabilidade-aplicada-ao-setor-publico-mcasp/2025/26>. Acesso em: 9 fev. 2025. p. 79.

Em 2014, as emendas parlamentares destinadas ao Terceiro Setor representaram quase 500 milhões de reais. Já em 2024, a União destinou 2,347 bilhões de reais, em emendas impositivas, para instituições privadas sem fins lucrativos. O crescimento no período, em percentual, foi de 370%, ao passo que o somatório das despesas discricionárias totais, tendo por destinatário o Terceiro Setor, cresceu 110%. Ou seja, o ritmo de crescimento das emendas para instituições sem fins lucrativos está mais acelerado do que a média.

As áreas que mais receberam recursos foram saúde (55% do valor total de emendas empenhadas no período), desporto e lazer (16%) e direitos de cidadania e cultura (empatados com 7%).

Outra análise interessante a se fazer diz respeito ao objeto da destinação dos recursos para o Terceiro Setor, isso é, foram repassados valores para que as instituições realizassem investimentos ou para que elas dessem conta de despesas de custeio?

Gráfico 3 – Emendas parlamentares destinadas a entidades privadas sem fins lucrativos por grupo de natureza de despesa



Fonte: Siga Brasil. Acesso em: 9 fev. 2025.

De 2014 a 2021, os recursos eram destinados a despesas de capital das entidades do Terceiro Setor. No entanto, a partir de 2018, nota-se tendência de crescimento das despesas de custeio. Em 2022, os gastos com manutenção das instituições sem fins lucrativos já ultrapassam os investimentos e, ao fim de 2024, as despesas de custeio com essas entidades, fruto de emendas parlamentares, já representam quase três vezes os gastos com investimentos. A mudança do perfil do gasto merece atenção, pois ela pode evidenciar a dependência – o “vício” – do Terceiro Setor nessa fonte de recurso. Uma vez que se tente diminuir os repasses, dificilmente tais entidades sobreviverão, já que os recursos são destinados, em sua maioria, à sua manutenção e não a novos investimentos.

Outro dado interessante de ser analisado é o número de favorecidos em ordens bancárias por mês, considerando, obviamente, apenas as transferências de emendas parlamentares a instituições privadas sem fins lucrativos. Dados do Siga Brasil, obtidos em 09/02/2025, evidenciam que, no primeiro bimestre de 2024, foram 138 favorecidos em ordens bancárias. Já no segundo, esse número saltou para 646. Em maio e junho, os favorecidos foram 380. No quarto bimestre, o total de favorecidos ficou em 322, mas

aqui vale ser feito um destaque: em agosto, o número de favorecidos foi de apenas 35. Já em setembro, outubro e novembro, o total de favorecidos foi de, respectivamente, 3, 11 e 4. Somente em dezembro é que se tem um aumento significativo: 282.

Essa discrepância entre agosto e novembro tem um motivo: o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca do crescimento significativo das emendas parlamentares. Esse é o tema do próximo capítulo.

4 Atuação do Supremo Tribunal Federal na execução das emendas parlamentares

As emendas parlamentares tiveram o primeiro grande salto, em termos de valores, em 2020, com a destinação de bilhões de reais por meio das chamadas emendas do relator (RP-9). Essa prática, posteriormente conhecida como “orçamento secreto”, foi objeto da ADPF 854, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL –, em junho de 2021. No âmbito dessa ação, em sede de tutela provisória, a então relatora, Ministra Rosa Weber, determinou a suspensão “integral e imediatamente a execução dos recursos orçamentários oriundos do identificador de resultado primário n. 9 (RP 9)”.

Poucos dias depois, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal requereram a revogação da suspensão, o que foi acolhido pela relatora, tendo em vista as medidas implementadas pelo Poder Legislativo. O reflexo disso foram novos empenhos, em 2022, da ordem de 8,640 bilhões de reais, sendo 74,694 milhões de reais para entidades do Terceiro Setor.

Ocorre que, em dezembro de 2022, o Supremo Tribunal Federal analisou o mérito da ADPF e julgou procedentes os pedidos para:

- (a) declarar incompatíveis com a ordem constitucional brasileira as práticas orçamentárias viabilizadoras do chamado “esquema do orçamento secreto”, consistentes no uso indevido das emendas do Relator-Geral do orçamento para efeito de inclusão de novas despesas públicas ou programações no projeto de lei orçamentária anual da União; (b) declarar a inconstitucionalidade material do art. 4º do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/2021 e do inteiro teor da Resolução CN nº 2/2021.

Com essa decisão, as emendas do relator desapareceram dos classificadores orçamentários e em seu lugar apareceram, de forma vigorosa, as emendas de comissão (RP-8). Para se ter uma ideia, foram empenhados, a título de emendas de comissão, 6,871 bilhões de reais, em 2023, e 11,734 bilhões de reais, em 2024.

No entanto, em julho e em agosto de 2024, a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo e o Ministério Público Federal ajuizaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 7688 e 7695, no âmbito das quais pediram fosse declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos que tratavam das transferências especiais (as “emendas pix”). Após mudança na relatoria, as ações foram distribuídas ao Ministro Flávio Dino, que concedeu a tutela provisória para determinar que “as transferências especiais (“emendas PIX”) somente sejam realizadas com o atendimento aos requisitos constitucionais da transparência e da rastreabilidade (art. 163-A da Constituição), conforme regulamentação administrativa de competência constitucional do Poder Executivo”.

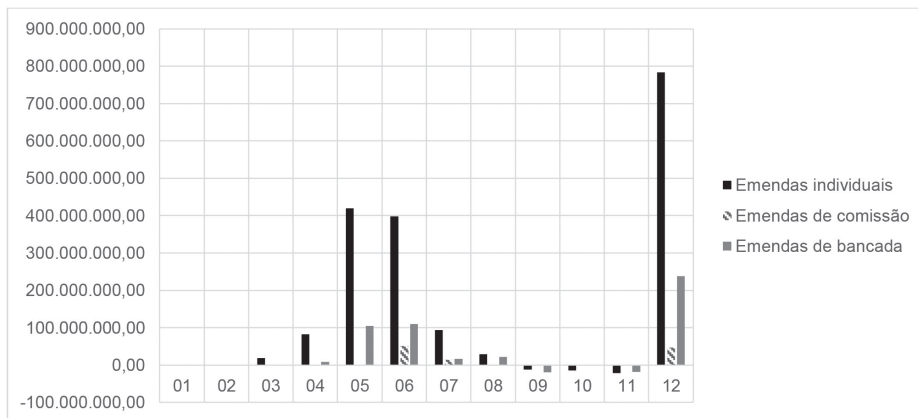
Na mesma decisão, o relator determinou que “a CGU realize auditoria de todos os repasses de “emendas PIX” em benefício de ONGs e demais entidades do terceiro setor, realizados nos anos de 2020 a 2024” e que “as ONGs e demais entidades do terceiro setor informem na internet, com total transparência, os valores oriundos de “emendas PIX” recebidos nos anos de 2020 a 2024, e em que foram aplicados e convertidos”.

Paralelamente a essas duas ADIs, o PSOL ajuizou nova ação (ADI 7697), em que pediu a declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos relacionados à impositividade das emendas parlamentares, a qual também foi distribuída ao Ministro Flávio Dino. Também em sede de tutela provisória, ainda em agosto de 2024, o relator assim decidiu:

Não é compatível com a Constituição Federal a execução de emendas ao orçamento que não obedeçam a critérios técnicos de eficiência, transparência e rastreabilidade, de modo que fica impedida qualquer interpretação que confira caráter absoluto à impositividade de emendas parlamentares;

Os efeitos dessa decisão podem ser visualizados no gráfico a seguir, que apresenta o montante empenhado de cada espécie de emenda parlamentar, em 2024.

Gráfico 4 – Emendas parlamentares empenhadas, mês a mês, em 2024, para o Terceiro Setor



Fonte: Siga Brasil. Acesso em: 10 fev. 2025.

Note que, de agosto a novembro de 2024, praticamente não houve empenhos de emendas parlamentares. Somente nesse período foram cancelados empenhos da ordem de 86,308 milhões de reais destinados a instituições privadas sem fins lucrativos.

O cenário, contudo, muda no início de dezembro, quando o Ministro Flávio Dino, no âmbito da ADPF 854, libera, com condições, a execução das emendas parlamentares. Em sua decisão, o Ministro salientou que, “no tocante às emendas (todas as modalidades) destinadas a ONGs e entidades do terceiro setor, a execução pode ter seguimento, mediante deliberação motivada do ordenador de despesas competente”. Além disso, determinou fossem observadas a inexistência de irregularidade já detectada, as regras legais e “a publicação dos valores recebidos de emendas por ONGs e demais

entidades do terceiro setor, em seus sítios na internet. Sem tal publicação devidamente atestada, a execução das emendas permanece suspensa”.

Poucas semanas depois, em 23 de dezembro de 2024, o relator novamente determina a suspensão do pagamento de 5.449 emendas de comissão, que perfaziam mais de 4 bilhões de reais, as quais, como visto, vinham crescendo substancialmente em 2023 e 2024. Na referida decisão o Ministro deixou claro que:

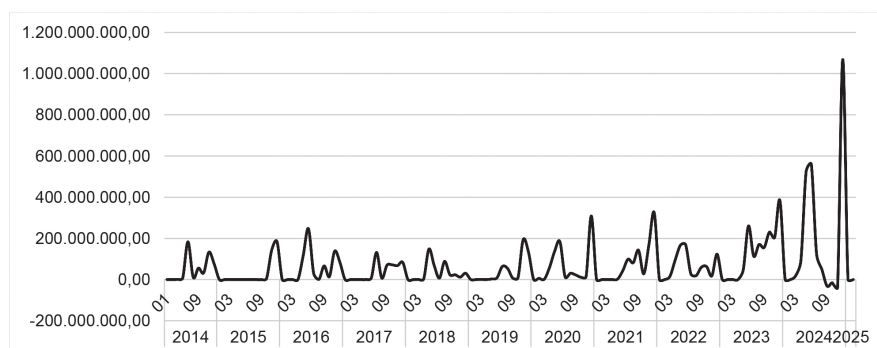
O Poder Executivo só poderá executar as emendas parlamentares relativas ao ano de 2025 com a conclusão de todas as medidas corretivas já ordenadas, notadamente as adequações no Portal da Transparência e na plataforma Transferegov.br, com o registro de todas as informações a serem fornecidas pelo Poder Legislativo e pelos órgãos do Poder Executivo, nos EXATOS TERMOS DAS DECISÕES DO PLENÁRIO DO STF.

Já no início de 2025, o Ministro Flávio Dino determinou “a suspensão IMEDIATA dos repasses às [13] entidades que não fornecem transparência adequada ou não divulgam as informações requeridas, nos termos do Relatório da CGU”. No entanto, no fim de janeiro de 2025, após a CGU confirmar que algumas das organizações anteriormente impedidas de receber recursos passaram a cumprir os requisitos de transparência, foi autorizada a liberação de emendas parlamentares para essas entidades.

5 O impacto das decisões do STF no Terceiro Setor

O Terceiro Setor cresceu substancialmente nos últimos dez anos em termos de prestação de serviços. Segundo Bittenbender, “as ações sociais realizadas pelo terceiro setor têm auxiliado no cumprimento de funções sociais originalmente de competência do poder público, muitas vezes alcançando grupos sociais específicos e promovendo o bem-estar”.⁷ Esse crescimento também foi sentido em termos de volume de repasses fruto de emendas parlamentares às instituições sem fins lucrativos:

Gráfico 5 – Emendas parlamentares empenhadas, mês a mês, entre 2014 e 2024, para o Terceiro Setor



Fonte: Siga Brasil. Acesso em: 10 fev. 2025.

⁷ BUTTENBENDER, P. A atuação do terceiro setor no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 45-67, 2022.

É possível notar, no gráfico acima, o aumento do fluxo de emendas ao longo do período, mas, principalmente, nos períodos em que foram mais utilizadas as emendas do relator (2020 a 2022) e as emendas de comissão (2023 a 2024). Também se verifica o cancelamento de empenhos em meados de 2024, em virtude das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Se, de um lado, o crescimento dos repasses propicia o maior fluxo de recursos para instituições sem fins lucrativos, de outro isso pode gerar dependência dessas organizações, principalmente porque a maioria dos repasses tem sido destinada para gastos de custeio, e não para investimentos. Nesse cenário, determinações de anulação de empenhos e de contingenciamento de repasses podem ter efeitos drásticos em termos de políticas públicas, pois há o risco de interferirem diretamente na manutenção das organizações do Terceiro Setor.

O volume de recursos transferido também deve servir como norte para os órgãos de controle se atentarem para o caminho que os recursos públicos estão tomando. Seja pelo critério de relevância, pela materialidade ou mesmo pelo risco, é fundamental que os Tribunais de Contas, o Ministério Público e as unidades de controle interno fiquem atentos a esse fluxo de recursos.

Por fim, deve-se ter em mente que as decisões do Supremo Tribunal asseguram maior transparência e controle social para os recursos recebidos e aplicados pelas instituições Terceiro Setor, que, até então, não demonstravam, publicamente, a forma de aplicação desses valores.

6 Considerações finais

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a execução das emendas parlamentares trouxeram impactos significativos para o Terceiro Setor. O crescimento expressivo dos repasses via emendas ao longo da última década evidencia o papel cada vez mais relevante dessas transferências no financiamento de instituições sem fins lucrativos. No entanto, esse aumento também levantou preocupações quanto à transparência, rastreabilidade e potencial dependência dessas entidades em relação aos recursos públicos.

Se, por um lado, as emendas parlamentares permitem maior descentralização dos recursos e possibilitam que entidades do Terceiro Setor ampliem suas atividades e atendam públicos que o Estado muitas vezes não alcança de maneira eficiente, por outro, a execução dessas transferências precisa estar alinhada a critérios rigorosos de fiscalização e controle. O volume crescente de despesas de custeio financiadas por emendas indica um risco estrutural: a sustentabilidade das organizações pode ser comprometida caso ocorra uma mudança repentina nas regras ou na disponibilidade desses recursos.

A atuação do STF, ao impor novas exigências de transparência e condicionar a liberação dos valores ao cumprimento de critérios técnicos, busca equilibrar os interesses do parlamento, do Executivo e da sociedade. Ao mesmo tempo, a necessidade de maior controle reforça o papel dos órgãos de fiscalização, como Tribunais de Contas e Ministério Público, na avaliação do impacto e da conformidade dessas transferências.

Diante desse cenário, a previsibilidade e a transparência no repasse de recursos ao Terceiro Setor devem ser aprimoradas para evitar oscilações abruptas que prejudiquem

a prestação de serviços essenciais. O desafio, portanto, está em garantir um modelo sustentável de financiamento que preserve a autonomia das entidades e, ao mesmo tempo, assegure a correta aplicação dos recursos públicos.

Referências

BUTTENBENDER, P. A atuação do terceiro setor no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 45-67, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GIACOMONI, James. *Orçamento Governamental: teoria, sistema, processo*. São Paulo: Atlas, 2019.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; GALINDO, Antonella. Óbvio desvelado (mais um): Brasil presidencialista e emendas impositivas. *Consultor Jurídico*, 27 jan. 2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-jan-27/obvio-desvelado-mais-um-brasil-presidencialista-e-emendas-impositivas/>. Acesso em: 11 fev. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 854*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7688 e 7695*. Relator: Ministro Flávio Dino. Brasília, DF, 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7697*. Relator: Ministro Flávio Dino. Brasília, DF, 2024.

SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP)*. 11. ed. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2024. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-contabilidade-aplicada-ao-setor-publico-mcasp/2025/26>. Acesso em: 9 fev. 2025.

SIGA BRASIL. *Base de dados sobre execução orçamentária e financeira da União*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>. Acesso em: 9 fev. 2025.

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

AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito das emendas parlamentares e os seus impactos no Terceiro Setor. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 41-53. ISBN 978-85-450-0925-2.

A PRESCRIÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A ADI 7.236

ANA MARIA BARATA

Professora aposentada da Universidade Federal do Pará.
Mestre em Direito pela UFPA.
Consultora Jurídica aposentada da Defensoria Pública do Pará.

Sumário: 1 Introdução. 2 A Trajetória da Prescrição na Lei de Improbidade Administrativa. 2.1 A Prescrição na Redação Original da Lei n. 8.429/1992. 2.2 A Prescrição na Lei n. 14.230/2021. 2.3 A Prescrição para o Ajuizamento da Ação de Improbidade Administrativa-AIA 2.4. A Suspensão da Prescrição. 2.5 A prescrição Intercorrente. 2.6 A Irretroatividade do Novo Regime Prescricional no Tema 1.999. 3 A Prescrição no voto da ADI 7.236. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Este artigo compõem o livro em homenagem aos 50 anos do Instituto de Brasileiro de Direito Administrativo-IBDA, atualmente comandado pela professora doutora Cristiana Fortini. O IBDA vem revolucionando o Direito Administrativo com competência e inclusão, prestando valiosos serviços ao direito administrativo brasileiro em aprofundar estudos nessa área, fomentando nesse meio século, centenas de palestras, e reunir no Congresso Brasileiro de Direito Administrativo-CBDA os melhores juristas, professores, advogados e estudantes do Brasil para convívio social e jurídico, produzindo debates e aprendizados.

O IBDA foi criado em 1975 em Curitiba, com Manoel Franco Sobrinho, seu primeiro Presidente, indicado por Temístocles Brandão Cavalcante, que teve em Celso Antônio Bandeira de Melo expressiva participação no aprimoramento das instituições e do Direito Administrativo brasileiro, que se faz presente no ensino jurídico, na vida cotidiana da administração pública e nos tribunais, notadamente sob o influxo da Constituição Federal de 1988, que é o marco importante da República brasileira.

O IBDA realizou nesse período, em diversos estados brasileiros, o Congresso Brasileiro de Direito Administrativo-CBDA, reunindo nacionalmente juristas e professores de mais alta notoriedade, produzindo pensamento jurídico qualificado e permitindo debates e reflexões sobre temas atuais. A importância e eficácia desses encontros ocorrem, entre outros motivos, justamente pelo fato de esse ramo do direito não ser codificado cujas modificações se efetivam por meio da Constituição Federal, das leis e dos atos normativos, que organizam a administração pública brasileira, sendo o IBDA um celeiro de saberes na área do direito público.

Nesse período, entre outros, passaram pelo IBDA professores como: Celso Antônio Bandeira de Mello, Geraldo Ataliba, Caio Tácito, Paulo Neves de Carvalho, Sérgio Ferraz, Sérgio Andrea Ferreira, Lúcia Vale Figueiredo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Weida Zancaner, Adilson Dallari e tantos outros administrativistas que contribuíram com o aprimoramento desse ramo do direito.

Nesse novo cenário, muitos debates, reflexões e aperfeiçoamentos surgiram desses encontros, gerando comissões de estudos, diversos livros, concursos de artigos, participação colaborativa em diversos projetos de lei e atuações como *amicus curiae*. O IBDA tem promovido intensa colaboração ao direito brasileiro, inclusive no engajamento da manutenção do regime democrático, sendo importante destacar o trabalho da atual presidência, diretoria do IBDA e demais colaboradores, fomentando a participação de juristas de Norte a Sul e outros processos de inclusão. Enfim, este organismo jurídico cumpre papel vital no aperfeiçoamento do Direito Administrativo.

O objeto deste artigo, surge do painel “Improbidade Administrativa: Acertos e desacertos das decisões judiciais após a alteração legal”, tema incluso no 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, por mim presidido, e teve como palestrantes Dra. Keity Saboya, Dr. Márcio Camarosano e Dr. Rodrigo Valgas, cujos temas eleitos, pela atualidade, centraram-se no voto do relator Min. Alexandre de Moraes, em razão da ADI 7236, proposta pela Associação Nacional de Membros do Ministério Público-CONAMP. A matéria, após a apresentação do voto do Relator, foi objeto de pedido de vista pelo Ministro Gilmar Mendes, já devolvido e aguardando entrar em pauta para julgamento final.¹

A proposta para este ensaio jurídico é tratar da Prescrição na Improbidade Administrativa, tema da ADI, com análise desde a redação original da Lei n. 8.429/1992, passando pelas novas alterações da Lei n. 14.230/2021, até o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal por meio do ARE 843989/PR – Tema de Repercussão Geral n. 1199. Por fim, este artigo pretende avaliar o entendimento dado à prescrição na ADI 7.236/CONAMP, por meio do voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, que ainda pende de votação pelo plenário do STF, pois o tratamento dado pelo voto do relator ao instituto da prescrição gerou controvérsias em face do aumento temporal da prescrição intercorrente.

A prescrição é instituto de ordem pública que estabelece prazo para que o Estado ou o particular exerça direitos contra alguém, no âmbito judicial ou administrativo, objetivando sedimentar as relações materiais e jurídicas, com fundamento nos princípios

¹ Até a elaboração deste artigo, ainda não houve o julgamento da ADI 7236 pelo plenário.

da segurança jurídica e da duração razoável do processo, de modo a solidificar as relações interpessoais, para que as demandas ou litígios tenham início e fim, assegurando a paz social.

2 A trajetória da prescrição na lei de improbidade administrativa

A abordagem da prescrição neste artigo visa demonstrar o tratamento evolutivo do instituto desde a redação originária da Lei n. 8.429/1992, abrangendo as alterações contidas na Lei n. 14.230/2021, culminando com a interpretação contida no voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADI 7236 e as reflexões sobre os possíveis impactos no âmbito jurídico da improbidade administrativa, aguardando-se a votação final pelo Plenário, que ainda não ocorreu até a edição deste artigo.

2.1 A Prescrição na redação original da Lei n. 8.429/1992

A Lei n. 8.429/1992, em sua origem, estabeleceu o prazo prescricional de 5 anos (art. 23, I) para ingressar com a ação de improbidade administrativa pelas pessoas legitimadas, porém a forma de contagem variava de acordo com a condição funcional desses agentes públicos. O inciso I se destinava aos agentes públicos que exerciam mandato, cargo em comissão ou função de confiança, deslocando o prazo prescricional para o término desses vínculos. Assim, se por um lado o órgão de controle contava com um prazo mais longo, por outro, nesse tempo muitas situações poderiam acontecer, às vezes dificultando o ingresso da ação, pois esse agente poderia emendar mandatos ou outros cargos, impulsionando os prazos mais para frente, ou até ocorria a sua morte, mudança de endereço ou mesmo de país, possibilitando dificuldades para a ação.

O inciso II abrangia servidores públicos ocupantes de cargo ou emprego público sob regime estatutário ou celetista, vinculados ao prazo prescricional para a demissão, que é também de cinco anos previsto na lei estatutária. Entretanto, não havia prescrição para demissão no regime da CLT, levando o intérprete a aplicar o prazo quinquenal também para esse grupo de servidores. Apesar disso, a regra não abrangia outros tipos de agentes públicos fora desses dois vínculos, como os temporários e outros meios de serviços terceirizados que poderiam sofrer a incidência da improbidade. Nesse sentido, o entendimento do prazo também permanecia em analogia ao prazo quinquenal geral prescricional na administração pública. Apesar disso, não havia regramento seguro para essas e outras hipóteses, deixando a solução para as decisões judiciais quando o processado discutia a prescrição a seu favor.

O Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula 634, firmou o seguinte entendimento: “Ao particular aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa para o agente público”.² Enquanto isso, o Informativo 546, também do STJ, estabeleceu que o “prazo prescricional interrompia com o ajuizamento da ação dentro do prazo de 5 anos, contados a partir do término do vínculo funcional”.

O inciso III, por sua vez, foi introduzido pela Lei n. 13.019/2014 para alcançar pessoas com vínculos com o poder público que, de alguma forma, receberam recursos

² STJ. *Súmula n. 634*. Primeira Seção, julgado em 12/6/2019, DJe de 17/06/2019.

públicos. Como visto, a redação era ruim, desigual, causava dúvidas, interpretações variadas e possuía prazos longos demais, o que causava prejuízos ao interesse público. Logo, essas regras foram revogadas pela nova lei, que introduziu significativas alterações na matéria.

2.2 A Prescrição na Lei n. 14.230/2021

A nova redação da Lei n. 14.230/2021 foi coerente e isonômica ao estabelecer prazos uniformes de modo impessoal, concedendo maior segurança jurídica e notadamente prestigiando os princípios da duração razoável do processo, da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas. A nova lei alterou cerca de cem regras, provocando conturbada reação dos mais diversos matizes, inclusive por parte dos órgãos de controles e das mídias, que reconheciam o retrocesso no sistema de responsabilização dos agentes públicos.

A lei foi taxada de “lei da impunidade”, por ter abrandado excessos que a lei anterior trazia em diversos artigos, reflexo de estudos da doutrina e de experiências no âmbito doutrinário e judicial, a norma passou por uma revitalização, tornando mais justa sua aplicação, modernizando seus conceitos e adaptando-se às novas realidades e sistemáticas jurídicas, sem, contudo, ter a certeza da perfeição, pois advém da atuação humana, permeada por variados interesses.

Dentre tantas mudanças, a novel lei fixou prazo prescricional único para o ajuizamento da ação, aumentando de cinco para oito anos, sem decompor os tipos de agentes públicos para sua incidência, e estabeleceu os prazos para a prescrição intercorrente, que a lei anterior não regravava, tendo sido muito positivo regular o tempo em que a ação deverá tramitar no âmbito jurisdicional, porquanto a longa tramitação de ações desse jaez induz à insegurança jurídica.

A inconformidade dos órgãos de controle, entre tantos temas, se fazia sentir quanto a alguns prazos estabelecidos na lei que se mostram curtos, como: a suspensão da prescrição em 180 (cento e oitenta) dias, que, para casos complexos se mostram desproporcionais como o prazo de 30 (trinta) dias para ajuizamento da ação, após esgotado o prazo de inquérito civil. Igualmente, defendem a inconsistência do prazo da prescrição intercorrente de 4(quatro) anos, com o argumento de que uma ação de improbidade, na caminhada recursal, por certo, ensejará a prescrição de muitas ações. Além disso, justificam que a prescrição intercorrente só tem cabimento diante da inércia e desídia da parte, à luz do art. 240, §3º, do CPC.³

A Lei n. 8.429/1992, em sua redação original, não previa a prescrição intercorrente, tendo a nova lei imprimido o princípio da duração razoável do processo, de forma clara quanto aos prazos de prescrição e os respectivos momentos de sua interrupção, não apontado outras causas para sua contagem, como fazem outros diplomas normativos.

³ MARTINS Júnior, W. P. et al. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 316-317.

2.3 A Prescrição Geral para o Ajuizamento da Ação de Improbidade Administrativa-AIA

A Lei n. 14.230/2021, no art. 23 dispõe: “A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência”.⁴

Como visto, o novo prazo prescricional geral foi aumentado para oito anos, visando à aplicação das sanções que trata esta lei, prazo para que os órgãos legitimados ingressem com a Ação de Improbidade Administrativa-AIA, tornando-o igualitário para todos os agentes públicos, independentemente do vínculo que esses possam ter com a administração pública, sendo a mudança vista como positiva.

O termo a *quo* desse prazo conta a partir da ocorrência do fato, devendo a sociedade e os órgãos de controles ficarem atentos aos fatos para não perderem o prazo para a ação, pois muitas vezes é de interesse do infrator esconder o fato ilícito, tornando mais difícil o cumprimento do prazo.

Correia⁵ exemplifica que mesmo para um processo iniciado sob a égide de lei anterior, que tramitava há 15 anos sem sentença, e nesse intervalo é atingido pelo início da vigência da Lei n.14.230/2021, computando-se os novos prazos prescricionais, em oito anos deve ser proferida a sentença. A pretensão exercida em processo judicial deixa de ser pelos prazos prescricionais da lei anterior.

Como visto, conforme o Tema 1199, ambos os prazos prescricionais são aplicáveis desde a vigência da lei, não retroagindo para beneficiar os réus. Contudo, há de se concordar que aplicá-los nos processos em curso, de algum modo, é prejudicial a eles.

Sendo a infração de caráter permanente, o prazo de contagem é da data em que cessou a permanência, que tem que ficar bem identificada para que a prescrição seja recontada a cada momento de incidência. Nessa hipótese, o prazo facilita a ação judicial.

2.4 A Suspensão da Prescrição

A instauração do inquérito civil suspende o prazo prescricional por 180 (cento e oitenta) dias corridos, nos termos do §1º do art. 23, o que não impede a continuidade do inquérito após esse prazo, que volta a correr regularmente. Assim, como o caso trata de suspensão, e não de interrupção, a recontagem do curso prescricional, conta-se, o já transcorrido, desde a data do fato, descontado o tempo de suspensão de 180 (cento e oitenta) dias, com o novo percurso correndo aditado ao prazo anterior já percorrido, nos termos do art. 23.

Nesse particular, o prazo de suspensão da prescrição se mostra curto, notadamente para a investigação de fatos complexos. Apesar disso, o prazo para a conclusão do inquérito é de 2 (dois) anos, e mais 30 (trinta) dias para o ajuizamento da ação. Caso o inquérito não seja concluído nesse prazo, nada impede que a investigação continue.

⁴ BRASIL. Lei n. 14.320, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. DOU: Brasília, 2021.

⁵ CORREIA, Atalá. Prescrição e improbidade administrativa. In: VANIN, F. S.; ROBI FILHO, I. N.; ROCHA, W. (coord.). *Lei de Improbidade Administrativa Lei nº 14.230/2021. Comentários e Análise Comparativa*. São Paulo: Almedina, 2023. p. 386.

Entretanto, o prazo prescricional volta a correr novamente após os 180 dias suspensos, devendo o órgão ministerial ter o cuidado para não deixar ultrapassar o prazo prescricional geral para ajuizamento da ação.

Há quem defenda que o prazo de conclusão do inquérito estabelecido no §2º é preclusivo, ou seja, caso não seja concluído o inquérito e nem seja ajuizada a ação em 30 (trinta) dias, o procedimento investigativo deverá ser arquivado em face da preclusão consumativa decadencial.⁶ Em sentido contrário, há os que defendem ser o prazo do tipo impróprio, não gerando preclusão, referindo-se ao mero cumprimento de dever pelo órgão promotor da ação.⁷ Pelo que se extrai da lei, o que impede do órgão ajuizar a ação é o transcurso do prazo prescricional de oito anos estabelecido no caput do art. 23, com ou sem inquérito concluído nesse período.

Admite-se, portanto, que a lei ofertou prazo inadequado para a suspensão da prescrição. Logo, a medida mais adequada seria a lei ter vinculado o prazo de suspensão da prescrição ao prazo do inquérito civil comum ou acrescido da prorrogação, cujo prazo máximo é de até 730 dias corridos, previsto nos §2º do art. 23 da lei, para melhor eficácia da investigação.

Outro ponto omissso na lei é a falta de regulação da prescrição na hipótese de Acordo de Não Persecução Civil (ANPC) celebrado no curso de uma ação, pois ele poderá demandar mais tempo para concluir, ou mesmo ser descumprido pelo réu, de forma que a ação precisaria ser renovada. Defende-se, para a hipótese, a suspensão da prescrição por um prazo determinado, o que poderia evitar prejuízo ao processo, uma vez que, para esse fim, existiria a possibilidade de o interessado requerê-la e o juiz decidir nos autos pela suspensão da prescrição com base nas hipóteses previstas no Código de Processo Civil (CPC).⁸ Outra saída apontada pela doutrina seria recorrer à regra prevista no art. 24 da Lei n. 13.140/2015, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública com a suspensão da prescrição a partir da data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.⁹

A Resolução n. 306/25, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, também não regulou a situação da prescrição no ANPC, principalmente caso esse ocorra no curso de uma ação já instaurada, tanto pelo tempo de sua efetivação quanto em caso de seu descumprimento. Como ficará a situação da Ação já ajuizada? Como ficará a contagem do curso prescricional? Pois nesse interim pode sobrevir o prazo prescricional. Poder-se-á aplicar as regras do CPC para suspendê-la ou aplica-se a Lei n. 13.140/2015? São questões que o normativo poderia orientar.

⁶ MATTOS, M. R. G. de. *Limites da Lei de Improbidade Administrativa*: Lei 8.429/92 alterada pela Lei 14.230/21. 6. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 761.

⁷ COSTA, R. O.; BARBOSA, R. K. Nova LIA: os prazos para a conclusão do Inquérito e ajuizamento da ação. *Consultor jurídico*, [S. l.], 2021.

⁸ BARATA, A. M. R. A Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos: alterações relevantes da nova lei de improbidade administrativa. In: FORTINI, C.; MELO, L. M. FABRIS, R. (org.). *Novas Perspectivas para uma Administração Pública Sustentável*: a visão delas. Em homenagem à Ministra Assusete Magalhães. Rondônia: Íthala, 2024.

⁹ MARTINS JÚNIOR, W. P. et al. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 312.

2.5 A Prescrição Intercorrente

A nova lei, como dito, inseriu o prazo de duração do processo de improbidade administrativa, garantindo a duração razoável do processo, de modo a alcançar a paz social. Na lei, temos uma prescrição para a ação (prescrição geral) e também outra intercorrente, para a pretensão sancionatória. Assim, foi objeto de debate se a prescrição intercorrente, que fosse benéfica ao réu, seria retroativa ou não. A matéria apresentou ampla divergência, notadamente perante os órgãos de controle, porém, Nicolao Dino,¹⁰ Procurador da República, em Parecer no REsp 1.999.002/SP assim opinou:

A prescrição é um instituto que deve ser sempre apreendido e interpretado em favor do imputado ou réu, ou seja, é um instituto pro reo, seja a pretensão estatal sancionadora penal ou cível. [...]. A persecução referente à improbidade administrativa se insere no âmbito do Direito Sancionador e, por coerência sistêmica, a exemplo do que ocorre com os mecanismos de persecução criminal, deve nortear-se pelo postulado da retroatividade da norma mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, XL da CF.

O prazo da prescrição intercorrente se inicia pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa pelo órgão legitimado e interrompe-se, voltando a correr do zero. Porém, até então, não obedece ao prazo geral, pois a lei, no §4º e seguintes do art. 23,¹¹ estabeleceu que o prazo para esse fim ocorre pela metade do prazo geral de oito anos, portanto, quatro anos, em cada instância ali mencionada, desde que a decisão recorrida confirme a sentença condenatória ou a que reforme a sentença de improcedência. Sendo a sentença absolutória e havendo recurso, a prescrição continua a correr sem interrupção, pois só a condenação tem o condão de interrompê-la.

Dessa forma, o prazo recomeça a correr do dia de cada interrupção, desde o ajuizamento da ação de improbidade administrativa e sequencialmente pela publicação da sentença condenatória de primeiro grau, de decisão ou de acórdão pelos Tribunais de Justiça estadual ou federal, do Superior Tribunal de Justiça, e do Supremo Tribunal Federal.

Outras situações processuais poderão ocorrer no plano recursal, de maneira que a lei se refere à decisão ou ao acórdão sempre em caráter condenatório, não especificando se é decisão monocrática ou de colegiado, o que para Marçal Justen Filho:¹²

¹⁰ CORREIA, A.; CARNEIRO, R. A. A. Prescrição, improbidade e retroatividade da *novatio legis in mellius*. In: MENDES, G. F.; CARNEIRO, R. A. A. *Nova lei de improbidade administrativa: Inspirações e desafios*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 137-149. p. 147. (DINO, Nicolao. Recurso Especial 1.9666/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Parecer n. 12.187).

¹¹ §4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se: I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa; II - pela publicação da sentença condenatória; III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência; IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência; V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência. §5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.

¹² JUSTEN FILHO, M. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, comparada e comentada*: Lei nº 14.230, de 25.10. 2021. Rio de Janeiro: Forense. 2022. p. 6257.

“Isso significa a desnecessidade de uma decisão colegiada. Em muitos casos, admite-se que o julgamento do recurso seja proferido por decisão monocrática. Se e quando assim se passar, a publicação dessa decisão será suficiente para produzir a interrupção da prescrição”.

Como visto, a aplicação da prescrição implica outros vieses processuais que demandam interpretações e decisões conforme o caso concreto.

É digno de nota, lembrar que o regime prescricional e seus efeitos se estendem a todos aqueles que concorreram para a prática do ato de improbidade, inclusive no caso de atos conexos que sejam objeto do mesmo processo, traçando tratamento horizontal, nos termos dos §§6º e 7º do art. 23. Nesse aspecto, também, a aplicação prática requer cuidados, principalmente quando esses fatos conexos e outras coautorias aparecem depois de certo tempo.

Ocorrendo a prescrição, e depois de ouvir o Ministério Público, o juiz ou o tribunal deverá reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionatória e decretá-la de imediato, consoante dispõe o §8º do art. 23, extinguindo a pretensão com julgamento do mérito.

Ressalte-se que, para fins de ressarcimento ao erário, o STF já firmou tese no julgamento do RE 852.475 (Tema 0897), em Repercussão Geral: *“são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”*¹³. Com essa decisão, as ações de ressarcimento por atos culposos são prescritíveis, conforme decisão do STF no RE 669.069 (Tema 666) com Repercussão Geral: *“é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”*.¹⁴ As decisões sedimentaram o entendimento para fins de ressarcimento: os ilícitos civis praticados com dolo serão imprescritíveis, e naqueles praticados com culpa incide a prescrição quinquenal.

2.6 A Irretroatividade do Novo Regime Prescricional no Tema 1.999

No julgamento do Tema 1.999, sobre a aplicação do art. 23, quanto à sua irretroatividade aos processos em andamento, foi fixada a Tese 4, estabelecendo: *“O novo regime prescricional na Lei n. 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”*.¹⁵

Nesse aspecto, impõe-se a discussão sobre o caráter de direito material da prescrição na improbidade administrativa; um, atingindo diretamente a ação de persecução, imprimindo o princípio da segurança jurídica; outro, é o caráter processual da prescrição intercorrente com base no princípio da duração razoável do processo, dirigida ao julgador

¹³ BRASIL. STF. *Tema 897*. Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa. (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08-08-2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019)

¹⁴ BRASIL. STF *Tema 666*. Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa. (RE 669069, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03-02-2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016)

¹⁵ BRASIL. STF. *Tema 1199* - 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. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 24/02/2022. Publicação: 04/03/2022

atingindo a pena. Essa definição, por sua vez, vai repercutir na aplicação desses prazos prescricionais aos processos em curso, com aplicação a partir da publicação da lei, da qual há entendimento no sentido que: Diante de matéria de direito processual, os quatro anos estipulados para sua consumação, nas ações já em curso quando do advento da Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, terão necessariamente como marco inaugural o dia em que se iniciou a vigência da novel lei, nos termos do que dispõe os artigos 6º da LINDB e 14 do CPC.¹⁶

Com essa recontagem para os processos em curso, a parte demandada terá desvantagem na duração da ação, pois recomeça uma nova contagem da prescrição intercorrente de quatro anos, independentemente do tempo já transcorrido anteriormente. Entretanto, como a prescrição é irretroativa, a parte demandada não pode se valer do tempo anterior já decorrido para arguir a prescrição intercorrente. Entretanto, o novo prazo será aplicado aos processos em curso a partir da vigência da nova lei, conforme adverte Correia:¹⁷

Não nos parece possível, entretanto, que os interessados pleiteiem a combinação de leis, para construir a regra mais benéfica possível, aproveitando-se daquilo que lhe for mais favorável entre regras antigas e novas. Vale dizer, aquele processado não pode, ao mesmo tempo, postular a aplicação do prazo quinquenal e da prescrição intercorrente.

Cruz,¹⁸ com base no julgamento do STJ no REsp 1.604.412 (IAC 1) e STF AI 859.704-AgR, defende que “A prescrição intercorrente é norma de direito material, motivo pelo qual o prazo de quatro anos de art. 23, §5º, da Lei n. 8.429 deveria ser aplicado retroativamente”. Contudo, esse entendimento comporta divergências, pelo fato de a prescrição intercorrente ser tida como de conteúdo processual, seria, por esse entendimento, aplicáveis esses novos prazos de imediato aos processos em curso, a partir da vigência da lei nova.

A decisão do STF foi no sentido de que o regime da prescrição é irretroativo, significando dizer que as novas regras alteradas pela Lei n. 14.230/2021 não retroagem aos processos em curso, notadamente para beneficiar o réu. Isso é, os quatro anos da prescrição intercorrente não se aplicam para extinguir essas ações que já tramitavam há muito tempo, por não ter sido admitida a regra do inciso XL do art. 5º da CRFB na Ação de Improbidade, ressalvados os casos de atos culposos, porque esses não são mais considerados ato de improbidade, pois estão revogados pela novel lei.

Assim, a prescrição intercorrente de quatro anos é irretroativa, não se aplicando aos processos em curso para o atingimento imediato da prescrição, porém, aplicam-se esses mesmos marcos temporais a esses processos a partir da publicação da lei, em 26.10.2021, inaugurando novo prazo para a prescrição intercorrente. Caso esses processos em curso, antes da vigência da nova lei, não tiverem decisão condenatória publicada até

¹⁶ FERNANDES JUNIOR, José Carlos. A prescrição intercorrente na nova LIA: a realidade por trás da norma. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2022.

¹⁷ CORREIA, Atalá. Prescrição e improbidade administrativa In: VANIN, F. S.; ROBI FILHO, I. N.; ROCHA, W. (org.). *Lei de Improbidade Administrativa Lei nº 14.230/2021. Comentários e Análise Comparativa*. São Paulo: Almedina, 2023. p. 383-384.

¹⁸ CRUZ, H. J. D. da. Da retroatividade da prescrição intercorrente na ação de improbidade administrativa. *Consultor Jurídico*, [S. l.], 2024.

o dia 26.10.2025, ter-se-á a primeira leva de processos prescritos. Nesse aspecto, Mattos firma o entendimento:

[...] para aqueles processos cujos fatos foram concretizados em período anterior ao da Lei nº 14.230/2021 (26.10.2021), onde os processos se encontram em tramitação, a nova e atual regra da prescrição a que alude o artigo 23 em questão, na forma do art. 14¹⁹, do CPC, passa a vigor, respeitado o marco temporal de se iniciar a contagem do prazo da prescrição do dia da publicação no Diário Oficial da nova lei.²⁰

Como não houve modulação (regime híbrido²¹) pelo STF no sistema prescricional por ocasião do julgamento do Tema 1199, processos que já tramitavam há bastante tempo submeteram-se aos novos prazos da prescrição intercorrente de quatro anos²² a partir de 26.10.21, promovendo desvantagem aos demandados em processos antigos.

O julgamento da ADI 7.236 será um marco importante para reformulação ou fragmentação da Lei n. 8.429/1992, ora alterada, pois, as alterações propostas no voto do Relator, poderão, se convalidados pelo plenário, sofrer alterações significativas, ou ainda, por ocasião do julgamento, vir a sofrer outras modificações, e, quem sabe, poderá reparar algumas inconsistências propostas, visando reconduzir a lei a parâmetros justos e razoáveis, podendo promover modulações de compatibilidade com a realidade.

3 A Prescrição no voto da ADI 7.236

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou a ADI n. 7236, questionando a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei n. 14.230/2022, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que, entre tantos temas objeto da Ação, propôs em seu voto alterar o prazo da prescrição intercorrente, prevista no art. 23, de 4 (quatro) anos para 8 (oito) anos. Entretanto, logo após, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista, sendo aguardado o julgamento pelo plenário desse tema e de muitos outros contidos na Ação, visando a consolidar o entendimento sobre o controle de constitucionalidade dos dispositivos demandados.

Sendo essa alteração vencedora no julgamento final, pode-se afirmar que, pelo prazo geral e pelo intercorrente, uma Ação de Improbidade Administrativa-AIA a partir da vigência da lei, poderá tramitar próximo a 40 anos: 8 da prescrição geral e 4 instâncias de 8 anos da prescrição intercorrente.

O fundamento da alteração proposta pelo Ministro relator, neste tema, resumidamente, firmou-se nos seguintes argumentos: a) os prazos da prescrição intercorrente são curtos diante da quantidade de ações, muitas delas, graves, que necessitam de análise mais detalhada pelos Tribunais; b) o prazo fere a razoabilidade; c) não havendo

¹⁹ 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. (BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DOU, 2015).

²⁰ MATTOS, M. R. G. de. *Limites da Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 alterada pela Lei 14.230/21*. 6. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 757.

²¹ Como menciona Correia e Carneiro, *idem*, p. 149.

²² Considerado o prazo de quatro anos da prescrição intercorrente da lei, pois ainda pende de julgamento do STF a alteração do prazo para oito anos.

inércia do poder público, não há prescrição; d) o prazo do §5º é *sui generis*; e) em um exame de futurologia, poderia ocorrer de, ao galgar as instâncias recursais, os prazos prescricionais poderiam reduzir-se de 4 anos para 3, depois para dois e para 1 ano sucessivamente, tendo o Ministro André Mendonça intervindo e argumentado no sentido de que a lei não traz essa progressão de redução de prazos prescricionais nesses patamares, o que foi admitido pelo relator; f) o relator lembrou ainda o argumento da PGR, no qual o prazo de quatro anos fragiliza o microsistema de combate a corrupção. Ao final, declarou em seu voto que o §5º é parcialmente inconstitucional, defendendo redução de texto (retirando o termo “pela metade do prazo”) propondo, assim, novo texto: “§5º. *Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção*”. Na ocasião, o Ministro Flávio Dino questionou se o novo prazo passaria a ser de 8 anos, o que foi confirmado pelo relator.

Indaga-se: esse novo prazo introduzido pelo voto do Ministro relator teria o condão de criar novo prazo na LIA, em descompasso com o §5º do art. 37 da CFRB, que exige lei para estabelecer os prazos de prescrição? Conforme informa Scaff, o Ministro Gilmar Mendes, no RE 852.475-STF, ação em que se discutia a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, apontou que, se fosse necessário alongar prazos prescricionais, isso seria uma tarefa do Legislativo, e não do Judiciário.²³ Defende-se que, para alterar a prescrição intercorrente pelo dobro do prazo nas quatro instâncias, a medida mais adequada seria mediante lei, como bem expressa a Carta Magna, submetendo a matéria à alteração e ao controle da casa legislativa. Em sentido contrário, há quem defenda que “as regras prescricionais não são imunes ao juízo de constitucionalidade e prazos draconianamente curtos certamente violam direitos fundamentais”.²⁴

Diante dessa elasticidade de prazo, de 4 para 8 anos, indaga-se: uma ação que, agora, pode tramitar por quase 40 (quarenta) anos atende constitucionalmente à duração razoável do processo? Ora, se a preocupação se aloja na prescrição intercorrente pela perda da aplicação de sanções, do mesmo modo pode-se também nem as ter, pois o art. 17-B, da Lei n. 14.230/2021, previu o Acordo de Não Persecução Civil-ANPC,²⁵ que tem como ponto principal o ressarcimento integral do dano e a reversão ao poder público da vantagem indevida pelo infrator.

Pois bem, no acordo por meio do ANPC, poderão ocorrer as seguintes proposições de conciliação: arquivamento da ação, redução de sanções, multas e prazos. Portanto, de alguma forma, muitas ações poderão nem prosperar, a depender do acordo que for firmado, não se justificando a elasticidade do prazo prescricional com vistas a esse grupo de sanções. Um segundo argumento se perfaz: se por alguma razão não haja ou não tenha prosperado a execução do ANPC, mesmo que a prescrição venha a incidir para as

²³ SCAFF, Fernando Facury. Improbidade Administrativa, Prescrição Patrimonial e Consequencialismo (Acórdão RE 852.575, Tema 897). In: MENDES, Gilmar; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (coord.). *A Nova Lei de Improbidade Administrativa, Inspirações e Desafios*. São Paulo, SP: Almedina, 2022. p. 191.

²⁴ CORREIA, A. Prescrição e improbidade administrativa. In: VANIN, F. S.; ROBI FILHO, I. N.; ROCHA, W. (org.). *Lei de Improbidade Administrativa Lei nº 14.230/2021. Comentários e Análise Comparativa*. São Paulo: Almedina, 2023. p. 376.

²⁵ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CNMP. *Resolução n. 306*, de 11.02.25 regulamenta o artigo 17-b da Lei 8.429/1992, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o acordo de não persecução civil. Conselho Nacional Ministério Público, 2025.

demais sanções, esta não atingiria a ação de ressarcimento, em face da imprescritibilidade, estando o erário preservado.

Reconhece-se que alguns prazos se tornaram curtos em razão da morosidade da justiça, pois muitos processos demoram no primeiro grau, seja aguardando mero despachos, seja porque sequer tenha sido avaliado o juízo de admissibilidade ou a rejeição da ação, como previa a redação original da Lei n. 8.429/1992, ou mesmo por demora no julgamento e por excesso de recursos, entre outros fatores. Afora isso, mesmo que haja incidência da prescrição, a apuração disciplinar se mantém, e, sendo o demandado servidor público, poderá este perder o cargo mediante processo administrativo disciplinar, pois a contagem da prescrição administrativa é diferente daquela prevista na LIA, assim como o ressarcimento do dano está protegido pela imprescritibilidade, portanto o prejuízo estatal é bem menor.

O Movimento Pessoas à Frente procedeu importante estudo sobre a situação e o impacto das ações de improbidade após a Lei n. 14.230/2021 e constatou redução dessas ações. Nesse contexto, de acordo com o estudo, em 2022, reduziu em 36% o número de ações em relação ao ano anterior. Em 2023, houve redução de 42% comparado com 2021.²⁶

O movimento concluiu em sua pesquisa que essa redução das demandas judiciais após a vigência da NLIA foi influenciada pelos seguintes fatores: a extinção das ações no tipo culposo; a extinção da responsabilidade genérica, passando a prever tipificação taxativa por ofensa aos princípios; a mudança para o do dolo específico; a necessidade de prova do prejuízo efetivo de danos ao erário; a extinção do dano presumido; o afastamento da mera legalidade; e a subjetividade do art. 11. Nesse aspecto, é importante observar a decisão²⁷ de 2023, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, que aplicou a nova Lei n. 14.230/2021, que revogou essas regras, portanto, retroagiu a norma mais benéfica da NLIA, extinguindo ação de improbidade praticada no regime anterior, por afronta ao art. 11, I, que a nova lei deixou de considerar como típicas as condutas ali descritas.

Essas condições proporcionaram significativas reduções de novas ações. Portanto, é possível afirmar que sem esse acúmulo de ações, certamente restará tempo razoável para que o Judiciário julgue as ações de improbidade sem a incidência da prescrição. Além disso, como dito, muitas ações poderão ser frustradas em decorrência do ANPC, mediante acordos, resultando numa redução de ações e importar em menor morosidade, fazendo com que o prazo da prescrição intercorrente seja suficiente para julgamento efetivo das ações que prosperarem, porquanto a reformulação da NLIA objetiva justamente apresentar um cenário mais eficiente e coerente, e isso já foi sentido pela pesquisa ora apontada, notadamente com a revogação da improbidade culposa. Ademais, o sistema de justiça precisa melhorar sua estrutura e atuação eficiente para se adaptar aos novos regramentos e exigências contidas na nova lei.

Diante desses possíveis fatores, é possível afirmar que se mostra desnecessário alterar o regime prescricional intercorrente, esperando-se que o plenário da Corte ao julgar a ADI 7236 promova decisão adequada, razoável e proporcional, no propósito de

²⁶ MOVIMENTO PESSOAS À FRENTE. *Balanço sobre a alteração da Lei de Improbidade Administrativa*. Análise a partir dos dados do Conselho Nacional de Justiça. Nota técnica. Jun. 2024.

²⁷ BRASIL. STF. RE 803568 AgR-segundo-EDv-ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05-09-2023 PUBLIC 06-09-2023.

depuração e modernização do tema, sem desfiguração da lei que pretendeu imprimir coerência e extrair excessos, sem perder de vista os normativos sistêmicos impressos na Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro –LINDB.

No tema da prescrição, em especial a intercorrente, e considerando a ADI 7236 cujos argumentos contidos no voto de relatoria não parecem conduzir a melhor interpretação do §5º do art. 23, que colide com garantias fundamentais encartadas no inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB, notadamente para os processos em curso antes da nova lei, que poderá ter novo prazo (8 anos) a ser computado. Com isso, poderá ocorrer a eternização de processos, culminando na insegurança jurídica e no desgaste dos acusados e da própria justiça, pois não é pelas peculiaridades nem pela morosidade da justiça que se vai comprometer importantes princípios constitucionais da segurança jurídica e da duração razoável do processo, tampouco os princípios do direito administrativo sancionador.

4 Conclusão

A prescrição, como instituto de sedimentação das relações jurídicas e como expoentes da segurança jurídica e da duração razoável do processo, deve ser compreendida como matéria de ordem pública, não devendo ser relevada. Assim, as infrações por atos ímprobos devem ser apuradas nos respectivos prazos, devendo os responsáveis pelos processos atuarem com diligência.

Aparenta que qualquer outro prazo alterado, haverá justificativa de que será insuficiente, sendo exigível que tais ações sejam ajuizadas com seriedade e que em sua tramitação, pelo valor jurídico que elas possuem para o interesse público, sejam observados os prazos legais, pois deve o réu responder rigorosamente pela conduta ilegal, e, da mesma forma que a ele sejam garantidos o devido processo legal e a duração razoável do processo, pois aplicar oito anos na prescrição intercorrente a processos antigos, não atende aos dogmas da segurança jurídica, paz social e tampouco da efetiva justiça.

A revogação da improbidade culposa; a possibilidade de sancionamento da perda do cargo pelo regime disciplinar, em face da independência das instâncias, que têm marco de contagem prescricional diferenciada; a imprescritibilidade da ação de ressarcimento para recomposição do erário; e os acordos por meio do ANPC, demonstram menor prejuízo ao ente estatal lesado e forte redução de demandas judiciais, sem grandes repercussões e impactos na manutenção da prescrição intercorrente em 4 (quatro) anos.

A matéria de improbidade administrativa não se traduz em simplicidade, porque há fatos, investigações e demandas complexas. Logo, este artigo pretende apenas estimular o debate para fomentar mais reflexão como propósito do contínuo aprendizado.

Referências

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DOU, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 21 mar. 2025.

BRASIL. *Lei nº 14.320*, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. DOU: Brasília, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14230.htm. Acesso em: 21 mar. 2025.

BRASIL. STF. RE 803568 AgR-segundo-EDv-ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05-09-2023 PUBLIC 06-09-2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur486794/false>. Acesso em: 21 mar. 2025.

BRASIL. STF. *Tema 1199* - 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. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 24/02/2022. Publicação: 04/03/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>. Acesso em: 23 mar. 2025.

BRASIL. STF. *Tema 666*. Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa. (RE 669069, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03-02-2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%20669069. Acesso em: 23 mar. 2025.

BRASIL. STF. *Tema 897*. Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa. (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08-08-2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%20852475. Acesso em: 23 mar. 2025.

BRASIL. STJ. *Súmula n. 634*. Primeira Seção, julgado em 12/6/2019, DJe de 17/06/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27634%27.num.&O=JT>. Acesso em: 21 mar. 2025.

BARATA, A. M. R. A Lei de Improbidade Administrativa e seus Reflexos: Alterações Relevantes da Nova Lei de Improbidade Administrativa. In: FORTINI, C.; MELO, L. M. FABRIS, R. (org.). *Novas Perspectivas para uma Administração Pública Sustentável: A Visão Delas*. Em homenagem à Ministra Assusete Magalhães. Rondônia: Íthala, 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CNMP. *Resolução n. 306*, de 11.02.25 regulamenta o artigo 17-b da Lei 8.429/1992, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o acordo de não persecução civil. Conselho Nacional Ministério Público, 2025. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CALJ/resolucoes/Resolucao-n-306.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2025.

CORREIA, A. Prescrição e improbidade administrativa. In: VANIN, F. S.; ROBI FILHO, I. N.; ROCHA, W. (org.). *Lei de Improbidade Administrativa Lei nº 14.230/2021*. Comentários e Análise Comparativa. São Paulo: Almedina, 2023.

CORREIA, Atalá; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe. Prescrição, Improbidade e Retroatividade da *Novatio Legis* In *Melius*. In: MENDES, Gilmar; CARNEIRO, Rafael de A. Araripe (coord.). *A Nova Lei de Improbidade Administrativa, Inspirações e Desafios*. São Paulo, SP: Almedina, 2022. p. 177.

COSTA, R. O.; BARBOSA, R. K. Nova LIA: os prazos para a conclusão do Inquérito e ajuizamento da ação. *Revista Consultor jurídico*, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-15/opinioao-lia-inquerito-civil-ajuizamento-acao/>. Acesso em: 23 mar. 2025.

CRUZ, H. J. D. Da retroatividade da prescrição intercorrente na ação de improbidade administrativa. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024>. Acesso em: 21 mar. 2025.

DINO, Nicolao. Recurso Especial 1.9666/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Parecer n. 12.187.

FERNANDES JUNIOR, José Carlos. A prescrição intercorrente na nova LIA: a realidade por trás da norma. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-29/prescricao-intercorrente-lia-realidade-norma/>. Acesso em: 21 mar. 2025.

JUSTEN FILHO, M. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, comparada e comentada*: Lei nº 14.230, de 25.10.2021. Rio de Janeiro: Forense. 2022,

MARTINS JÚNIOR, W. P. *et al. Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Juspodivm, 2023.

MATTOS, M. R. G. de. *Limites da Lei de Improbidade Administrativa*: Lei 8.429/92 alterada pela Lei 14.230/21. 6. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 761.

ROCHA, Fernanda Cardoso Almeida Dias da.; MONTEIRO Vera; CASTRO, Pedro Polesi de. MOVIMENTO PESSOAS À FRENTE. Juntos por um melhor Estado. *Balanco sobre a alteração da Lei de Improbidade Administrativa*. Análise a partir dos dados do Conselho Nacional de Justiça. Nota técnica. Jun 2024. Disponível em: <https://movimentopessoasafrente.org.br/wp-content/uploads/2024/07/balanco-sobre-a-alteracao-da-lei-de-improbidade-administrativa.pdf>- Acesso em: 21 mar. 2025.

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

BARATA, Ana Maria. Prescrição na improbidade administrativa e a ADI 7.236. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 55-69. ISBN 978-85-450-0925-2.

REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS NO BRASIL: CRIAR OU NÃO CRIAR UM ENTE REGULADOR? EIS NOVAMENTE A QUESTÃO

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.

VALÉRIA DE SOUZA ROSA

Advogada Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP.
Mestra em Direito da Regulação pela FGV/RJ.
Membro do Conselho do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia.
Membro da Comissão de Estudos de Regulação do Instituto Brasileiro
de Direito Administrativo.

Sumário: 1 Introdução. 2 As plataformas digitais. 3 Os desafios decorrentes do crescimento das plataformas digitais. 4 Brasil: Criar um ente regulador específico é a solução? 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Um dos primeiros questionamentos que surgem em momentos disruptivos, onde novas realidades se impõem e problemas sociais e econômicos se materializam por decorrência, é se a forma de regulação atual é suficiente para coibi-los ou mitigá-los. Não foi diferente quando da inserção da nova realidade dos mercados e plataformas digitais.

As plataformas digitais representam hoje uma força motriz na economia global, impondo desafios únicos em termos de regulação, privacidade e concorrência. Justamente por isso, o debate sobre a necessidade de um novo ente regulador próprio ganha relevância à medida que se destacam a complexidade do mercado digital e os desafios associados.

Este artigo busca, então, explorar as diferentes facetas desse debate e suas implicações, através da análise reflexiva das posições pró e contra a criação de um novo regulador específico. Logo, as análises ora empreendidas suscitam reflexões não apenas sobre a criação de uma nova entidade reguladora, mas sobre a adequação do modelo regulatório brasileiro às demandas dinâmicas e complexas do ecossistema digital.

No atual panorama brasileiro, as plataformas digitais emergem como protagonistas de uma economia cada vez mais conectada, desempenhando um papel crucial tanto no aspecto econômico quanto social. Que o mercado digital deve ser regulado de algum modo hoje já é praticamente consenso, mas como e quem deve fazê-lo?

Neste contexto, o presente trabalho propõe-se, em específico, a uma análise crítica sobre a necessidade de criar um ente regulador no Brasil próprio para as plataformas digitais, refletindo sobre as implicações e desafios de tal medida no contexto institucional e regulatório do país. Almeja-se, assim, contribuir para o entendimento sobre como o Brasil pode lidar eficientemente com as plataformas digitais, equilibrando as necessidades de inovação com as de regulação.

2 As plataformas digitais

Conforme indicado em relatório elaborado pelo *Stigler Committee on Digital Platforms*¹ sobre o tema, apesar de algumas características similares aos mercados tradicionais, os mercados digitais demonstram ter uma estrutura econômica única que demanda análises próprias e aprofundadas.

Esta seção busca conceituar o objeto de estudo – as plataformas digitais, explorando as definições extraídas da literatura sobre *quem* se pretende regular, além das características principais e modelos de negócios mais recorrentes, estabelecendo assim o alicerce para a discussão subsequente sobre a necessidade e a forma de regulação adequada no contexto brasileiro.

Ainda que não exista uma definição única, de modo geral, as plataformas digitais são conceituadas como intermediárias que conectam dois ou mais grupos de usuários se beneficiando de efeitos de rede, diretos ou indiretos.²

Rochet e Tirole³ introduziram que as plataformas são principalmente caracterizadas por mercados de dois ou múltiplos lados, com geração de benefícios através do efeito de rede. Srnicek e De Sutter⁴ acrescentam na classificação o propósito/função das plataformas. Para eles, trata-se de agentes corporativos que se apresentam como

¹ STIGLER. *Committee on Digital Platforms: Final Report*, set. 2019. p. 34. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>.

² CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Documento de trabalho n. 005/2020. Brasília, ago. 2020. p. 12. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>.

³ ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, v. 1, n. 4, p. 990-1029, jun. 2003. Disponível em: <https://www.tse-fr.eu/articles/platform-competition-two-sided-markets>.

⁴ SRNICEK, Nick; DE SUTTER, Laurent. *Platform capitalism*. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity Press, 2016. p. 30. Disponível em: <https://mudancatecnologicaedinamicacapitalista.files.wordpress.com/2019/02/platform-capitalism.pdf>.

intermediários tecnológico-comunicacionais e que articulam serviços e negócios entre usuários, que podem ser clientes, anunciantes, prestadores de serviços, produtores, fornecedores e, até mesmo, objetos físicos. Assim, uma plataforma oferece a estrutura para viabilizar a interação entre os interessados.⁵

Assim, o fenômeno da *plataformização*, se verifica na “penetração de infraestruturas, processos econômicos e estruturas governamentais de plataformas em diferentes setores econômicos e esferas da vida”⁶, através da concretização de relações bi ou multilaterais entre dois ou mais grupos distintos que se beneficiam mutuamente por meio de uma plataforma intermediária, que se utiliza dos dados coletados lançando mão de tecnologias de inteligência artificial para proporcionar o aproveitamento das externalidades de rede e das economias de escala e de escopo.⁷

Segundo apontado em contribuições apresentadas ao Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI, as plataformas se caracterizam sobretudo pela coleta sistemática de dados dos usuários, onde se incluem informações pessoais, comportamentos online, preferências e interações; seu processamento através de algoritmos complexos e pela geração de receitas através deles por meio da venda de anúncios direcionados, ofertas de serviços específicos ou pela própria venda de dados para terceiros.⁸ Desse modo, os dados não permanecem apenas nas plataformas e são circulados para diversos fins.

Justamente por isso, é que a Comissão Europeia indica que a coleta e tratamento de dados têm papel determinante nos crescentes retornos, efeitos de rede e economias de escala, que em conjunto ajudam a explicar o grande crescimento de plataformas digitais e de ecossistemas *online*.⁹

Quanto aos tipos de plataformas digitais, ainda que definições taxativas em mercados tecnológicos em crescente evolução devam ser feitas com cautela para fins regulatórios, apenas para ilustração, lança-se mão a título de referência alguns dos tipos de plataformas citados na *Digital Markets Act* – DMA da União Europeia: serviços de intermediação online; motores de busca; redes sociais; compartilhamento de vídeos;

⁵ DALLA VECCHIA, Igor. A transformação digital do setor público no contexto das plataformas digitais: breves apontamentos a partir da disciplina gestão pública da informação do GPDES. *Boletim nº 74*, 31 de outubro de 2023. Disponível em: <https://ippur.ufrrj.br/a-transformacao-digital-do-setor-publico-no-contexto-das-plataformas-digitais-breves-apontamentos-a-partir-da-disciplina-gestao-publica-da-informacao-do-gpdes/>.

⁶ POELL, Thomas; NIEBORG, David; VAN DIJCK, José. Platformisation. *Internet Policy Review*, v. 8, n. 4. Tradução de Rafael Grohmann. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos*, v. 22, n. 1, p. 2-10, jan./abr. 2020. Unisinos. p. 5. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/341921979_Plataformizacao/link/5ee6725592851ce9e7e3a8cd/download?_tp=eyJjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmV2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmV2F0aW9uIn19.

⁷ “De escala porque, assim como em diversos mercados “tradicionais”, o custo diminui proporcionalmente com a expansão da plataforma, com baixos custos marginais/incrementais de produção e custos altos fixos/ou *sunk costs* - até porque, de forma geral, são plataformas baseadas no tratamento de dados, comumente associados à categoria de bens não-rivais. De escopo, porque a diversidade de ecossistemas e serviços dá uma forte vantagem competitiva às plataformas”. CONTRI, Camila Leite. Aspectos concorrenciais de regulação de plataformas: inovação e características de mercados digitais. In: ZANATTA, Rafael; CONTRI, Camila Leite e SECAF, Helena. *Dados, Mercados Digitais e Concorrência*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2022. p. 23. Disponível em: https://idec.org.br/system/files/ferramentas/idec_livro_dados-mercados-digitais-e-concorrencia.pdf.

⁸ CGI. Grupo de Trabalho sobre Regulação de Plataformas do CGI. *Sistematização das Contribuições à Consulta sobre Regulação de Plataformas Digitais*. Dezembro de 2023. p. 36-37. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/20231213081034/sistematizacao_consulta_regulacao_plataformas.pdf.

⁹ CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the Digital Era*, relatório publicado pelo Directorate-General of Competition da União Europeia em Março de 2019. p. 2-3; 15. Disponível em: <https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-257961-ea.pdf>.

serviços de comunicação interpessoal independente de número; sistemas operacionais; navegadores; assistentes virtuais; serviços de computação em nuvem; serviços de publicidade online e intermediação de publicidade digital.

Em termos de modelos de negócio, apontados na Consulta Pública promovida pelo CGI¹⁰ como essenciais de definição para delimitações do escopo de eventual marco regulatório,¹¹ ressaltam-se cinco: plataformas de publicidade (capturam e armazenam dados dos usuários para exibição de anúncios relacionados); plataformas de nuvem (grandes parques computacionais oferecidos como serviços a outras companhias); plataformas de produtos (especializadas no aluguel de mercadorias, físicas ou informacionais); plataformas enxutas (não possuem propriedade sobre o produto ou serviço oferecido); plataformas industriais (focadas em tecnologia para a interligação de componentes no processo industrial).

Contudo, já é relevante mencionar no contexto da possível regulação das plataformas digitais, tal qual consignado no relatório do CGI, que os conceitos e definições acima exploradas devem ser compreendidos em sentido amplo, englobando redes sociais, comércio eletrônico, plataforma de notícias, mecanismos de busca, aplicativos de mensagens, e envolvendo qualquer modelo de negócio neles aplicados, uma vez que definições excessivamente restritivas podem tornar a regulação obsoleta rapidamente ou incentivar a “inovação perversa”, por meio da alteração do modelo de negócio de uma plataforma para escapar dos regramentos.¹²

Delineado em linhas gerais o objeto de estudo - as plataformas digitais, e sendo certo que é preciso conceber soluções para enfrentar os desafios inerentes à *plataformização*, passa-se a apresentar, resumidamente, os principais problemas identificados nos mercados digitais até o momento e que demandam reflexões sobre a necessidade, ou não, de criar no Brasil um ente regulador específico para solucioná-los ou coibi-los.

3 Os desafios decorrentes do crescimento das plataformas digitais

O fenômeno da *plataformização* no Brasil, impulsionado por avanços tecnológicos e pela crescente digitalização das interações sociais e comerciais, levanta questões cruciais principalmente sobre privacidade, concorrência, segurança de dados e impactos socioeconômicos.¹³

Torna-se, então, essencial assegurar que o avanço das plataformas digitais contribua positivamente para o desenvolvimento econômico e social do país, mitigando os riscos associados à concentração de poder, ao uso indevido de dados e às potenciais ameaças à democracia e à liberdade de expressão. Esta seção visa, sem pretensão exaustiva, explorar as razões fundamentais para aqueles que hoje sustentam a imperatividade de sua regulação no Brasil.

¹⁰ CGI.br. Grupo de Trabalho sobre Regulação de Plataformas do CGI. *Sistematização das Contribuições à Consulta sobre Regulação de Plataformas Digitais*. Dezembro de 2023. p. 45. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/20231213081034/sistematizacao_consulta_regulacao_plataformas.pdf.

¹¹ SRNICEK; DE SUTTER, 2016. p. 32.

¹² CGI, 2023. p. 39.

¹³ CADE, 2020.

Nesse contexto, o CGI compila os riscos decorrentes das atividades das plataformas digitais, dentre os quais, destaca-se no presente trabalho ante a impossibilidade de exauri-los aqui e considerando o foco da discussão ora proposta, os riscos à concorrência, ao direito do consumidor, ao abuso de poder econômico, à concentração econômica e de dados, e à inovação.¹⁴

Como indicado pelo *Stigler Committee on Digital Platforms*, a própria confluência das características das plataformas digitais, acima sumarizadas, acaba por ensejar boa parte desses riscos. Outros importantes estudos, como os realizados pelo Reino Unido, a Comissão Europeia, a Austrália e a Alemanha, compartilham essa constatação.¹⁵

Em importante contribuição sobre o tema, o relatório preparado por um painel de experts para o Governo do Reino Unido¹⁶ destaca que, em que pesem os benefícios que a *plataformização* gera aos consumidores, pode haver impactos negativos bastante expressivos.

São descritas como possíveis condutas abusivas que podem resultar em danos: (i) a cobrança de preços de acesso a plataformas, comissões ou imposição de termos contratuais injustos; (ii) a imposição de condições injustas de acesso aos consumidores em negócios que dependem de plataformas, o que pode lesar consumidores diretamente através de maiores preços ou menor acesso à plataforma e/ou levar à exclusão destas empresas do mercado; (iii) o controle sobre instrumentos reputacionais para lesar concorrentes ou consumidores; e (iv) a remoção de potenciais rivais via aquisições ou estratégias exclusionárias.¹⁷

Além disso, em algumas situações, ao impedirem a concorrência efetiva em seus mercados ou predarem, ainda que aos poucos, empresas menores que forneçam serviços complementares, visando aumentar seus lucros, a tendência é que haja impactos negativos na inovação. Este tipo de dano relaciona-se às economias de escala e escopo típicas dos modelos de negócio mencionados acima.¹⁸

Na prática, ao não sofrerem ameaças competitivas, as empresas dominantes acabam por cobrar preços mais elevados, diminuir a qualidade de seus produtos e investir menos em inovação, tudo isso sem o risco de perder consumidores.¹⁹

Segundo Contri,²⁰ essas práticas apontam para um tipo específico de competição: *winner takes all* (“o vencedor fica com tudo”). Isso porque, devido às externalidades de rede, já mencionadas, “quanto maior a quantidade de integrantes de uma plataforma, maior a aderência de novos usuários de ambos os lados”. Logo, quem detém posição dominante nesses mercados tende a se enraizar na posição, especialmente devido às

¹⁴ Adicionalmente, o CGI detalha os riscos apontados na Consulta Pública quanto à soberania digital, ao desenvolvimento tecnológico e inovação; ao trabalho decente; à democracia e aos Direitos Humanos. CGI, 2023. p. 66-110.

¹⁵ STIGLER, 2019. p. 43.

¹⁶ FURMAN, Jason (chair) et al. *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*. United Kingdom, 2019. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c88150ee5274a230219c35f/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

¹⁷ FURMAN, 2019. p. 45.

¹⁸ STIGLER, 2019. p. 70.

¹⁹ *Ibid.* p. 57.

²⁰ CONTRI, 2022. p. 24.

economias de escala e às externalidades de rede, ou seja, chega-se numa situação em que há concentração em um único agente, é o que se denomina efeito de *tipping*.²¹

Baseada nos debates havidos na Europa, Mollicone²² indica que os danos decorrentes do surgimento das plataformas digitais e da intensa concentração de poder econômico, se originam principalmente da rentabilização, via propaganda e posicionamento em resultados de busca, por meio de estratégias de mobilização de emoções e filtragem de informações; de condutas exclusionárias impulsionadas pelas externalidades de rede; e dos riscos para a coesão e convivência social advindos da utilização de inteligência artificial.

Contudo, parte dos problemas decorrentes do poder de mercado das plataformas digitais é gerado pelos próprios consumidores por ele lesados, na medida em que as plataformas se utilizam de vieses comportamentais para solidificar sua posição dominante.²³

Conforme destacado em investigação sobre concorrência nos mercados digitais, elaborado pelo subcomitê de Direito Antitruste, Comercial e Administrativo da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos, a opacidade na coleta e uso de dados pelas plataformas contribui para a confusão do consumidor e a percepção equivocada de que os consumidores não se importam com sua privacidade simplesmente porque eles usam serviços que se tornaram essenciais.²⁴

Diante dessas peculiaridades, o *Stigler Center* conclui que a competição pura, sem um complemento regulatório, não é suficiente para corrigir estes problemas comportamentais, na medida em que as empresas lucram ao explorar essas vulnerabilidades do consumidor, sendo conveniente a elas utilizarem-nas ao máximo como um diferencial competitivo.²⁵

Explicitados alguns dos principais problemas decorrentes da *plataformização* de acordo com a experiência estrangeira, apenas para que se tenha ideia da necessidade aparente de intervenção regulatória a fim de evitá-los ou, ao menos, minorá-los, já que o objetivo desse artigo é ensejar reflexões sobre a necessidade de criação de uma nova entidade reguladora no Brasil para concentrar a regulação das plataformas digitais, passa-se ao cerne do presente trabalho.

²¹ SAKOWSKI, Patrícia A. M.; LANCIERI, Filippo Maria. Documento de Trabalho DEE-CADE nº 005/2020: Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados, ago 2020. p. 13. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>.

²² MOLLICONE, Bianca. *É mesmo necessário regular plataformas digitais? Por quê? Como? Por quem?* Disponível em: <https://pessoaepessoa.com.br/imprensa/e-mesmo-necessario-regular-plataformas-digitais-por-que-como-por-quem/>

²³ STIGLER, 2019. p. 42-43.

²⁴ US HOUSE OF REPRESENTATIVES. United States. *Investigation of Competition in Digital Markets – Majority Staff Report and Recommendations*. 2020. p. 51-52, 54. Disponível em: https://democrats-judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

²⁵ STIGLER, 2019. p. 60.

4 Brasil: criar um ente regulador específico é a solução?

Seria o alargamento das competências da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL para figurar como regulador principal dos mercados digitais, conforme indica o PL n. 2.768/2022, o caminho mais interessante?

Além de estabelecer o novo marco legal, o PL n. 2.768/2022 atribui à União, por intermédio da ANATEL, a competência para regular o funcionamento e a operação das plataformas digitais que prestam serviços ao público, inclusive as que detêm poder de controle de acesso essencial.

Para o Relator desse Projeto - Deputado Federal João Maia, sua proposta é alinhada com o regulamento da União Europeia sobre o assunto. Adicionalmente, na sua visão, a Agência Reguladora de Telecomunicações possui uma expertise próxima à necessária para a regulação das plataformas digitais²⁶. Argumenta-se que a ANATEL já regula alguns aspectos da cadeia do ecossistema digital “começando pela estrutura passiva, dos equipamentos de rede dos serviços de telecomunicações e dos provedores de serviço de valor adicionado”.²⁷

Entretanto, a avaliação das competências descritas na Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997) não denotam tanta proximidade, sobretudo porque, conforme destacado pelo CGI, embora as operadoras de telecomunicações atuem como infraestrutura necessária para o desenvolvimento das atividades das plataformas, as atividades realizadas por provedores de acesso à Internet são bastante distintas daquelas empreendidas por plataformas digitais.²⁸

Nesse arranjo, apesar de evitar o dispêndio de maiores recursos públicos na hipótese de criação de um novo ente regulador, devem ser consideradas as preocupações quanto à expertise multidisciplinar e experiência necessárias para assumir tão complexo desafio, assim como o risco de captura regulatória por interesses econômicos.²⁹

Em outro sentido, a versão original do PL n. 2.630/2020 (“PL das Fakes News”), apresentada pelo Senador Alessandro Vieira em julho de 2020, faz referência ao Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet a ser constituído pelo Congresso Nacional, com atribuições para realizar estudos e elaborar recomendações sobre liberdade, responsabilidade e transparência na internet, sendo o órgão responsável por certificar e fiscalizar as instituições de autorregulação. Esse Conselho seria um órgão multissetorial, composto por 21 membros, representantes dos três poderes, do Ministério Público, da sociedade civil e comunidade técnica, dos provedores de Internet, do setor de telecomunicações, comunicação social, polícias, da Anatel e do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

Com os ajustes no texto do projeto, realizadas ao longo do ano de 2023, foi retirado esse Conselho e inserida a figura da entidade autônoma de supervisão, a ser

²⁶ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/927967-projeto-atribui-a-anatel-regulacao-das-plataformas-digitais-em-operacao-no-brasil/>.

²⁷ FERNANDES, André Lucas; Danielle VALVERDE. CONSTANT, Isabel Meira; VALOIS, Rhaiana. *Regulação de plataformas digitais: Modelos de sistemas regulatórios para supervisão de plataformas digitais*, Recife, 2023. p. 49. Disponível em: <https://ip.rec.br/wp-content/uploads/2023/12/Modelos-de-Sistemas-Regulatorios-para-Supervisao-de-Plataformas-Digitais.pdf>.

²⁸ CGI, 2023. p. 24.

²⁹ *Ibid.* p. 24.

criada pelo Poder Executivo, com previsão de autonomia técnica e administrativa, independência, patrimônio próprio e participação multissetorial. Nesse modelo, ao CGI caberia importantes atribuições, dentre elas a de elaborar as diretrizes para a confecção do código de conduta pelas próprias plataformas, validando, ao final, o texto apresentado por elas. Ao fim, foi apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados o substitutivo ao texto original, agora sem a previsão da entidade autônoma de supervisão como objeto de regulação.

Tendo em vista esse modelo de estrutura institucional e sendo regulação estatal³⁰ toda a atividade (legislativa, administrativa ou convencional), abstrata ou concreta, por meio da qual o Estado, de forma restritiva da liberdade privada, ou apenas indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos em prol dos interesses sociais,³¹ pode-se afirmar que a regulação no Brasil sobre diversas atividades econômicas não é desempenhada apenas por agências reguladoras propriamente ditas ou por órgãos públicos.

Nota-se da realidade brasileira a existência de ambientes regulatórios compartilhados por agências reguladoras, entes integrantes da Administração Pública direta e indireta, e entidades privadas criadas especificamente para exercer determinadas competências delegadas pelo poder público,³² entretanto, ainda que “privadas”, essas entidades por vezes regulam, em diversos aspectos, mercados complexos.³³

Fato é que há delegações legislativas que implicam o compartilhamento de funções regulatórias visando alcançar benefícios que só a fragmentação de atribuições específicas pode atingir. Não raras vezes, o Legislativo opta pela repartição de competências como forma de aproveitar a expertise entre agências e entes especializados que possuam relação com o objeto regulado, a partir do reconhecimento de que os problemas sociais e econômicos são complexos ao ponto de se favorecerem pela absorção de perspectivas científicas e técnicas diversificadas.

Ou seja, a estrutura desenhada no PL n. 2.630/2020 não é inédita no Brasil, logo, a experiência de diversos ambientes regulados pode auxiliar no debate e na tão esperada escolha legislativa sobre como, e por quem, as plataformas digitais serão reguladas no país.

Outra hipótese que guarda semelhança com a proposta acima evidenciada, foi a indicada pela OAB, de criação de um “sistema de regulação” visando democratizar a

³⁰ Floriano de Azevedo Marques Neto, por exemplo, compreende regulação como sendo “toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo)”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 96.

³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 37.

³² Para além das onze agências reguladoras atualmente existentes no Brasil e consideradas na Lei nº 13.848/2019 como tal, há entidades com características próximas às agências (a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários – CVM e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE) e outras com feições de entidades reguladoras autônomas, criadas já sob o modelo de administração gerencial: o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC e a Superintendência Nacional de Previdência Suplementar – PREVIC. GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. 2. ed., reimp. Belo Horizonte, Fórum, 2021. p. 285.

³³ *Ibid.* p. 295.

governança da esfera pública digital, envolvendo representantes de diversos segmentos (usuários, sociedade civil, academia, empresas, e poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), como apontado anteriormente. O sistema seria tripartite, composto pelo Conselho de Políticas Digitais – CPD, o CGI e uma entidade de autorregulação, combinando, pois, órgãos deliberativos, consultivos e executivos.

De fato, isso poderia proporcionar uma regulação mais equilibrada e representativa dos diferentes interesses envolvidos, entretanto, a complexidade do sistema proposto, com múltiplas entidades e níveis de decisão, pode levar a desafios na implementação eficaz e ágil das regulações, especialmente em um campo que evolui rapidamente como o digital.

Relevante, então, mencionar que quando a regulação de um mercado é compartilhada por diversos atores, os entes reguladores são compelidos a interagir e tendem a demonstrar ao menos três posturas distintas: (i) ignoram ou negam a existência de interseção regulatória na sua atuação, (ii) abdicam do exercício de sua parcela de competência, ou (iii) atuam em coordenação³⁴.

Apesar de a necessidade de intensa coordenação ser evidente em quase todas as possibilidades de arranjos institucionais evidenciadas nesse trabalho, isso não é uma tarefa fácil. Em diferentes jurisdições, inclusive no Brasil, há históricos problemas de descoordenação.

Um estudo sobre a qualidade da governança de infraestrutura realizado conjuntamente pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pela *Hertie School of Governance*, apontou a coordenação como a dimensão de pior desempenho no caso brasileiro, entre as que foram analisadas: planejamento, uso de melhores práticas e coordenação.³⁵ Dos 16 países avaliados nesse estudo, o Brasil está na penúltima colocação no quesito coordenação.

Haja vista essa realidade, Procopiuck indica dois caminhos para a resolução de problemas quanto às relações entre diferentes atores ou instituições: todos cooperam conjuntamente para identificar, tomar decisões e realizar ações visando resolver os problemas de forma coordenada; ou nem todos cooperam, não há consenso, as ações não são implementadas por todos e as soluções são parciais e desordenadas³⁶. É evidente o caminho mais desejável.

Assim, em que pese estarem em curso no Brasil políticas de fortalecimento de mecanismos de governança e coordenação regulatória,³⁷ a necessidade de intensificar cuidados sobre a governança e coordenação regulatória emerge, tanto na hipótese da criação do “sistema de regulação” proposto pela OAB³⁸ quanto nas outras propostas

³⁴ ALVES, Patrícia Motta Rubio Pinto. *Coordenação regulatória: uma análise do conflito de competência entre INPI e ANVISA*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FGV Direito Rio. p. 15. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/70d8dc5d-6f99-48c3-aa3b-e6d803531d87>.

³⁵ A partir de dados do Governance Report 2016, disponível em: hertie-school.org. Ver também: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11344/1/NT_Governanca_regulatoria_Publicacao_Preliminar.pdf.

³⁶ PROCOPIUCK, M. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 167.

³⁷ A exemplo do Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e do Decreto nº 10.531/2020, que institui a Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil no período de 2020 a 2031.

³⁸ OAB. Ofício nº 001/2023-CEDD/OAB. Maio de 2023. Disponível em: <https://nucleo.jor.br/content/files/2023/05/Oficio-Sistema-brasileiro-de-regulacao-a-o-de-plataformas-digitais.pdf>.

em discussão, ante o caráter transetorial e multidisciplinar da regulação necessária para os mercados digitais.

Para além desses formatos, muito tem se discutido quanto à autorregulação privada, sob a justificativa de que esse seria um caminho mais eficiente, menos burocrático e fomentador de inovações³⁹. Segundo algumas contribuições apresentadas na Consulta Pública promovida pelo CGI, deveria ser criada uma entidade de autorregulação, de natureza privada e composta pelas plataformas, cuja principal atribuição seria a revisão de decisões de moderação de conteúdo. Nessa proposta, seria também instituída uma entidade autônoma de supervisão, com representação multissetorial, que iria “atuar como se Estado fosse, regulando as próprias atividades, sem qualquer previsão de controle, supervisão e/ou participação estatal ou da sociedade civil”⁴⁰.

Em contraponto, discute-se se é possível haver delegação a uma entidade privada de atividades estatais típicas (e.g. poder de polícia, de tributar e de punir, como seriam algumas atribuições de eventual órgão supervisor da regulação de plataformas digitais).

Quanto a essa preocupação é interessante a ponderação de que no caso de uma “autorregulação estrita”, por exemplo, há baixo ou nenhum protagonismo estatal e um “locus decisório desconcentrado”, a ser conduzido dispersamente pelas plataformas digitais.⁴¹ Sem dúvidas, essa dispersão pode, no mínimo, ocasionar insegurança jurídica.

Adicionalmente, importante ter em vista que “o modelo de negócios das empresas está focado em minimizar os custos e maximizar os lucros”, logo, pode haver risco ao interesse público e ao bem-estar social, já que, via de regra, as plataformas se orientam pelo sistema econômico, sendo os ditames do subsistema jurídico apenas mais um dos elementos da análise de custo-benefício quanto ao seu cumprimento.⁴²

Já em um ambiente de intervenção estatal mais intensa, por meio de correção ou da tradicional regulação comando e controle, a concentração das atribuições de regulação pode se dar em um único ou em diversos entes públicos ou privados, como já apontado.⁴³

No meio termo, a *autorregulação regulada*, também aventada na Consulta Pública promovida pelo CGI, significaria que “a autoridade pública se encarregaria fundamentalmente de supervisionar e fiscalizar a atividade de autorregulação, elaborada e levada a cabo pelos próprios agentes de mercado, coletivamente”, diferentemente da clássica regulação estatal de comando e controle.⁴⁴

Por fim, importante consignar quanto às ideias em discussão no Brasil que, apesar das relevantes questões concorrenciais que permeiam as atividades desenvolvidas pelas plataformas digitais, como apontado pelo CADE,⁴⁵ “políticas antitruste têm uma velocidade de resposta muito baixa para a rápida dinâmica competitiva de diversos mercados digitais”, o que induz às conclusões de que a competência regulatória central

³⁹ CGI, 2023, p. 219.

⁴⁰ CGI, 2023, p. 52.

⁴¹ *Ibid.* p. 240.

⁴² FERNANDES; VALVERDE; CONSTANT, 2023, p. 53.

⁴³ CGI, 2023, p. 241.

⁴⁴ *Ibid.* p. 241.

⁴⁵ CADE, 2020.

não deve ser atribuída tão somente à autoridade antitruste brasileira e corrobora com as propostas de “criação de um regulador específico que tenha tanto a expertise, quanto a agilidade para intervir rapidamente em situações de comportamento anticompetitivo”, seja ele público ou de natureza privada.

Sumarizando tudo quanto apresentado, pode-se dizer que as principais propostas em discussão atualmente pairam entre (i) autorregulação, que pode ser monitorada por outra entidade com poderes restritos; (ii) regulação por autoridades reguladoras independentes, ensejando a criação de um novo ente regulador específico; e (iii) governança sistêmica, estruturada essencialmente com departamentos ministeriais e agências ou autoridades reguladoras já existentes.

Apesar de suas diferenças significativas, os modelos propostos que encontram maior ressonância têm em comum a defesa do multissetorialismo, da transparência e da participação social como princípios dos arranjos regulatórios, variando a forma de participação dos atores e onde estão alocadas as competências decisórias.⁴⁶

Ainda assim, nesses modelos, onde são previstas intensidades distintas de correção, será necessária constante coordenação entre seus integrantes, ampliando-se o papel atribuído às instâncias multissetoriais, equilibrando, pois, o protagonismo estatal, a boa técnica regulatória, os interesses dos mercados, dos usuários dos serviços e demais impactados com as relações entabuladas no universo digital.

5 Conclusões

O dilema da criação, ou não, de um ente regulador próprio para regular as plataformas digitais no Brasil ainda não foi solucionado, em que pese a urgência do tema.

Diante das análises realizadas e das ponderações apresentadas no presente artigo, mas longe de se querer afirmar categoricamente qual a “melhor” alternativa em discussão, corrobora-se com as percepções no sentido de que conferir autoridade para aplicação das leis a um dos entes públicos já existentes, tende a não ser o caminho mais adequado, na medida em que há diversos aspectos a serem tratados no âmbito da regulação das plataformas que se distanciam bastante das competências e expertise dos entes públicos que já existem.

Criar uma autoridade regulatória específica parece ser o caminho inevitável, tanto porque as autoridades em atuação no Brasil não demonstram terem condição de assumir tão relevante função, quanto porque o objeto da regulação ora estudada é relativamente novo e inegavelmente dinâmico. Isso não quer dizer que não é necessária cautela na concepção de sua estrutura, competências e forma de governança, sobretudo levando em conta os riscos de captura e ineficiência.

Por fim, na situação concreta da regulação das plataformas digitais, considerando a complexidade do tema, os interesses econômicos envolvidos e os impactos sociais das atividades por elas desempenhadas, a partir dos problemas já identificados, entende-se que optar pela autorregulação privada é um tanto temerário ao interesse público. Se essa proposta prevalecer, a criação de uma entidade para supervisioná-la ativamente é

⁴⁶ CGI, 2023. p. 247.

mandatória e demanda atenção especial, sob pena de crescentes prejuízos aos usuários, consumidores e à competitividade dos mercados cuja *plataformização* é uma realidade irrefreável.

Referências

ALVES, Patrícia Motta Rubio Pinto. *Coordenação regulatória: uma análise do conflito de competência entre INPI e ANVISA*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FGV Direito Rio. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/70d8dc5d-6f99-48c3-aa3b-e6d803531d87>.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Documento de trabalho n. 005/2020, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>.

CGI. Comitê Gestor da Internet no Brasil. Grupo de Trabalho sobre Regulação de Plataformas do CGI. *Sistematização das Contribuições à Consulta sobre Regulação de Plataformas Digitais*, 2023. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/20231213081034/sistematizacao_consulta_regulacao_plataformas.pdf

CONTRI, Camila Leite. Aspectos concorrenciais de regulação de plataformas: inovação e características de mercados digitais. In: ZANATTA, Rafael; CONTRI, Camila Leite; SECAF, Helena. *Dados, Mercados Digitais e Concorrência*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2022. Disponível em: https://idec.org.br/system/files/ferramentas/idec_livro_dados-mercados-digitais-e-concorrenca.pdf.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the Digital Era*. Relatório publicado pelo Directorate-General of Competition da União Europeia, 2019. Disponível em: <https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-257961-ea.pdf>.

DALLA VECCHIA, Igor. *A transformação digital do setor público no contexto das plataformas digitais: breves apontamentos a partir da disciplina gestão pública da informação do GPDES*. Boletim nº 74, 2023. Disponível em: <https://ippur.ufrr.br/a-transformacao-digital-do-setor-publico-no-contexto-das-plataformas-digitais-breves-apontamentos-a-partir-da-disciplina-gestao-publica-da-informacao-do-gpdes/>.

FERNANDES, André Lucas; VALVERDE, Danielle; CONSTANT, Isabel Meira; VALOIS, Rhaiana. *Regulação de plataformas digitais: Modelos de sistemas regulatórios para supervisão de plataformas digitais*. Recife, 2023. Disponível em: <https://ip.rec.br/wp-content/uploads/2023/12/Modelos-de-Sistemas-Regulatorios-para-Supervisao-de-Plataformas-Digitais.pdf>.

FURMAN, Jason (chair) et al. *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*. United Kingdom, 2019. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c88150ee5274a230219c35f/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. 2. ed. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MOLLICONE, Bianca. *É mesmo necessário regular plataformas digitais? Por quê? Como? Por quem?* Disponível em: <https://pessoaepessoa.com.br/imprensa/e-mesmo-necessario-regular-plataformas-digitais-por-que-como-por-quem/>.

OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. *Ofício nº 001/2023 – CEDD/OAB*, 2023. Disponível em: <https://nucleo.jor.br/content/files/2023/05/Ofi-cio-Sistema-brasileiro-de-regulac-a-o-de-plataformas-digitais.pdf>.

POELL, Thomas; NIEBORG, David; VAN DIJCK, José. *Platformisation*. *Internet Policy Review*, v. 8, n. 4. Tradução de Rafael Grohmann. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos*, v. 22, n. 1, p. 2-10. Unisinos, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/341921979_Plataformizacao/link/5ee6725592851ce9e7e3a8cd/download?_tp=eyJjb250ZXh0Jjp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIn19.

PROCOPIUCK, M. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHET, Jean-Charles. TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, v. 1, n. 4, p. 990-1029, 2003. Disponível em: <https://www.tse-fr.eu/articles/platform-competition-two-sided-markets>.

SAKOWSKI, Patrícia A. M.; LANCIERI, Filippo Maria. Documento de Trabalho DEE-CADE nº 005/2020: Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>.

SRNICEK, Nick; DE SUTTER, Laurent. *Platform capitalism*. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity Press, 2016. Disponível em: <https://mudancatecnologicaedynamicacapitalista.files.wordpress.com/2019/02/platform-capitalism.pdf>.

STIGLER *Committee on Digital Platforms*: Final Report. Publicado em Setembro de 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>.

US HOUSE OF REPRESENTATIVES. United States. *Investigation of Competition in Digital Markets – Majority Staff Report and Recommendations*. 2020. Disponível em: https://democrats-judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

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

BOMFIM, Daiesse Quênia Jaala Santos; ROSA, Valéria de Souza. Regulação das plataformas digitais no Brasil: criar ou não criar um ente regulador? Eis novamente a questão. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 71-83. ISBN 978-85-450-0925-2.

COMPREENDENDO O DIREITO ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DA TEORIA DAS LUZES E DA DEMOCRACIA ADMINISTRATIVA

FLÁVIO GARCIA CABRAL

Pós-Doutor pela PUCPR.
Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP.
Procurador da Fazenda Nacional.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Direito Administrativo e suas finalidades. 3 Teoria das Luzes. 4 Democracia Administrativa. 5 Considerações Finais. Referências.

1 Introdução

Em 2025 o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) comemora 50 anos de existência formal. Trata-se de um grande marco, seja pela sua longevidade, seja porque se trata de um instituto que, ao longo desse meio século, tem se mostrado ativo, inventivo e como o berço de grandes administrativistas e dos debates mais relevantes para a disciplina do Direito Administrativo.

Sem sombra de dúvidas, um dos aspectos evidentes nessa trajetória do IBDA foi uma evolução inerente às mudanças legislativas e jurisprudenciais que ocorreram nesse intervalo, demandando de todos que passaram por ali novas reflexões, um aprofundamento de temas ocasionalmente deixados de lado, um olhar crítico da dogmática e doutrina e uma busca cada vez mais afinada do Direito Administrativo com os ditames da Constituição.

Buscando seguir semelhante linha trilhada pelo IBDA, de uma caminhada do passado até o presente, pode-se também enxergar uma evolução, bem como mudanças sobre o agir da Administração Pública e do estudo do Direito Administrativo.

É a partir dessa percepção, de um desenvolvimento gradual, que se pretende estruturar o presente artigo, apurando o conteúdo de dois grupos de ideias relacionadas às finalidades do Direito Administrativo, mas ainda pouco conhecidos no Brasil: a

construção, de origem inglesa, da denominada Teoria das Luzes, e a corrente francesa rotulada de Democracia Administrativa.

Inicialmente, indicar-se-ão certos aspectos relacionados à função do Direito Administrativo e algumas das correntes de pensamento que foram desenvolvidas a esse respeito para, posteriormente, apresentar os predicados da chamada Teoria das Luzes e da Democracia Administrativa, indicando a sua aplicabilidade no Direito brasileiro.

2 O direito administrativo e suas finalidades

Ainda que seja um truísmo, é válido atestar que o Estado não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de uma estrutura elaborada pelo homem de maneira a otimizar e permitir a convivência em sociedade, visando a atender determinadas finalidades, que variam a depender de cada agrupamento social.¹

Não são diferentes os aportes feitos por Cristiane Derani, dos quais se extrai que “a Administração, assim como o Estado, só existe em razão de um fim. Desaparecendo o fim, desaparece o Estado. O Estado enquanto ente é um mito. Passa a ser de fato, quando exerce um poder atribuído para o alcance da finalidade que é a razão de suas atribuições”.²

No entanto, para o alcance dessas finalidades, pode-se ter diferentes modelagens estatais e de organização administrativa, assumindo variadas formas de exercício da função administrativa. Deste modo, o escopo do Direito Administrativo, igualmente, enquanto regulador da função administrativa, pode ser compreendido de múltiplas maneiras.

Primeiramente, quando se fala do Direito Administrativo, é preciso ter demarcado que, apesar de já existirem em períodos pré-estatais, em Estados autoritários e em “falsos” Estados Democráticos de Direito normas jurídicas que visavam a regulamentar questões que hoje estariam inseridas dentro da abrangência desse campo do Direito (como a organização administrativa e o regime patrimonial público, por exemplo), fato é que a concepção de Direito Administrativo tem por núcleo primordial normas que buscam limitar o poder do Estado, almejando a concretização do interesse público. Tal modelo somente encontra espaço no período pós-revoluções³ liberais do século XVIII e XIX,⁴ com a formação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Sem embargo, apesar de o Direito Administrativo somente encontrar lugar em Estados limitados, é certo que sua conformação e enfoques variaram ao longo dos tempos.

¹ CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 118.

² DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 138.

³ Apesar de esse ser o modelo paradigma da formação do Direito Administrativo, esse ramo se desenvolve em outras localidades de forma diferente, sem a necessidade de uma forte ruptura estatal, como ocorrida na França. Mencionem-se os modelos Inglês e Alemão, por exemplo, onde a consolidação de limitações estatais se deu de maneira gradual.

⁴ De todo modo, Gustavo Binbenojm alerta que o nascimento do Direito Administrativo na França não seria decorrente das leis promulgadas sob a égide do espírito da Revolução Francesa, mas antes disso fruto de um órgão subordinado ao Poder Executivo, o já citado Conselho de Estado, no exercício de sua jurisdição e na solução de conflitos entre o Estado e os cidadãos (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11-12.).

De fato, em um primeiro momento, o Direito Administrativo era pensado, em especial no seu berço de origem (França), como sendo responsável por investigar as prerrogativas estatais, a *Puissance Publique*. Tendo como grande expoente o publicista Maurice Hauriou,⁵ esta Escola do pensamento promovia a distinção entre condutas de autoridade ou de império e condutas de gestão. As primeiras seriam regidas por certas prerrogativas que o Estado possuiria em relação ao particular, enquanto as segundas seriam levadas a efeito em posição de horizontalidade com os particulares. Ao Direito Administrativo caberia estudar somente as primeiras.

Essa visão focada nas prerrogativas, malgrado tivesse sua falha ao desconsiderar inúmeras outras atividades estatais que não eram praticadas sob a premissa do império, da verticalidade, do poder, acabou gerando a ideia, ainda hoje arraigada ao imaginário popular, do Estado policialesco, detentor de prerrogativas e em uma posição constante de superioridade sobre o particular.⁶

Com uma diferente abordagem e enfoque, desenvolveu-se também na França a Escola do Serviço Público (também chamada de Escola de Bordeaux), formatada no sentido de que a atividade estatal, praticamente exclusiva, era a prestação de serviços públicos. O Direito Administrativo, portanto, estaria restrito a estudar somente os serviços públicos.

A concepção de serviço público, contudo, apresentava variação entre os expoentes dessa linha de pensamento. Com uma visão totalizante, León Duguit assentava que o Estado nada mais era do que um conjunto de serviços públicos geridos pelos governantes.⁷ Na mesma linha, Gastón Jèze associa a atividade do Estado aos serviços públicos, acrescentando, contudo, o importante traço do regime jurídico administrativo como sendo próprio dessa atividade administrativa.⁸ Ainda dentro do pensamento da Escola de Bordeaux, embora com uma visão mais restrita, Roger Bonnard⁹ apartava o Direito Administrativo dos serviços públicos administrativos, não obstante reconhecesse a total relevância deles.

Uma das maiores contribuições dessa Escola, independentemente da sua aceitação ou não, foi a transição de mentalidade do Direito Administrativo, que antes era enxergado com base na *Puissance Publique*, ou seja, nas prerrogativas e poderes do Estado, para uma visão em prol dos administrados, uma concepção a privilegiar a atuação estatal para a concessão de fruições materiais (serviços públicos).¹⁰

Nota-se, observando-se somente essas duas Escolas de pensamento (da potestade pública e do serviço público), que a função atribuída ao Direito Administrativo pode cambiar, bem como que se tem ao menos duas perspectivas bastante diversas sobre a questão, ora focada no poder, ora com maior direcionamento ao bem estar dos membros da sociedade.

⁵ HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1938.

⁶ CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. Leme: Mizuno, 2024. p. 37.

⁷ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2001.

⁸ JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1948.

⁹ BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. 2. ed. Paris: Sirey, 1935.

¹⁰ CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. Leme: Mizuno, 2024. p. 56.

Outra maneira de se compreender as conformações existentes do Direito Administrativo e do exercício da função administrativa, inclusive relacionando-se com as referidas Escolas de pensamento e com o momento contemporâneo dessa disciplina, é por meio da abordagem, ainda pouco conhecida em solo pátrio, da chamada Teoria das Luzes, como se verá a seguir.

3 Teorias das luzes

A compreensão das finalidades do Estado e os graus de interferência do controle sobre essa atuação é questão que pode ser observada pela chamada Teoria das Luzes, desenvolvida inicialmente no direito inglês (mas cujos aportes, com alguma dose de olhar crítico e contextualizado, são passíveis de serem analisados em outros ordenamentos), em especial pela obra de Carol Harlow e Richard Rawlings, intitulada “*Law and Administration*”, em 1984.

Os autores desenvolveram uma verificação sobre o papel do Direito Administrativo tomando por metáfora inicialmente as cores dos semáforos, indicando que haveria uma Teoria da Luz Vermelha e uma Teoria da Luz Verde.

Segundo a Teoria da Luz Vermelha (*Red Light Theory*), a função das normas de Direito Administrativo seria controlar o Estado de modo a proteger os direitos dos administrados. Nessa perspectiva, advoga-se por um maior poder de intervenção judicial sobre as condutas administrativas, de modo justamente a controlar os eventuais excessos. Segundo Carol Harlow e Richard Rawlings, a função primária das normas de Direito Administrativo deveria ser controlar excessos do poder estatal, submetendo-o ao controle judicial.¹¹

De fato, essa teoria destaca o ceticismo em relação ao Poder Executivo e busca minimizar a invasão do Estado sobre os direitos individuais (notadamente os direitos de propriedade).¹²

Elenca-se como elementos da Teoria da Luz Vermelha: a) o Direito seria autônomo e superior à política; b) a função administrativa é algo que necessita ser mantido sob o controle do Direito; c) o principal mecanismo deste controle é o controle judicial; e d) a meta da atuação estatal deve ser aprimorar a liberdade individual, no sentido de o indivíduo não sofrer interferências externas.¹³

A Teoria da Luz Verde (*Green Light Theory*), por sua vez, com fortes premissas da corrente filosófica utilitarista, encarava que o propósito das normas de Direito Administrativo seria voltado a permitir que o Estado alcançasse objetivos políticos. Deveria haver mais prerrogativas ao Estado e menos controle, para que o Estado fosse capaz de cumprir com seus deveres.

A Teoria da Luz Verde teria por características: a) o Direito é um discurso sofisticado da política, não sendo nem autônomo a ela, nem superior; b) a administração pública

¹¹ HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and Administration*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

¹² ILO, Babajide Olatoye. Functions Theories and Practice of Administrative Law in Contemporary Governance. *Administrative and Environmental Law Review*, v. 3, n. 1, 2022, p. 58.

¹³ ADAM, Tomkins. In defence of the political constitution. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 22, n. 1, 2002.

não é um “mal necessário” que deve ser tolerado, mas sim uma função positiva que deve ser devidamente acolhida; c) a função do Direito Administrativo não é simplesmente evitar más administrações, mas sim facilitar e incentivar boas práticas administrativas, sendo que o controle pela via judicial não é o melhor caminho para esse desiderato; e d) a meta da atuação estatal deve ser aprimorar a liberdade individual e coletiva, a qual é concebida ou ao menos facilitada pelo Estado.¹⁴

Deve restar claro que ainda que a Teoria da Luz Verde foque em promover o efetivo uso do poder governamental, isso não pode ser tomado como se fossem admitidas más administrações. Ao contrário, ela enfatiza a necessidade de uma atuação proativa para estabelecer estruturas hábeis a evitar práticas administrativas perniciosas ao invés de centrar a atenção em um controle judicial reativo e individual.¹⁵ Além disso, seus defensores acreditam que as Cortes podem se tornar uma barreira para a progresso, uma vez que seu controle é feito sem uma representação política, de maneira não democrática, devendo sua influência ser mínima.¹⁶

Vea que nenhuma das teorias confere poderes ilimitados ao Estado ou exclui quaisquer prerrogativas estatais, tampouco deixa os administrados desassistidos. A diferença primordial é justamente destacar qual aspecto merece mais atenção das normas administrativas, se conferir mais mecanismos e liberdade para o Estado alcançar suas finalidades (as quais têm por fim proteger os administrados), ou controlar a Administração Pública, em especial com ênfase no controle judicial, para não haver excessos.

O conteúdo do que se entende como Teoria da Luz Verde, nos demais países ocidentais, atingiu seu maior desenvolvimento no próprio surgimento do Direito Administrativo, em modelos de Estados Liberais, nos quais o traço autoritário desse ramo se estruturava. Figuras como o poder de polícia, a ideia de supremacia do interesse público sobre o particular ou a construção da teoria dos atos políticos ou de governo mostram-se como manifestações utilitaristas do poder estatal e são construídas dentro de Administrações Públicas mais alinhadas com a Teoria da Luz Verde.

Por outro lado, com o surgimento de Estados Sociais, a partir do início do século XX, as lições da Teoria da Luz Vermelha atingem seu ápice, pois passa-se a focar no administrado e a demandar maiores restrições do Poder Público. Há um incremento, ainda que gradual, dos mecanismos de controle estatal, seja pelo Judiciário, seja por outros órgãos de controle externo.

Seguindo a metáfora das cores, posteriormente desenvolveu-se também a Teoria da Luz Âmbar (*Amber Light Theory*), que buscava um ponto de equilíbrio entre ambas as teorias acima apresentadas. De acordo com ela, o Estado pode com êxito ser limitado pelas normas jurídicas ao mesmo tempo que estas mesmas normas permitam que a Administração desfrute de um grau de discricionariedade na sua tomada de decisões.¹⁷

Este embate travado especialmente na perspectiva anglo-saxã, conquanto não receba a mesma nomenclatura pela doutrina pátria, representa, com certas variações, o constante dilema entre a atuação do Estado ser pautada pelo aspecto da autoridade ou

¹⁴ ADAM, Tomkins. In defence of the political constitution. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 22, n. 1, 2002.

¹⁵ DONSON, Fiona; O'DONOVAN, Darren. *Law and Public Administration in Ireland*. Dublin: Clarus Press, 2015. p. 25.

¹⁶ VÁCZI, Péter. Greenlights in Good Administration. *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024. p. 359.

¹⁷ ADAM, Tomkins. In defence of the political constitution. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 22, n. 1, 2002.

das garantias dos administrados. É o antigo debate, já mencionado, sobre se o foco do Direito Administrativo seria o poder de polícia ou os serviços públicos.¹⁸

Veja que não há um modelo apriorístico e universal a ser seguido. *Red Light, Green Light* ou *Amber Light Theories* emergirão com maior ou menor intensidade a depender da ordem constitucional e do momento político de cada país.

Quando se trata do texto constitucional brasileiro de 1988, parece-nos claro e evidente que, embora haja uma série de prerrogativas estatais, todas elas se mostram ancilares ao cumprimento de determinações constitucionais e proteção dos direitos fundamentais.

O que há no Brasil é justamente um sistema cujo enfoque é (deve-ser) o administrado e a proteção de seus direitos. Para tanto, confere-se ao Poder Público poderes, que têm por finalidade exclusiva permitir o cumprimento daqueles objetivos. Nestes moldes, estes poderes devem ser exercidos de maneira limitada e contida, sob pena de desvirtuar o papel do Estado.

Aline Lícia Klein deixa isso evidente quando analisa o poder de polícia (manifestação por excelência da mentalidade da *Puissance Publique*). Segundo a autora, a concepção contemporânea da atividade de polícia indica que as limitações e os condicionamentos do exercício das liberdades individuais têm por objetivo justamente preservar os direitos fundamentais dos cidadãos, considerados em seu conjunto. Essas restrições são essenciais para se preservar a harmonia entre todos¹⁹.

Os propósitos e funções do Direito Administrativo devem manter, portanto, um equilíbrio entre os poderes conferidos e as suas limitações, entre o Poder Executivo e os direitos dos cidadãos, entre uma gestão eficiente e as liberdades individuais.²⁰

O embate absoluto entre poder e garantias é, ao menos na contemporaneidade, ilusório. Mais do que concorrentes, eles são interdependentes. Não há garantias e direitos sem que o Estado detenha prerrogativas e poderes para assegurá-los. Por sua vez, o poder exercido como um fim em si mesmo transfigura um Estado Democrático de Direito em um Estado absolutista. É a proteção ao administrado (melhor dizendo, do cidadão, como será explicado adiante) que confere uma legitimidade democrática ao uso do poder.²¹

4 Democracia administrativa

O foco da Administração Pública na figura do administrado, como indicado anteriormente, relaciona-se diretamente com a ideia, ainda pouco difundida conceitualmente no Brasil (desenvolvida inicialmente na França), de Democracia Administrativa.

¹⁸ Conforme já apontado ao longo do texto, este embate, desenvolvido inicialmente entre León Duguit e Maurice Hauriou, embora tenha tido por foco vincular a competência da jurisdição administrativa, o que não é o caso do cenário brasileiro, tem por utilidade verificar o conflito sobre se a marca da Administração Pública e as normas que a regem seria o poder ou a prestação de fruições ao administrado.

¹⁹ KLEIN, Aline Lícia. A finalidade do poder de polícia. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Funções administrativas do Estado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 260.

²⁰ WANG, Ziyun et al. The Balance Theory in Chinese Administrative Law. *The Frontiers of Society, Science and Technology*, v. 2, n. 7, 2020. p. 15.

²¹ CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. Leme: Mizuno, 2024. p. 49.

Jacques Chevallier afirma que a administração pública é um espaço privilegiado para uma nova democracia participativa: a outorga aos cidadãos de um poder de intervenção no funcionamento dos órgãos administrativos preenche uma das lacunas da democracia representativa, fundada sobre o princípio da delegação, devolvendo aos interessados uma influência concreta sobre a coisa pública.²²

De fato, “a preocupação com a democracia política leva, muitas vezes, ao esquecimento da democracia administrativa, quando, na verdade, esta deveria ser o reflexo necessário da primeira”.²³

Veja, portanto, que a concepção de uma Democracia Administrativa serve não como substituição de uma Democracia Representativa, mas como uma complementação. O cidadão não mais atua nos rumos da ação estatal somente no momento da escolha dos representantes políticos, mas também no agir administrativo.²⁴ Confere-se, portanto, legitimidade política no exercício da função administrativa.

A esse respeito, Robertonio Santos Pessoa esclarece que três figuras têm se sucedido no tempo para caracterizar o sujeito destinatário da ação administrativa: o administrado, o usuário e o cidadão. O termo “administrado” foi usado para designar a pessoa submetida à autoridade administrativa, evocando uma situação de inércia e de passividade, embora detentora de alguma proteção por parte do Direito Administrativo. Posteriormente, com a proliferação dos serviços públicos, emerge a figura do usuário, protegido por um estatuto de consumidor que lhe permite demandar por serviços de qualidade. Nesta ótica, acentuada pelo gerencialismo, o usuário é visto como cliente do Estado. No contexto de uma Democracia Administrativa, resultado da penetração do ideal democrático no espaço administrativo, reabilita-se a figura do cidadão, tão cara ao Direito Constitucional, não só como destinatário, mas como coparticipante das decisões e ações administrativas.²⁵

Essa mudança se manifesta principalmente por meio de uma processualização da atividade administrativa, marcada por dois aspectos primordiais: uma maior transparência dos processos decisórios (ex.: vide a figura da Análise de Impacto Regulatório - AIR, que confere um processo mais transparente para a edição de atos reguladores) e a maior participação social (ex.: ampliação do uso de consultas públicas e de instrumentos consensuais, como os Termos de Ajustamento de Gestão).

Válido perceber que essa construção da Democracia Administrativa mostra-se condizente com a estruturação de uma corrente de pensamento desenvolvida no Brasil que é denominada de Direito Administrativo Social, a qual se preocupa justamente em traçar os contornos de uma Administração Pública inclusiva, afastando-se do Direito Administrativo legalista anterior à Constituição de 1988, por priorizar a concretização dos

²² CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 226.

²³ MEDAUAR, Odete. Administração Pública ainda sem Democracia. *Problemas Brasileiros*, São Paulo, a. 23, n. 256, mar./abr. 1986. p. 38.

²⁴ “E essa reivindicação dos administrados de não ser mais somente os objetos da ação administrativa, mas sim sujeitos plenos, cidadãos, teve por consequência o surgimento de uma forma original de democracia: a democracia participativa, conhecida também como democracia deliberativa” (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. As mutações do Direito Administrativo francês. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 12, n. 50, 2012, p. 61).

²⁵ PESSOA, Robertonio Santos. Apontamentos para uma democracia administrativa: a dimensão política do direito administrativo. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 8, n. 1, 2021, p. 4-5.

valores constitucionais sem deixar de respeitar a lei formal (primordialmente quanto às atividades administrativas restritivas de direitos, que invariavelmente devem obedecer ao princípio da reserva legal). Essa visão de um Direito Administrativo Social, de igual modo, aparta-se do Direito Administrativo individualista, por preocupar-se não apenas com a realização dos direitos fundamentais sob o prisma individual, nos moldes liberais atrelados à concepção de direito subjetivo, mas também com a sua efetivação por meio de ações universalizadas da Administração, que alcancem a todos os cidadãos necessitados, e não apenas aos que detêm condições privilegiadas de recorrer ao Judiciário. Por último, ele colide com o pensamento vinculado ao Direito Administrativo neoliberal, que propõe a diminuição das incumbências administrativas ligadas à prestação direta de utilidades materiais imprescindíveis à satisfação das necessidades da cidadania, conferindo ao Estado um papel subsidiário.²⁶

Por derradeiro, também se pode vislumbrar a democratização do Direito Administrativo por outra perspectiva, interna à própria Administração. Esse fenômeno é percebido, por exemplo, pela participação dos agentes públicos na edição dos atos que irão afetá-los, nos atos que buscam garantir inclusão dos menos favorecidos em cargos públicos ou ainda na separação entre a hierarquia legítima e a figura ilegítima do assédio.

5 Considerações finais

O Direito Administrativo, embora seja uma disciplina secular, não é o mesmo desde a sua origem. Ainda que possua como premissa basilar a estruturação de alguma forma de limitação da atuação do Estado no exercício da função administrativa, isso pode se dar de múltiplas formas e com vários enfoques.

Uma maneira de categorizar essas formas de manifestação do agir administrativo foi trazida pelo direito inglês por meio da chamada Teoria das Luzes, a qual apresenta variações sobre como deve ocorrer a atuação administrativa, ora impondo um maior controle judicial ao Poder Executivo, ora permitindo uma atuação mais livre da Administração. Com diferente tratamento, desenvolveu-se na França a ideia de uma Democracia Administrativa, que busca, por meio da maior participação do cidadão, conferir legitimidade política no exercício da função administrativa.

Essas duas abordagens, não obstante construídas em contextos jurídicos diferentes do brasileiro, podem ser projetadas e aproveitadas em nosso ordenamento, ao mesmo tempo que dialogam com outras correntes de pensamento clássicas que contribuíram para a formação do Direito Administrativo ao longo da história.

De qualquer maneira, sem prejuízo de uma multiplicidade de escolhas metodológicas para se estudar um mesmo objeto (no caso, o Direito Administrativo e o exercício da função administrativa), quando se repousa o olhar sobre o Direito Administrativo brasileiro na atualidade, deve-se tomar como núcleo estruturante a necessidade de uma relação de interdependência entre poder e garantias, que se ergue ao redor da necessidade de proteção do cidadão, o que confere uma legitimidade democrática ao uso do poder estatal.

²⁶ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013. p. 149.

Referências

- ADAM, Tomkins. In defence of the political constitution. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 22, n. 1, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. 2. ed. Paris: Sirey, 1935.
- CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024.
- CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. Leme: Mizuno, 2024.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DONSON, Fiona; O'DONOVAN, Darren. *Law and Public Administration in Ireland*. Dublin: Clarus Press, 2015.
- DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2001.
- HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.
- HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and Administration*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- HAURIU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1938.
- ILO, Babajide Olatoye. Functions Theories and Practice of Administrative Law in Contemporary Governance. *Administrative and Environmental Law Review*, v. 3, n. 1, p. 51-64, 2022.
- JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1948.
- KLEIN, Aline Lícia. A finalidade do poder de polícia. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Funções administrativas do Estado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MEDAUAR, Odete. Administração Pública ainda sem Democracia. *Problemas Brasileiros*, São Paulo, a. 23, n. 256, p. 37-53, mar./abr. 1986.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. As mutações do Direito Administrativo francês. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 12, n. 50, p. 51-65, 2012.
- PESSOA, Robertson Santos. Apontamentos para uma democracia administrativa: a dimensão política do direito administrativo. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 8, n. 1, 2021.
- VÁCZI, Péter. Greenlights in Good Administration. *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2024. p. 353-368.
- WANG, Ziyun et al. The Balance Theory in Chinese Administrative Law. *The Frontiers of Society, Science and Technology*, v. 2, n. 7, p. 15-17, 2020.

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

CABRAL, Flávio Garcia. Luzes e da democracia administrativa. *In*: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 85-94. ISBN 978-85-450-0925-2.

O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM FACE DA ELIMINAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DE REGIME ÚNICO: O ARTIGO 19, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

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.

Sumário: 1 Introdução. 2 Regime(s) jurídico(s) dos servidores públicos – Digressão histórico-constitucional dos últimos 50 anos e os subterfúgios para burla à exigência de concurso público. 3 A celeuma quanto à natureza do regime jurídico dos servidores públicos – artigo 39, *caput*. 4 Distinção: Atividades exclusivas, ou não, de Estado. 5 Conclusões. Referências.

1 Introdução

Em 1995 foi promulgada e entrou em vigor a Emenda Constitucional n. 19, consubstanciando reforma administrativa, modificando vários dispositivos constitucionais, dentre eles o artigo 39, *caput*, cuja redação original era a seguinte:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

O artigo 5º da Emenda Constitucional n. 19 deu ao artigo 39, *caput*, outra redação, completamente diferente, ficando assim redigido:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

Em face dessa modificação do dispositivo constitucional referido, deixou de constar da Constituição a obrigatoriedade da instituição de regime jurídico único para servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, no âmbito das competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Todavia, essa modificação teve sua aplicação suspensa liminarmente, ao ensejo da ADI 2135-4, pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual, até recentemente, prevaleceu a vigência da redação original do artigo 39, *caput*, da C.R.

Ocorre que, em 06 de novembro de 2024, a ADI 2135-4, proposta em 2000, foi julgada improcedente, por maioria de votos, nos termos propostos pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes.

Em face dessa decisão, voltou a vigorar a redação dada ao artigo 39, *caput*, pela Emenda Constitucional n.º 19, deixando de fazer referência à obrigatória instituição de regime jurídico único para os servidores que mencionava. Referida exigência não consta mais da Constituição da República.

Diante desse quadro tem havido manifestações em geral no sentido de que, agora, está permitida a adoção do regime da CLT, mesmo pela administração direta, autárquica e fundacional pública, nas variadas esferas de governo, cabendo à lei de cada qual dispor a respeito. Sem embargo, e por óbvio, respeitar-se-á os direitos adquiridos dos servidores titulares de cargos públicos sob regime estatutário, como o da estabilidade.

Entretanto, a matéria está a reclamar reflexões mais aprofundadas do ponto de vista estritamente jurídico-positivo, que é o que nos anima ao ensejo deste brevíssimo ensaio.

Em rigor, quando do advento da Emenda Constitucional n. 19, cuidamos dessa matéria em alguns trabalhos então produzidos e publicados.¹

Para melhor concentração quanto ao que aqui pretendemos sustentar, consideramos conveniente levantar as seguintes questões:

- A. Qual o sentido e alcance da disposição que, na redação original da Constituição de 88, prescrevia obrigatoriedade de regime jurídico único (art. 39, *caput*)?
- B. É possível identificar, na Constituição da República, obrigatoriedade de regime de cargos públicos, estatutário, independentemente da exigibilidade de regime jurídico único?
- C. Em se admitindo a adoção do regime da CLT para servidores da Administração direta, autárquica e fundacional pública, há funções que não podem ser confiadas senão a titulares de cargos públicos no sentido estrito do termo?
- D. Quais os efeitos da decisão do STF, na ADI 2135-4, proposta em 2000, que, julgando improcedente a ação, faz com que o *caput* do artigo 39 da Constituição da República, vigorando agora com a redação dada pela EC 19, não mais contenha a exigência de regime jurídico único para servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas? Estão abertas as portas para a adoção do regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT?

¹ Cf. CAMMAROSANO, Márcio. O Regime Jurídico dos Servidores Públicos em face da Emenda Constitucional n. 19/98. In: BASTOS, Evandro de Castro; BORGES JÚNIOR, Odilon Borges (org.). *Novos Rumos da Autonomia Municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 173-182.

A exegese do artigo 39, consideradas ambas as redações, recomenda recuperação da memória da disciplina do regime ou regimes jurídicos dos servidores públicos, pelo menos a partir da Constituição da República de 1967, com a redação dada pela emenda n. 1, de 1969, o que vai ao encontro da proposta desta obra coletiva, homenageando o 50º aniversário do nosso Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA.

2 Regime(s) jurídico(s) dos servidores públicos – Digressão histórico-constitucional dos últimos 50 anos e os subterfúgios para burlar à exigência de concurso público

À época da vigência da Lei Maior de 1967, observava-se uma pluralidade de regimes jurídicos de servidores públicos em geral. Havia os titulares de cargos públicos, sob regime estatutário, observadas as disposições constitucionais pertinentes, bem como servidores contratados sob o regime da Consolidação das Leis de Trabalho, e ainda servidores admitidos sob regime especial, instituído com fundamento no artigo 106 do mesmo diploma constitucional, assim redigido:

Art. 106. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.

A Constituição contemplava expressamente cargos públicos, com obrigatoriedade de concurso público e estabilidade para os nomeados em caráter efetivo, nos termos do artigo 97, §1º, que rezava:

Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

Esse dispositivo ensejava a interpretação de que só a primeira investidura em cargo público é que dependia de concurso público, razão pela qual, se fossem criados empregos ou funções, e até mediante decreto, não se impunha concurso público.

Foi o bastante para que, assim interpretado, equivocadamente, o artigo 97, §1º, da Constituição, gestores públicos passassem a abusar na admissão de pessoal sem concurso, transformando a regra da criação de cargos, a serem providos por concurso público, em exceção. E essa prática, com maior razão, foi adotada para admissão de servidores em autarquias e fundações governamentais, especialmente por Municípios.

Também houve abusos na admissão de pessoal com fundamento no artigo 106 da Constituição, que permitia, mesmo na administração direta, contratação de pessoal para serviços temporários e para funções de natureza técnico-especializada, sob regime especial.

Diante dessa diversidade de regimes jurídicos, estatutário, celetista, de pessoal extranumerário e temporários (que iam ficando no serviço por tempo indeterminado), diversidade essa encontrada em todas as esferas de governo, com maior ou menor intensidade, a Constituição de 88 houve por bem: a) determinar que a União, os Estados,

o Distrito Federal e os Municípios instituíssem, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas (art. 39, *caput*, em sua redação original); b) dar nova redação ao dispositivo relativo a servidores temporários, prescrevendo:

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:

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Com o artigo 39, *caput*, a finalidade era óbvia: uniformizar o regime dos servidores que, igualmente em um mesmo Município, por exemplo, integrassem o quadro de pessoal permanente de pessoas jurídicas de direito público, da administração direta e indireta (autarquias e fundações públicas do mesmo Município).

Quanto a pessoal temporário, a Constituição de 88 passou a exigir a contratação por tempo determinado (art. 37, IX), silenciando quanto a admissão de pessoal para funções de natureza técnico-especializada. Destarte, passariam a ficar sob a regra geral de provimento em cargos efetivos, sob regime estatutário, e admissão por concurso público.

Portanto, até o advento da Constituição de 88, o regime jurídico dos servidores da administração direta já estava previsto como regime de cargos públicos na acepção técnica do termo, de natureza estatutária, sem prejuízo de regime outro para servidores temporários e contratados para funções técnico especializadas, com fundamento no artigo 106 da Constituição de 1967, com a redação dada pela emenda n. 1, de 1969. A regra, portanto, era o regime estatutário, ainda que nem sempre respeitada.

Diante dessa diversidade de regimes jurídicos, encontrada em todas as esferas governamentais com maior ou menor intensidade, a Constituição de 1988, repita-se, houve por bem determinar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituíssem, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreiras para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas (art. 39, *caput*, em sua redação original).

Referida prescrição constitucional teve por finalidade óbvia, como dissemos, a uniformização do regime jurídico dos servidores.

Com efeito, não fazia sentido, *verbi gratia*, que, num mesmo Município, a representação em Juízo da Prefeitura, da Câmara Municipal, ou de autarquia ou fundação pública do mesmo Município fosse confiada a servidores submetidos a regimes jurídicos diferenciados, de sorte que não lhes assistissem os mesmos direitos e deveres, independentemente de estarem vinculados a esta ou aquela pessoa jurídica. E o mesmo se diga quanto aos demais servidores no exercício de funções da mesma natureza em cada um dos mencionados órgãos e entidades.

Em outras palavras, quis o artigo 39, *caput*, da Constituição de 88, em sua redação original, que paulatinamente ficassem sob um mesmo regime jurídico servidores que estavam submetidos uns a regime de natureza estatutária e outros ao regime contratual da CLT, bem como sob algum regime especial, não obstante a natureza permanente, rotineira, das atribuições exercidas.

E dizemos *paulatinamente* porque o artigo 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam editar leis que estabelecessem critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no artigo 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses, contados da sua promulgação.

Estabeleceu também o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que os servidores estabilizados nos termos de seu artigo 19, *caput* (estabilidade excepcional), teriam contado seu tempo de serviço como título quando se submetessem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

Uma vez promulgada a Constituição de 1988, algumas dificuldades foram sentidas, desde logo, no que concerne à qualificação, dentre as fundações governamentais, daquelas que deveriam ser consideradas fundações públicas.

Passou-se a discutir também qual o tipo do concurso postulado para fins de efetivação dos servidores estabilizados pelo artigo 19 do ADCT, se concurso público ou concurso restrito aos estabilizados.

3 A celeuma quanto à natureza do regime jurídico dos servidores públicos – artigo 39, *caput*

Também surgiu uma inicial e surpreendente divergência quanto à natureza do regime único previsto no artigo 39, *caput*, da Constituição. Alguns administrativas, manifestando-se de forma mais açodada, embora em número reduzido, sustentavam que poderia ser de natureza estatutária ou o da Consolidação das Leis do Trabalho, ficando facultada a instituição de um ou outro nos termos da lei que assim dispusesse. Os demais estudiosos da matéria sustentávamos que o regime jurídico único haveria de ser necessariamente de natureza estatutária, orientação que acabou prevalecendo doutrinariamente e chegou a encontrar guarida no próprio Supremo Tribunal Federal.

Sempre foi nosso entendimento que o regime jurídico único, postulado pelo artigo 39, *caput*, da Constituição de 1988, só poderia ser de natureza estatutária, sem embargo da existência de outro regime para os temporários da administração direta, autárquica e fundacional pública.

Com efeito, na medida em que referidas entidades governamentais necessitassem de pessoal para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, deveriam contratá-los por tempo determinado, nos casos previstos em lei, como estabelecido no artigo 37, inciso IX, da Constituição da República. E não se poderia, em razão mesmo do *tempo determinado da contratação*, cogitar de submeter referidos servidores ao regime jurídico estatutário, próprio dos titulares de cargos públicos, aos quais necessariamente se aplica, se efetivos, o instituto da estabilidade, da disponibilidade remunerada e outros mais, afinados com a natureza institucional da relação jurídico-funcional a que estão submetidos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, sempre admitiu a adoção do regime da Consolidação das Leis do Trabalho também para os servidores que ocupem *empregos públicos*, aos quais sejam confiadas “*atividades materiais subalternas, que não envolvem a prática de atos jurídicos nem poder decisório algum e não concorrem para sua formação*”.²

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2024. p. 211-215.

Vê-se, portanto, que a obrigatoriedade de regime jurídico não significava obrigatoriedade de um único e mesmo regime jurídico para todos os servidores das pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas).

De qualquer forma, o que importa ressaltar, nesta oportunidade, é que a noção de regime jurídico único acabou associada à noção de regime jurídico de natureza estatutária, em oposição ao regime contratual da CLT. Se o regime jurídico único só podia ser de natureza estatutária, as expressões *regime único* e *regime estatutário* passaram a soar como sinônimas.

Todavia, a verdade é que, embora fosse certo dizer que o regime jurídico único postulado pelo artigo 39, *caput*, da Constituição da República, só podia ser de natureza estatutária, essa assertiva não significava reconhecer que a obrigatoriedade de regime estatutário, como regra, decorria da obrigatoriedade de unificação dos regimes jurídicos dos servidores.

Mesmo antes do advento da Constituição de 1988 já existia, obviamente, o regime jurídico próprio dos titulares de cargos públicos. As pessoas jurídicas de direito público, especialmente as que exercitam capacidade política, com Poder Legislativo próprio, consoante discriminação constitucional de competências, sempre estiveram, como estão, submetidas ao regime jurídico público e não privado. Estavam e estão submetidas ao regime jurídico administrativo, informado por princípios como o da indisponibilidade do interesse público, da isonomia, da impessoalidade, da motivação, da continuidade do serviço público, dentre outros, que encarecem a noção de *função*, de *dever jurídico*, e não de *autonomia da vontade*, este último sim a reger atividades privadas.

Assim, submetidas a regime jurídico administrativo, como admitir que pessoas jurídicas de direito público possam atuar, em princípio, por intermédio de agentes a elas vinculados por relação de emprego de natureza puramente contratual, concebida para reger relações entre patrão e empregado na iniciativa privada por excelência?

Mesmo em se tratando de relação interna, as pessoas jurídicas governamentais com personalidade de direito público não podem abdicar de prerrogativas que se traduzem em dever-poder de ajustar a atuação de seus prepostos, unilateralmente, aos superiores interesses da coletividade, nos termos de leis que editam.

O regime que permite esse ajuste unilateral, sempre que necessário, consoante a vontade consubstanciada em lei de cada ente estatal, no exercício de sua autonomia constitucionalmente assegurada, é o de natureza estatutária, e não o de natureza contratual. Contratos de trabalho só podem ser alterados mediante acordo de ambas as partes, ressalvada a incidência imediata de novas leis trabalhistas editadas pelo Congresso Nacional. Esse “*engessamento*” do contrato de trabalho é incompatível com necessidades de alterações unilaterais que afetem o conteúdo das relações jurídico-funcionais do setor público e que, consoante o sentir de cada pessoa jurídica de direito público com capacidade política, se fazem eventualmente necessárias para melhor atendimento aos superiores interesses da coletividade.

A regra há de ser sempre a existência de certa verticalidade, e não de absoluta horizontalidade, nas relações entre servidor público e o empregador pessoa jurídica de direito público, de sorte que se reconheça a este, o Estado *lato sensu*, prerrogativas especiais.

De outro lado, há também de se reconhecer sempre, em favor do servidor público, determinadas garantias indispensáveis a uma atuação a salvo das paixões político-partidárias e que militem em favor de uma atuação impessoal, comprometida apenas com o dever de fiel observância da ordem jurídica, de lealdade à instituição a que serve, voltada, em última análise, à realização do interesse público, nem sempre coincidente com a do empregador.

Não é por outra razão que a ordem constitucional anterior à Constituição de 88, e a da Constituição de 88, antes e após a promulgação da emenda n. 19, consubstanciam institutos como o da estabilidade e da disponibilidade remunerada, dentre muitos outros, a evidenciar a regra da necessária submissão dos servidores públicos em sentido estrito a regime jurídico diferente,, quanto à natureza e, em parte, quanto ao conteúdo, daqueles próprios dos demais trabalhadores submetidos a regime contratual, vale dizer, da CLT.

A Constituição em vigor, ao tratar dos servidores públicos, refere-se a ocupantes de *cargos públicos*, consagra a *estabilidade*, regras especiais de aposentadoria, regime próprio de previdência, delineando a espinha dorsal de um regime jurídico funcional que não pode ser postergado mediante singela adoção de regime jurídico com aquela matriz incompatível, de regime jurídico que a torne letra morta, simples adorno constitucional que se possa, por força de norma infraconstitucional, simplesmente ignorar.

Resulta, pois, do sistema constitucional em vigor, como já resultava do sistema anterior, que não se pode considerar que a obrigatória instituição de regime estatutário para os servidores públicos, como regra, repousava na expressão *regime jurídico único*, cunhada pelo constituinte de 1988. O regime jurídico único deveria ser necessariamente estatutário não por força dessa mesma expressão, ou por força tão somente do artigo 39, *caput*, da Constituição de 1988, com sua redação original, mas sim em decorrência do sistema constitucional, da conjugação de normas constitucionais, regras e princípios que continuam em vigor.

Destarte, é forçoso concluir que, ao contrário do que se tem afirmado, a emenda constitucional n. 19, ao substituir o conteúdo do artigo 39, *caput*, por outro, suprimindo o preceito que determinava expressamente a instituição de regime jurídico único para servidores públicos civis, não autoriza sustentar a possibilidade de adoção, como regra, do regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com ou sem a obrigatoriedade constitucional expressa de instituição ou manutenção de um mesmo regime jurídico para servidores públicos, a regra a ser observada, nessa matéria, extraível do sistema em vigor, continua a mesma: o regime jurídico dos servidores públicos deve ser de natureza estatutária, admitindo-se o regime da CLT para servidores temporários, contratados com fundamento no artigo 37, inciso IX, da Constituição da República.

Para aqueles que forem exercer apenas atividades materiais subalternas, ensejadoras, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, de empregos públicos, também é sustentável a admissibilidade do regime da CLT, sem embargo do nosso pessoal entendimento de que referidas atividades, se permanentes, também reclamam criação de cargos públicos e consequente submissão a regime estatutário, conforme sustentamos em trabalho publicado em 1991 e que, nesse particular, ainda nos parece subsistente.³

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de (coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 181.

Resumindo: não obstante a possibilidade de divergências quanto à extensão da admissibilidade do regime da CLT para servidores públicos, o que não cabe é admitir que se possa adotar indiscriminadamente esse regime, como se a emenda n. 19, suprimindo a obrigatoriedade de regime único, houvesse escancarado a porta para aquele regime contratual, pouco importando, sob aspecto jurídico-formal, que essa tenha sido, eventualmente, a intenção dos mentores da referida emenda.

Além do mais, há disposição incorporada à Constituição pela emenda n. 19 que aponta para a obrigatoriedade de regime estatutário para servidores públicos consoante a natureza das atribuições que lhes sejam confiadas. Trata-se do artigo 247, assim redigido:

Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Não há como negar, em face do dispositivo acima transcrito, a preocupação da Constituição de 88 com os servidores aos quais sejam confiadas *atividades exclusivas de Estado*. Determina que critérios e garantias especiais sejam estabelecidos, em lei, e em seu favor, diante da possibilidade de perda do cargo sob alegação de insuficiência de desempenho (art. 41, §1º, III) ou excesso de despesa com pessoal (art. 169, §§4º e 7º), pressupondo que estarão submetidos ao regime próprio de cargos públicos, fazendo jus a estabilidade, como consta do mesmo preceito. E caracterizaria flagrante burla à determinação constitucional em questão confiar atividades exclusivas de Estado a servidores admitidos sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Logo, o regime de servidores com mencionadas responsabilidades só pode ser mesmo o estatutário.

4 Distinção: atividades exclusivas, ou não, de Estado

A propósito, cabe indagar: quais atividades devem ser qualificadas como exclusivas de Estado?

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de novembro de 1995, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, aprovado pelo Presidente da República, ideário materializado na proposta governamental que culminou com a promulgação da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1988, sempre mereceu, de nossa parte, severas críticas. Eivado de premissas falsas, inspirado em modelos de além-mar divorciados da realidade nacional, e revelador de desconhecimento do sentido e alcance de alguns preceitos da Constituição de 88, na sua versão original, não mereceria, em rigor, ser invocado em trabalhos jurídicos, senão para apontamento das impropriedades que agasalha.

Sem embargo, contém passagens significativas, dotadas de alguma valia, que uma leitura mais atenta nos permite identificar. Uma dessas passagens diz respeito exatamente à identificação, dentre as atividades cometidas ao Estado, daquelas que o próprio Plano Diretor sob comento qualifica como atividades exclusivas dele. Diz o Plano Diretor:

ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços ou agências em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes etc. (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado)

A expressão *poder extroverso*, utilizada no texto transcrito, não é estranha aos administrativistas. Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴ discorrendo a respeito dos atributos do ato administrativo, professa que um deles é a *imperatividade*, que consiste na “qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Decorre do que Renato Alessi chama de ‘poder extroverso’, que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações”.

Assim sendo, afigura-se absolutamente correto relacionar *atividades exclusivas de Estado* à noção de *poder extroverso*, como consta do próprio Plano Diretor mencionado.

Com efeito, quem, senão o Estado, há de constituir terceiros unilateralmente em obrigações, exercitando prerrogativas de autoridade?

E se assim é, nada mais adequado do que estabelecer, em favor dos servidores que exercitam poder extroverso, vale dizer, atividades exclusivas de Estado, garantias constitucionais que lhes possibilitem levar a bom termo, a salvo de pressões espúrias, as competências que lhes são assinaladas.

Igualmente nada mais adequado do que sujeitar esses mesmos servidores a um regime jurídico que comporta, respeitados os direitos adquiridos e disposições constitucionais cogentes, alterações operadas unilateralmente, por força de lei, na medida em que o interesse público reclamar.

Referido regime só pode ser o de natureza estatutária, e não o contratual da CLT. A esse passo, outra conclusão é de se extrair da associação das expressões *atividades exclusivas de Estado* e *poder extroverso*. É a de que ao legislador ordinário não cabe, a pretexto de legislar a respeito de regime de pessoal, amesquinhar a obrigatória submissão a regime estatutário dos servidores exercentes de atividades exclusivas de Estado, relacionando, acanhada e caprichosamente, as carreiras ou cargos cujos integrantes e titulares àquele regime devam ficar submetidos, de sorte a ampliar indevidamente a adoção do regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

A possibilidade da adoção do regime da CLT, do regime de empregos públicos, e não de cargos, encontra limites extraíveis da ordem constitucional em vigor. As leis que os ignorarem padecerão de irremediável vício de inconstitucionalidade.

Finalmente, impende enfatizar que a supressão da obrigatoriedade de instituição de regime único não significa que se tenha ou que se possa, *ipso facto*, substituir o regime estatutário pelo regime da CLT, impondo este para servidores titulares de cargos públicos, mesmo para aqueles aos quais não estejam confiadas atividades exclusivas de Estado.

⁴ *Op. cit.* p. 328.

A titularidade de cargo público de provimento em caráter efetivo, com a decorrente sujeição a regime estatutário, caracteriza-se como direito adquirido, imune, por essa razão, até mesmo à incidência de emenda constitucional.

Mas essa questão, a da impossibilidade de direitos adquiridos serem prejudicados por emenda constitucional, já está além do tema que aqui nos propusemos abordar.⁵

5 Conclusões

Diante do exposto ao longo deste breve ensaio, e considerando as indagações que nós propusemos responder, permitimo-nos resumir nossas conclusões nos seguintes termos:

- A. Qual o sentido e alcance da disposição que, na redação original da Constituição de 88, prescrevia obrigatoriedade de regime jurídico único (art. 39, *caput*)?

A Constituição de 88, ao prescrever, na sua redação original, a obrigatoriedade de instituição de regime jurídico único, para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no que concerne a servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, teve por finalidade unificar o regime jurídico de pessoal dessas entidades governamentais. Teve por finalidade por um ponto final na diversidade de direitos e obrigações entre os servidores das referidas entidades, que decorria da adoção de regime estatutário para uns e celetista para outros, em uma mesma esfera de governo, em detrimento de imperativos de isonomia. E isso sem contar regimes diferentes para servidores temporários, contratados para serviços técnico-especializados e extranumerários.

Todavia, a obrigatória instituição de regime jurídico único sempre conviveu com a previsão de contratação de pessoal temporário, nos termos do artigo 37, inciso IX, da C.R. Esses servidores não estariam submetidos ao mesmo regime dos servidores permanentes da administração pública.

Por outro lado, a interpretação sistemática da Constituição de 88, de sua parte permanente conjugada com suas disposições transitórias, leva à conclusão de que esse regime é de natureza estatutária, como, a final, decidido pelo STF. E regime de natureza estatutária, próprio de cargos públicos, preexistia, como regra, antes mesmo do advento da Constituição de 1988.

Portanto, se é certo que o regime jurídico único só podia ser de natureza estatutária, nem por isso se pode afirmar que a não obrigatoriedade, agora, de regime jurídico único implica possibilidade de abandonar-se, para admissão de pessoal, o regime estatutário como regra, optando-se indiscriminadamente pelo da CLT.

⁵ Quanto à imunidade de direito adquirido à incidência de emenda constitucional em seu prejuízo, veja-se nosso Considerações sobre a proteção constitucional do direito adquirido. *Revista Direito e Cidadania*, Brasília: OAB Editora, n. 2, Ano I, 2006, p. 59-78.

- B. É possível identificar, na Constituição da República, obrigatoriedade de regime de cargos públicos, estatutário, independentemente da exigibilidade de regime jurídico único?

Reafirmamos, uma vez mais, que a Constituição da República continua a utilizar a expressão cargo público, assegurando estabilidade aos nomeados para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público. E também continua prevendo contratação de pessoal temporário (art. 37, IX). Destarte, em não sendo o caso de contratação de pessoal por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, o regime de pessoal para exercício de atribuições permanentes das pessoas governamentais de direito público há de continuar sendo, obrigatoriamente, de natureza estatutária, sob pena de tornar letra morta as disposições constitucionais relativas a cargos públicos.

Quanto à adoração do regime da CLT, poder-se-á, quando muito, cogitar de sua admissão para exercício de funções que, ainda que permanentes, rotineiras, sejam materiais subalternos, operacionais, ou ainda para funções meramente administrativo-burocráticas, bem como para aquelas que, mesmo de nível superior, técnicas e científicas, não implicarem exercício de competências decisórias, de competências que impliquem poder extroverso, qual seja, o de, mediante expedição de atos administrativos, constituírem terceiros unilateralmente em obrigações.

- C. Em se admitindo a adoção do regime da CLT para servidores da Administração direta, autárquica e fundacional pública, há funções que não poderiam ser confiadas senão a titulares de cargos públicos no sentido estrito do termo?

Tanto na administração pública direta, autárquica e fundacional pública, com personalidade de direito público, competências que impliquem o referido poder extroverso só podem ser confiadas a servidores titulares de cargos públicos, sob regime estatutário. E a menos que se trate de funções de direção, chefia e assessoramento (art. 39, inciso V), devem ser confiadas a titulares de cargos públicos de provimento em caráter efetivo, ensejadores da aquisição da garantia constitucional da estabilidade (art. 41). Só assim suas graves competências estarão em condições de serem exercidas com imparcialidade, a salvo de eventuais pressões espúrias de efêmeros titulares de poderes políticos, exercentes em geral de mandatos eletivos e, não raro, movidos por paixões político-partidárias.

Também deverão ser exercidas por titulares de cargos de provimento em caráter efetivo os exercentes de competências de controle da legalidade da administração, inclusive exercentes de advocacia pública, como procuradores e consultores jurídicos.

- D. Quais os efeitos da decisão do STF, na ADI 2135-4, proposta em 2000, que, julgando improcedente a ação, faz com que, o *caput* do artigo 39 da Constituição da República, vigorando agora com a redação dada pela EC 19, não mais contenha a exigência de regime jurídico único para servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas? Estão abertas as portas para a adoção do regime da consolidação das Leis do Trabalho – CLT?

Definitivamente, a não obrigatoriedade de regime jurídico único, por força da nova redação do artigo 39, *caput*, da Constituição de 1988, dada pela Emenda Constitucional n. 19, não escancarou as portas para admissão de pessoal pelo regime da CLT.

Em face do sistema constitucional em vigor, o grande divisor de águas para efeito de admissão e regime de pessoal em pessoas governamentais com personalidade de direito público continua residindo na temporariedade ou não das funções a serem exercidas. Consoante sejam temporárias ou permanente as necessidades, o regime de pessoal haverá de ser, respectivamente, o da CLT ou um regime especial a ser estabelecido por lei nacional, ou o regime estatutário, observado, como conteúdo, a espinha dorsal do regime que a Constituição prescreve para cargos públicos.

Como já afirmamos reiteradamente, na tradição do sistema constitucional brasileiro, em pessoas jurídicas de direito público, a regra é o regime estatutário, próprio de cargos públicos, para exercício de funções permanentes, mormente para aquelas que impliquem exercício de poder extroverso, assim como de controle interno de legalidade da gestão pública. Essa regra preexistia ao advento até mesmo da Constituição de 88, subsistindo mesmo agora, não obstante a redação hoje em vigor do artigo 39, *caput*, da C.R., por força de EC n. 19.

A obrigatoriedade do regime estatutário como regra, própria dos cargos públicos, decorre das variadas disposições constitucionais que permanecem em vigor, a eles fazendo expressa referência, bem como à espinha dorsal do conteúdo desse mesmo regime.

A legislação ordinária não pode, generalizando a adoção do regime da CLT, tornar letra morta ou amesquinhar o que está prescrito na nossa Lei Maior, sob pena de irremediável inconstitucionalidade.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2024.

CAMMAROSANO, Márcio. Servidores Públicos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (org.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 169-197.

CAMMAROSANO, Márcio. O Regime Jurídico dos Servidores Públicos em face da Emenda Constitucional n. 19/98. In: BASTOS, Evandro de Castro; BORGES JÚNIOR, Odilon Borges (org.). *Novos Rumos da Autonomia Municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 173-182.

CAMMAROSANO, Márcio. Considerações sobre a proteção constitucional do direito adquirido. In: FERRAZ, Sérgio (org.). *Revista Direito e Cidadania*. Brasília: OAB Editora, n. 2, Ano I, p. 59-78, 2006.

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

CAMMAROSANO, Márcio. O regime jurídico dos servidores públicos em face da eliminação da obrigatoriedade de regime único: o artigo 19, *caput*, da Constituição da república de 1988. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 95-106. ISBN 978-85-450-0925-2.

PERSPECTIVAS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Mestre em Direito pela UFRJ.
Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado).
Membro Titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Sumário: 1 Introdução. 2 Moral e ética. 3 Moral e Direito. 4 Moral e direito positivo. 5 Moralidade administrativa. 6 Moralidade pretérita. 7 Moralidade atual. 8 Moralidade no futuro. 9 Conclusões. Referências.

1 Introdução

A vida em comunidade impõe algumas exigências humanas, como os costumes e as leis. Os costumes formam os próprios lineamentos da moral, e, por isso, os seres humanos são capazes de criá-los para permitir a convivência no meio social. Eles espelham um modo de comportamento médio dos grupos sociais, que se revela diferente em cada grupo em função de tradições, cultura, religião, ancestralidades, persuasões externas etc.

Os costumes morais têm caráter valorativo e criam normas a partir de valores morais. “Existe no interior de cada sociedade, um conjunto de valores que especificam e diferenciam o que é bom do que é ruim, aquilo que é melhor do que é pior, o que pode e não pode ser feito, etc. Isso significa dizer que os valores morais são uma espécie de ‘código de conduta’ que dita como cada indivíduo deve agir no interior daquela sociedade para integrar-se e adequar-se a ela”.¹

No campo da moralidade social, o maior peso dos valores e princípios reinantes recai sobre a porção mais intensa da comunidade. O fato denota que a maioria dos indivíduos segue pelo mesmo caminho. Mas cada um deles tem aptidão de julgar se os

¹ PORFÍRIO, Francisco. *Valores morais e sua importância para a sociedade*. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/o-que-moral.htm>. Acesso em: 26 dez. 2024.

costumes e os valores morais da sociedade em que vive são os mais adequados para o funcionamento social. Todavia, apesar dessa maioria, sempre há alguns indivíduos que não concordam com os referidos valores sociais, mas, sozinhos, nada podem mudar. Só o próprio grupo social tem condições de transformar a sociedade mediante a alteração dos padrões de conduta que nela predominam.

Hermes Lima faz referência aos *mores*, (ou costumes), cujo sentido é daquilo que corresponde ao “conjunto de práticas, de costumes, de padrões de conduta formadores da ambiência ética em que se vive”.² Tais *mores*, explica o autor, “não são invenções deliberadas, pois emergem do convívio através de atos e práticas individuais, e atendem exigências comuns”.³ Assim, não são criações da sabedoria divina ou humana, mas provêm de um conglomerado de atos e fatos determinados pela dinâmica da vida, pelo nível de conhecimento e pelas condições sociais.

Nosso país é marcado, sem dúvidas, por uma formação heterogênea e dotada de valores e princípios morais diversos, que não podem ser descartados numa avaliação sobre o padrão moral de nossa sociedade. A verdade é que, conquanto visitado com frequência, os temas relativos à moralidade genericamente considerada e à moralidade administrativa são constantemente alvo de acirrados debates, isso sem contar a surpreendente ocorrência de fatos noticiados, que ensejam justas e profundas críticas por grande parcela da sociedade.

O objetivo deste modesto trabalho consiste apenas realizar um pequeno voo sobre o passado, o presente e o futuro da moralidade em nosso país. Em outras palavras: estamos satisfeitos com o *statu quo*? Quais as perspectivas que se vislumbram para o futuro? São reflexões que traremos a seguir.

2 Moral e ética

É comum o emprego dos termos “moral” e “ética” como se fossem o mesmo instituto. Em vários textos se pode encontrar a inclusão de ambos com idêntico sentido. Na verdade, conforme anotam os filósofos e outros estudiosos, cada um deles ostenta um perfil diferente, muito embora, na prática, se apresentem associados e indissolivelmente enganchados. Mas o certo é que não há consenso sobre o tema.

À guisa de demarcação, pode dizer-se que a ética constitui um campo da filosofia – a denominada Filosofia Moral, na qual são estudados os princípios fundamentais das ações e do comportamento humano. A moral, por sua vez, estampa um perfil social formado pelo conjunto dessas ações e comportamentos, buscando identificar o que é mau e o que é bom, para criar normas orientadoras dos indivíduos pertencentes a um mesmo grupo social.

Noutra vertente, a ética traduz uma reflexão filosófica sobre os princípios geradores das ações humanas – certo ou errado, justo ou injusto, bem ou mal, fundamentando-se em conceitos teóricos. Já a moral representa o código cultural de normas que inspiram as condutas dos indivíduos inseridos em determinado contexto, tendo como fundamento os costumes e hábitos, ou seja, os comportamentos em geral.

² LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. Freitas Bastos, 1961. p. 127.

³ Ob. e loc. cit.

Enfim, enquanto a ética faz a reflexão teórica que procura as características universais do comportamento humano, a moral reveste-se de caráter prático e normativo e indica “a forma de agir diretamente relacionada aos valores morais construídos socialmente”.⁴

3 Moral e Direito

Embora sejam integrantes de círculos teóricos diversos, a moral e o direito estão ligados entre si relativamente a vários aspectos. Já se ressaltou que a moral retrata os princípios e valores aceitos que regem os comportamentos dos grupos sociais. Noutra vertente, o direito se compõe de regras coercitivas impostas a toda a sociedade.

Em tempos atuais, há claras diferenças entre esses campos. Mas nem sempre foi assim. Egípcios, babilônios, chineses e gregos não distinguiam o direito da moral e da religião, e isso porque o direito se confundia com os costumes sociais. A violação, portanto, de regras morais estampava, ao mesmo tempo, ofensa a regras jurídicas. Roubier explica que as regras morais e religiosas eram severas e coercitivas, permitindo alcançar espontaneamente o que o direito só conseguiria no futuro. Assim, a moral veio antes do direito.⁵

Segundo os estudiosos do comportamento humano, algumas teorias foram elaboradas para demarcar os campos da moral e do direito. Uma delas é a teoria dos círculos secantes, do francês Claude du Pasquier, pela qual direito e moral coexistem, já que há regras jurídicas com caráter moral. Outra é a teoria dos círculos concêntricos (Jeremy Bentham), pela qual o direito estaria incluído inteiramente no campo da moral, este mais amplo que aquele. Além dessas, encontra-se a teoria do mínimo ético, desenvolvida por Georg Jellinek, segundo a qual o direito retrata apenas o mínimo da moral compulsório para a sobrevivência da sociedade.

Como bem observa Paulo Dourado de Gusmão, o direito tem duas marcas fundamentais: a coercibilidade e a bilateralidade. Ambos os aspectos são incompatíveis com a moral. “A consciência, a vontade e a intenção em si são incontroláveis juridicamente. A sanção jurídica é bem diferente da sanção moral”.⁶ O dever moral não é exigível por ninguém, cingindo-se apenas ao dever de consciência.

Em consequência, pode afirmar-se que o direito é heterônomo, por ser imposto pela autoridade mesmo contra a vontade do destinatário; bilateral, operando-se sempre entre sujeitos, um com direitos e outro com obrigações; e coercível, porque o descumprimento do dever jurídico é sujeito a sanções. Noutro giro, a moral é autônoma, sendo imposta pela consciência; unilateral, dizendo respeito apenas ao indivíduo; e incoercível, não sendo exigida por ninguém e indicando apenas dever de consciência.

Vale a pena realçar mais um aspecto quanto à moral e ao direito. Com a evolução do constitucionalismo, o autor de normas jurídicas “não é mais livre para escolher segundo seu juízo moral, está vinculado a uma Constituição, a um conjunto de valores positivados expressa ou implicitamente no texto constitucional”, como bem adverte

⁴ MENEZES, Pedro. *Ética e Moral*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/etica-e-moral/>. Acesso em: 26 dez. 2024.

⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 42. ed. Forense, 2010. p. 69.

⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado, ob. cit., p. 71.

Ricardo Marcondes Martins.⁷ A importância dessa observação reside no fato de que a moralidade, apesar de ser um juízo de valor, está inserida como princípio administrativo no art. 37, *caput*, da vigente Constituição, de onde se infere que qualquer norma jurídica ofensiva a tal princípio estará contaminada de vício de constitucionalidade.

4 Moral e direito positivo

A evolução demonstrou que moral e direito percorreram a história em seus próprios espaços. Conquanto muitas normas do direito tivessem o toque de inspiração na moral, e embora normas da moral tenham sido incorporadas ao direito, o certo é que cada uma delas sempre ocupou sua própria área, preservando sua identidade conceitual e seus princípios regentes.

Mais modernamente, porém, a filosofia jurídica foi ampliando o dilema entre as concepções positivistas do direito e as correntes jusnaturalistas, passando aquelas, de meras teorias de interpretação severa e restrita das normas jurídicas, a normas dotadas de fundamentação moral. Daí resultou a inclusão de normas de fundo moral no âmbito das normas jurídicas. O pós-positivismo em muito contribuiu para esse novo sistema, sobretudo no campo interpretativo dentro do qual os princípios foram guindados à categoria de normas jurídicas e, pois, aplicáveis a várias situações de embate social.

Não custa lembrar que, para Hans Kelsen, maior expoente do positivismo jurídico, o direito é um sistema de normas cuja validade independe de valores extrajurídicos. As normas se sujeitariam a um sistema hierárquico em que sua validade seria aferida em conformidade com a norma superior, até a última norma – a norma fundamental hipotética. Noutro ângulo, crescia a ideia de que o direito não pode abstrair-se dos valores de justiça, igualdade e dignidade humana, ou seja, seria imperioso o compromisso com a integridade moral como condição para a legitimidade das normas jurídicas, pensamento desenvolvido por Dworkin.

Segundo observação de Renan Macedo Vilela Gomes, a Constituição de 1988 inclui princípios que resultam de uma integração entre direito e moral, como a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade. Diz o autor: “Nessas situações, o conflito entre o positivismo e o jusnaturalismo é evidente, demonstrando que a aplicação do direito não pode ser desvinculada de suas implicações morais”.⁸

Realmente, nesse processo evolutivo, o legislador não somente deu vida a normas inspiradas em valores morais, como, mais ainda, incluiu como postulado expresso o princípio da moralidade, este dentro da própria Constituição (art. 37, *caput*, CF). Além disso, várias leis vigentes contemplam normas que têm como conteúdo valores da moralidade. Exemplo disso é o art. 5º da Lei n. 14.133/2021 (Estatuto de Licitações e Contratos), que insere o princípio da moralidade, e a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) que alinha várias condutas ímprobadas, indissoluvelmente contagiadas de valores morais.

⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 308.

⁸ GOMES, Renan Macedo Vilela. *O Dilema entre Direito Positivo e Moral: Reflexões sobre a Autonomia e os Limites da Norma Jurídica*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-dilema-entre-direito-positivo-e-moral-reflexoes-sobre-a-autonomia-e-os-limites-da-norma-juridica/2858450599>. Acesso em: 5 jan. 2025.

A verdade é que o legislador, seja constitucional, seja em nível legal, só inclui no direito positivo valores e princípios da moral movido pela preocupação com os standards sociais relativos ao comportamento da comunidade. Nos países com alto grau de civilidade e honestidade, além de uma tradicional postura moral, é despidendo positivar valores morais por ser dispensada qualquer coercibilidade para os comportamentos. As condutas são pautadas, portanto, por consciências individuais, e não por regras jurídicas impositivas.

Cabe formular aqui, entretanto, uma indagação importante para essas reflexões: quais os efeitos da positivação de valores morais? A primeira resposta que vem à mente é a de que o efeito principal seria o temor que o direito positivo infligiria às pessoas e, por via de consequência, a adoção de comportamentos morais inscritos nas leis. Ou seja, se o indivíduo pretende se afastar de algum padrão moral, o que seria problema só seu, passa a desistir da ideia quando esse padrão está estampado na lei. Assim, abdicaria de sua consciência para submeter-se à regra jurídica.

Entretanto, as coisas não funcionam bem assim. Esse objetivo, na prática, constitui mera retórica, vale dizer, tem fundamento apenas teórico. O que a realidade tem evidenciado de forma claríssima é que os padrões morais vigentes no grupo social não se transformam pelo fato de estarem eles guindados à condição de norma jurídica, com toda a sua estrutura de coercibilidade. Costumes, tradições e culturas centenárias representam fatores sociais mais poderosos do que as imposições formais de comportamentos oriundas das leis. Pode inferir-se, desse modo, que a inserção da moral no direito positivo tem eficácia apenas relativa no que tange aos valores já consagrados no grupo.

5 Moralidade administrativa

A moralidade administrativa, como já consignamos em outra oportunidade, impõe que os administradores públicos não se afastem dos preceitos éticos que devem reger sua conduta. Assim, ao averiguar os critérios de conveniência e de oportunidade cuja escolha a lei lhes outorgou, cabe-lhes também perscrutar o âmago de sua decisão quanto ao ângulo do que é honesto ou desonesto. E essa obrigação incide “não apenas nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram”.⁹

A despeito dessas linhas conceituais que buscam definir o conteúdo da moralidade administrativa, de resto qualificada como “princípio” no art. 37, *caput*, da Constituição, sua aplicação nem sempre irradia unanimidade quanto à incidência e, ao contrário, não raro provoca fundas dissidências. Conforme bem assinalou Egon Bockmann Moreira, “da dificuldade de definir o conteúdo de um princípio jurídico não pode derivar sua inaplicabilidade”, decorrendo daí justamente a necessidade de analisar todos os seus significados.¹⁰

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 38. ed. Atlas, 2024. p. 18.

¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da moralidade e seu controle objetivo. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 102.

Se, de um lado, é verdadeira essa expectativa de aplicabilidade de princípios sem conteúdo bem-definido, ou de conteúdo fluido, de outro sua incidência, em várias situações, ocasiona certa insegurança jurídica, não se podendo saber, *a priori*, qual o juízo de valor ou a visão pessoal do intérprete ou aplicador da norma. Embora reconhecido o valor dos princípios, sua aplicação pode conduzir ao desfazimento de seu conteúdo e gerar soluções injustas para os interessados.

Há dois aspectos da moralidade administrativa no direito positivo que merecem destaque. Um deles consiste em normas jurídicas que incluem o princípio de forma genérica, como é o caso do já citado art. 37, *caput*, da CF, que se refere à moralidade como princípio administrativo. O outro decorre da incorporação de valores morais em condutas específicas, como, por exemplo, ocorre com alguns dos tipos alinhados na Lei de Improbidade.

Evidentemente, na primeira dessas hipóteses, o controle se torna mais complexo em virtude da generalidade do princípio para aplicação ao caso concreto. Na segunda, porém, o controle se torna mais palatável por se tratar de condutas específicas já tipificadas na lei como ilícitos, permitindo maior funcionalidade na verificação dos requisitos de legalidade.

Indiscutível, no entanto, é que, seja qual for a forma pela qual a legislação procede à positivação de valores morais, será sempre legítimo e conveniente exercer sobre a norma o controle de legalidade ou de constitucionalidade, controles esses que já envolvem, em sua essência, o controle da moralidade administrativa.¹¹

6 Moralidade pretérita

Como é sabido, cabe à sociologia e à antropologia o estudo de costumes, tradições, cultura, valores morais e princípios de uma sociedade. Semelhante estudo não se limita ao presente, ou seja, ao que ocorre agora na dinâmica social. Ao contrário, procura investigar os elementos pretéritos formadores da moral social e dos valores reinantes no grupo comunitário, bem como aqueles que, numa perspectiva de futuro, poderão manter ou transformar esses valores, tanto no processo evolutivo quanto involutivo.

De um lado, a sociologia é a ciência social que analisa a sociedade do ângulo dos padrões de relações sociais, cultura e interação social, buscando desenvolver os dados de conhecimento sobre ordem social, aceitação e evolução social. De outro, a antropologia, que constitui o estudo científico da humanidade, visando analisar o comportamento e a biologia humanos e a evolução social, mediante o exame das culturas, sociedades, tradições, ancestralidades, costumes, quer do passado, quer do presente.

Não é da natureza das presentes reflexões o estudo aprofundado desses valores sociológicos e antropológicos, mas se nos afigura importante relembrar, dando ênfase à época pretérita, que toda sociedade resulta da dinâmica temporal de sua ancestralidade. Quer dizer, os padrões morais hoje existentes se originam daqueles que compuseram a formação da sociedade. E em nosso país isso não é diferente.

¹¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 251.

No Brasil colônia, herdamos o pior da civilização europeia, não só no que toca à falta de ordem social, como também quanto aos valores morais adotados em nossa sociedade. Por isso, é conhecido o brocardo segundo o qual “não existe pecado do lado de baixo do Equador” (*ultra aequinoxialem non peccari*). Colonizadores, escravos, indígenas, degredados e outros excluídos se juntavam numa desordem sem limites e com baixíssimos standards de moralidade (padres com mulheres e filhos, senhores em relação com escravas, filhos ilegítimos). Ainda hoje – estudiosos registram – o machismo, o sexualismo, o racismo, a indiferença com minorias estão entre nós para qualquer um ver, apesar da constante luta de superação, tudo como uma danosa consequência social do colonialismo.¹²

Outra singularidade desse período foi o embate entre as ideias de família e Estado – naquela o pendor para o particularismo e individualismo, neste a consciência do coletivo e social. Sérgio Buarque de Holanda, a respeito, relembra a expressão dessa diferença feita por Sócrates, mediante as ideologias de Creonte e de Antígona, cada um deles com tendências opostas – conflito, aliás, ainda corrente em nossos dias, em comportamentos notoriamente patrimonialistas através da confusão entre o público e o privado.¹³

O autor, invocando Max Weber, distingue o “funcionário patrimonial” do puro burocrata. Para aquele a própria gestão política traduz assunto de seu interesse particular, assim como benesses e vantagens oriundos de sua função eram considerados direitos pessoais. E última seu pensamento: “A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias”.¹⁴ Esse funcionalismo patrimonial reverbera até os dias de hoje, consolidando uma distorção que contraria nitidamente o princípio da moralidade, da igualdade e da impessoalidade.

Como se pode observar, e guardadas as devidas proporções, as raízes do Brasil constituídas desde o período colonial denunciam, com suficiente clareza, que muitos dos valores morais adotados nos dias de hoje se configuram como mera continuidade social desses costumes, tradições, ideologias aceitas preteritamente. Significa que, apesar dos esforços, quase nada mudou substancialmente – fato, diga-se de passagem – que se constata apenas pela leitura dos informativos e notícias veiculadas cotidianamente.

7 Moralidade atual

A moralidade social é interligada aos fatores do individualismo ou do social. Naquele prevalecem os interesses particulares do indivíduo, ao passo que neste sobreleva o convívio social e a observância às regras de comportamento. Revisitando Sérgio Buarque de Holanda, fica a noção de que o “homem cordial”, como foi denominado o homem brasileiro, não é assim qualificado em virtude da hospitalidade e da generosidade, qualidades sempre orgulhosamente brandidas como troféus de nossa sociedade, mas sim por seu flagrante e tradicional individualismo.

¹² MENDES, Alex. *Moral à brasileira*. Disponível em: <https://prodiversidade.org.br/moral-a-brasileira>. Acesso em: 6 jan. 2025.

¹³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2012. p. 141.

¹⁴ Ob. cit., p. 146.

Aduz, ainda, o respeitado sociólogo que “por meio de semelhante padronização das formas exteriores da cordialidade, que não precisam ser legítimas para se manifestarem, revela-se um decisivo triunfo do espírito sobre a vida. Armado dessa máscara, o indivíduo consegue manter sua supremacia ante o social. E, efetivamente, a polidez implica uma presença contínua e soberana do indivíduo”.¹⁵ Essa análise continua atual – o brasileiro tem raízes profundas no individualismo e isso o afasta constantemente das regras sociais a que está sujeito.

Esse individualismo, sem qualquer dúvida, mobiliza comportamentos que afrontam os princípios e valores morais reinantes no grupo social, e tais condutas ora se realizam de modo ostensivo, ora se concretizam de forma dissimulada, disfarçada, para que os demais convivas não tomem conhecimento da deturpação dos valores. O importante é resolver o interesse próprio, nem que para isso seja necessário agredir os princípios da boa conduta. O efeito desses desvios repetidos é a perda da noção da ofensa, ou seja, a aceitação de todos eles como se fossem comportamentos normais, irrepreensíveis.

Quem se propõe a analisar, com isenção, o comportamento social de nosso país, certamente, não fará grande esforço para depreender o baixo padrão dos valores morais que imperam por aqui. Objetam-se habitualmente com o fato de que há muitos cidadãos honestos e dotados de retidão de caráter. Ou ainda com o autoargumento de “eu sou honesto”. Mas a medição sociológica não é essa, vale dizer, a apuração leva em conta a média social, aquela composta de parcela significativa do grupo social. Obviamente, nunca haverá sintonia da averiguação com a quantidade total inflexível das pessoas, mas sim com uma quantidade tal que o desvalor acaba se irradiando para outros grupos e se submetendo à análise comportamental científica.

Alguns bordões, já conhecidos por quase toda a população, transmitem a ideia, ora como chacota, ora de forma grave, dos padrões de moralidade em nosso país. É o que ocorre, por exemplo, com o dito “quero levar vantagem em tudo”, criada por um anúncio publicitário. Ou ainda: “aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei”. Ou então a célebre carteirada: “Você sabe com quem está falando?”.

Todos esses ditos expressam aquele comportamento que os antropólogos denominam de “jeitinho brasileiro”, fórmula para o indivíduo cometer ilegalidades e imoralidades que o possam beneficiar, sempre disfarçando as razões e os objetivos. Alberto Carlos Almeida averba, com razão, que “o jeitinho brasileiro é importante em nossa sociedade. Não apenas por ser muito difundido, mas principalmente pelo fato de nos permitir entender por que o Brasil tem tanta dificuldade em combater a corrupção” (grifo nosso).¹⁶

De fato, só se tem a lamentar a exposição desses padrões no noticiário diuturno, e lamentar também que tudo continue exatamente igual. São escândalos em sequência, muitos deles de natureza patrimonialista. Lembrem-se os mais famosos, o “mensalão” e o “petrolão”, com o desvio de vultosos recursos públicos e geradores de enriquecimento ilícito para inúmeros oportunistas. No serviço público, o provimento de cargos em comissão por “amigos”, não por qualificação. O mau costume das propinas a autoridades

¹⁵ Ob. cit., p. 147 (grifo nosso).

¹⁶ ALMEIDA, Alberto Carlos. *A Cabeça do Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 45.

para permitir desvios de poder. Magistrados vendendo sentenças, por incrível que possa parecer. Parlamentares firmando acordos espúrios. Enfim, seria preciso um livro inteiro para alinhar todos esses fatos comprovadamente marcados pela ofensa à moralidade social e administrativa.

Um detalhe interessante, nessa temática, é o de que, apesar da verdade marcante desses desvios de moralidade, o brasileiro resiste em aceitá-los e reconhecê-los, e frequentemente emprega panos quentes para amenizar ou apagar os vestígios. Mas sempre exalta as qualidades do “homem cordial” – empatia, generosidade, receptividade –, o que dificulta o combate efetivo contra a corrupção e outros desvios. Rejeitam-se, assim, todos os dados verídicos e científicos que denunciam esse tipo de conduta.

Exemplo disso é o que sucede com a instituição Transparência Internacional, que procede periodicamente a uma avaliação sobre o IPC – Índice de Percepção da Corrupção em 180 países, veiculando uma pontuação e uma classificação para cada um deles, conforme a percepção decorrente da análise dos valores sociais das nações. Considerando o período de 2020 a 2023, o Brasil foi avaliado com a seguinte pontuação (de 1 a 100 pontos): 2020: 38; 2021: 38; 2022: 38; 2023: 36. O resultado da classificação foi o seguinte: 2020: 94^a colocação; 2021: 96^a; 2022: 94^a; 2023: 104^a.

Com esses 36 pontos, nosso país ficou abaixo da média global (43 pontos), da média regional das Américas (43 pontos), da média dos BRICS (40 pontos), e mais ainda da média dos países do G20 (53 pontos) e da média dos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) (66 pontos). E mais: o Brasil ficou também abaixo da média de um recorte de países classificados como “democracias falhas” (48 pontos).¹⁷

A comprovação do status atual se revela irresponsável. Mas, insista-se, sempre haverá objeções e críticas por parte de alguns iludidos, uns de boa-fé, outros não, para tentar empurrar esses padrões para baixo do tapete, isso contra a transparente verdade que impera em nosso grupo social. Podemos até respeitá-los, mas cientes de que são cooptados por uma ilusão totalmente incompatível com a realidade social.

8 Moralidade no futuro

Dada a evolução da sociedade brasileira desde sua ancestralidade, bem como analisados os elementos que denotam a percepção dos índices de corrupção no país – e, quando se fala em corrupção, fala-se obviamente em imoralidade –, não parece muito alvissareira a perspectiva dos standards de moralidade quanto ao futuro. O problema não é de ceticismo quanto à nossa sociedade, mas sim de se ter uma visão crítica e veraz da realidade em que vivemos. Nesse caso, é inútil o “me engana que eu gosto”, porque o que ocorre na sociedade em geral, com inclusão dos desmandos oriundos dos Poderes, salta aos nossos olhos, sendo ingenuidade ignorá-los.

Permitimo-nos, neste despretensioso trabalho, enumerar quatro fatores primordiais para justificar um certo pessimismo e ceticismo quanto aos princípios e valores a serem adotados futuramente pelos cidadãos e pelas instituições.

¹⁷ Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc>. Acesso em: 10 jan. 2025.

O primeiro deles é o da ancestralidade, assim considerada a herança ou a linhagem de uma pessoa ou grupo advindas dos respectivos ancestrais e das respectivas raízes familiares, formadoras da identidade do corpo social. Admitem-se duas categorias: uma é a ancestralidade biológica, concernente à linhagem genética da comunidade, e outra é a ancestralidade cultural, na qual se incluem os costumes, tradições, crenças, hábitos, comportamentos. Embora diversas as noções, ambas estão interligadas no processo evolutivo.¹⁸ Nesse aspecto, reportamo-nos ao que foi explanado sobre as raízes da sociedade brasileira nos períodos colonial e imperial.

O segundo fator é o conformismo social, que se pode entender como sendo a resignação da maior parcela da sociedade com o *status quo* no que toca aos valores e comportamentos sociais. Isso significa que, em que pese a certeza da existência de comportamentos erráticos, a maioria acaba se conformando com eles e até mesmo os adota no contexto do grupo. Muitos fazem a seguinte reflexão: “Isso sempre foi assim e não mudará nunca. E, sozinho, não poderei fazer nada para evitar ou impedir”. Há, portanto, um desalento quando aos desvios, mesmo quando os indivíduos dizem para si mesmos que estão fazendo a sua parte.

Outro fator é a complexidade transformadora, assim entendida como a profunda dificuldade no processo de transformação da sociedade, mormente no que tange aos princípios, costumes e valores morais. Invocamos aqui as observações de José Renato Nalini: “Para grande parte da população – notadamente a mais jovem – parece inexistir a menor perspectiva de se alterar o quadro de deterioração dos costumes políticos. A generalização não poupa sequer os escassos exemplos de atividade pública altruísta. Não se costuma levar a sério qualquer proposta bem-intencionada de resgate ético das práticas destinadas à empolgação do poder”.¹⁹ Essa notória complexidade acaba por provocar desalento ou gracejos dos indivíduos, que simplesmente desacreditam as informações de qualquer mudança positiva.

Por último, comporta trazer um outro fator: a ineficácia do direito positivo como instrumento de transformação dos valores morais e princípios consagrados no seio social. Não há melhor exemplo do que o da evolução social do Brasil. A despeito da positivação de princípios e valores, inclusive na Constituição, que mais servem como exortações de consciência do que como regras cogentes, nossos padrões de moralidade não alcançaram qualquer melhoria. Ao contrário, passa o tempo e, como vimos acima, os padrões continuam abaixo do desejável, isso quando não sofrem decréscimo na avaliação do comportamento médio dos cidadãos.

Na verdade, o que se nota é que as perspectivas futuras concernentes aos princípios e valores morais de nossa sociedade são sombrias e, por grande parte da população, objeto de total descrédito. É verdade que não raro os “teóricos sociais”, entre eles as autoridades políticas e governamentais, tentam inocular nos cidadãos a falsa ideia de que estamos em transformação para melhor. Pura retórica! No fundo – muitos deles concluem – é melhor deixar como está, porque desse jeito se têm locupletado e obtido muitas vantagens e privilégios. Destarte, por que iriam atuar contra si mesmos?

¹⁸ SILVA, Roniel Sampaio. *O que é ancestralidade?*, abr. 2023. Disponível em: <https://cafecomsociologia.com/o-que-e-ancestralidade/>. Acesso em: 10 jan. 2025.

¹⁹ NALINI, José Renato. Corrupção como sintoma de barbárie contemporânea. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca *et al* (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 141.

9 Conclusões

Esse breve estudo teve em mira apenas lembrar o histórico resumido das origens de nossa formação social, de nossos costumes, tradições, cultura e valores morais, todos eles fatores de evidente repercussão em nossa sociedade atual.

De fato, é frequente que o indivíduo, em momento de reflexão, formule a indagação: por que somos tão afeitos aos comportamentos imorais? O que nos terá conduzido a esse estado de coisas, que, decerto reconhecido por outros sistemas, nos coloca como alvos de críticas e ironias por parte de outros grupos sociais? E o futuro, como será? Vai melhorar ou continuar como está?

A verdade é que não existem dados concretos de que numa perspectiva de futuro haja efetiva transformação social para reduzir o desvalor dos padrões hoje aceitos pela comunidade de nosso país, percebendo-se, isto sim, um conformismo e, por que não dizer, uma satisfação fundada na hipótese de que, se ainda não me locupletei, chegará o momento de fazê-lo posteriormente. Afinal, parece ignorar-se solenemente o princípio da moralidade administrativa, mera peça de ilustração constitucional, apesar dos esforços dos iludidos.

Tentativas de amenizar esse descompasso social não faltam. Entre elas, ressalte-se a recomendação de adotar medidas preventivas contra a corrupção, algumas delas propostas pela Convenção da ONU, de 9.12.2003. Bem consigna Antonio Carlos Ozório Nunes que várias são essas medidas, como a promoção de políticas de prevenção, a implementação de órgãos de prevenção, a promoção de mudanças no setor público e junto aos servidores públicos, a transparência das ações públicas e outras similares.²⁰ Não se podem desprezar tais tentativas, mas a realidade é que, no fundo, os minguados efeitos são inócuos como elo de transformação de valores sociais.

Como acentuou Cezar Brito, seria preciso restaurar a confiança popular em nossa República e gerar respeitabilidade junto aos órgãos públicos. E completou: “É insuportável para o Estado democrático de Direito um ambiente em que os agentes do processo político – sobretudo os que presidem e lideram instituições – estejam em permanente exposição negativa. A delegacia de polícia não é definitivamente o espaço adequado para a governabilidade”.²¹

O “jeitinho brasileiro” do “homem cordial” pode ser considerado um símbolo de esperteza e solércia, e até ser visto como algo grotesco, mas as ofensas aos padrões morais dele oriundas espelham inegável ameaça ao regime democrático. Com efeito, nesse padrão baixo de standards e valores, e ante o furioso individualismo sempre vencedor do coletivo, será muito difícil a consolidação plena da democracia.

Diziam os romanos que a autoridade do costume e dos usos diuturnos não é desprezível (“*consuetudinis ususque longaevis non villis auctoritas esto*”). Todavia, é de se ponderar: caso os costumes retratem desvalores sociais, devem ser aceitos?

²⁰ NUNES, Antonio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 25-29.

²¹ BRITO, Cezar. Corrupção e Estado Democrático de Direito. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 55.

Referências

- ALMEIDA, Alberto Carlos. *A Cabeça do Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- BRITO, Cezar. *Corrupção e Estado Democrático de Direito*. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 42. ed. São Paulo: Atlas, 2024.
- GOMES, Renan Macedo Vilela. *O Dilema entre Direito Positivo e Moral: Reflexões sobre a Autonomia e os Limites da Norma Jurídica*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-dilema-entre-direito-positivo-e-moral-reflexoes-sobre-a-autonomia-e-os-limites-da-norma-juridica/2858450599>. Acesso em: 5 jan. 2025.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 42. ed. Forense, 2010.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2012.
- LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. Freitas Bastos, 1961.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MENDES, Alex. *Moral à brasileira*. Disponível em: <https://prodiversidade.org.br/moral-a-brasileira/>. Acesso em: 6 jan. 2025.
- MENEZES, Pedro. *Ética e Moral*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/etica-e-moral/>. Acesso em: 26 dez. 2024.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da moralidade e seu controle objetivo. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NALINI, José Renato. Corrupção como sintoma de barbárie contemporânea. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NUNES, Antonio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PORFÍRIO, Francisco. *Valores morais e sua importância para a sociedade*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/o-que-moral.htm>. Acesso em: 26 dez. 2024.
- SILVA, Roniel Sampaio. *O que é ancestralidade?*, abr. 2023. Disponível em: <https://cafecomsociologia.com/o-que-e-ancestralidade/>. Acesso em: 10 jan. 2025.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Perspectivas da moralidade administrativa. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 107-118. ISBN 978-85-450-0925-2.

POESIA NA BUROCRACIA: A TRAJETÓRIA DE CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

FÁBIO LINS DE LESSA CARVALHO

Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.
Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Alagoas.
Professor de Direito Administrativo do Centro Universitário CESMAC.
Procurador do Estado de Alagoas.
Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA).

Sumário: 1 Um poeta no serviço público. 2 Na Secretaria de Educação de Minas Gerais – 1928. 3 No Minas Gerais (Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais) – 1929; 1949/1953. 4 Na Secretaria de Interior de Minas Gerais – 1930. 5 No Governo do Estado de Minas Gerais (Interventor Gustavo Capanema) – 1933. 6 No Ministério da Educação e Saúde Pública – 1934/1945. 7 No Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – 1945/1962. Referências.

1 Um poeta no serviço público

A presença do serviço público na vida de Carlos Drummond de Andrade é quase sempre descoberta pelos que pesquisam a biografia do escritor mineiro, o que se vê nos estudos acadêmicos produzidos nas áreas de letras, literatura e história, e, não raras vezes, também é noticiada pela mídia (jornal, rádio, televisão e internet), quando são veiculadas reportagens sobre a trajetória do poeta.

Todavia, embora a informação de que o poeta mineiro foi funcionário público durante muitos anos não seja propriamente uma novidade, tal aspecto da biografia drummondiana não costuma ocupar muito espaço, o que se justifica, em parte, pela altíssima qualidade de sua obra literária, que ofusca outras atividades desenvolvidas.

Lamentavelmente, essa menor atenção dos mundos acadêmico e midiático à carreira de Drummond no serviço público tem privado a sociedade brasileira de conhecer uma faceta importante do escritor. Aliás, ele considerava sua relação com a

administração pública um dos principais aspectos de sua vida, conforme destacava: “Eis aí o traço fundamental de minha biografia. Um bom resumo estaria nas seguintes palavras: “Este foi burocrata”.¹

Mas o que teria levado o vocacionado poeta ao serviço público? Na juventude, Carlos Drummond de Andrade chegou até mesmo a simpatizar com a anarquia, ou mesmo a debochar, com seu jeito sempre discreto, do poder, como no episódio em que “enfiou-se na fila para cumprimentar o então presidente do estado, Mello Viana, deu-lhe a mão, voltando a entrar na fila e a repetir o cumprimento, e assim inúmeras vezes, de forma respeitosa, irrepreensível, mas desmoralizadora para aquela tradicional cerimônia de beija-mão do poder”.²

Mas voltando à pergunta sobre o que levou o poeta ao serviço público, uma parte da resposta está na necessidade de recursos financeiros (“inquietava-se com o fato de, aos 23 anos, ainda não ter ganhado dinheiro pelos próprios meios”³) e outra parte em outra circunstância que o próprio Drummond reconhecia: para o mineiro, “quase toda a literatura brasileira, no passado como no presente, é literatura de funcionários públicos”.⁴

Em outra oportunidade, em estudo sobre Machado de Assis na administração pública, indaguei: “mas, afinal, por que tantos escritores de renome foram parar na Administração Pública? Ou seria melhor perguntar: por que tantos servidores públicos se dedicaram à literatura? Embora não exista uma resposta única, estas perguntas já foram feitas antes, obviamente”.⁵

Dentre as respostas já dadas a estas perguntas, pode-se citar uma que veio da Irlanda, onde foi dito que “o burocrata está limitado pela linguagem. O que talvez ajude a explicar por que tantos escritores irlandeses aprimoraram suas habilidades no serviço público”.⁶

No poema “Canção funcionária mineira”, Drummond registrou que, para os escritores de sua época (e de outras), só há um caminho: o da repartição. Neste sentido:

[...]
Somos todos funcionários.
Assina o ponto da vida,
poesia; depois, recolhe
o justo salário, o prêmio

¹ ANDRADE, Carlos Drummond de. Entrevista a Martins D’Álvarez, originalmente publicada em A Gazeta, em dezembro de 1941. In: RIBEIRO, Larissa Pinho Alves (org.). *Encontros Carlos Drummond de Andrade*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2011. p. 29.

² CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 85.

³ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 119.

⁴ ANDRADE, Carlos Drummond. A Rotina e a Quimera (quase toda literatura brasileira é literatura de funcionários públicos). *Sibila Revista de Poesia e Cultura*, ano 24. Disponível em: <https://sibila.com.br/critica/a-rotina-e-a-quimera-quase-toda-literatura-brasileira-e-literatura-de-funcionarios-publicos/10677>. Acesso em: 27 nov. 2024.

⁵ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Machado de Assis e a administração pública. O serviço público na vida e na obra machadiana. *Fórum*, Belo Horizonte, 2024. p. 92.

⁶ Texto “How the Civil Service became a hotbed of great Irish writing”. Disponível em: <https://www.irishtimes.com/culture/books/how-the-civil-service-became-a-hotbed-of-great-irish-writing-1.3374347>. Acesso em: 11 jan. 2024. Tradução livre do autor.

de não varar a capoeira
na direção do mistério,
de esquecer o jeito nosso
de pegar onça no chumbo
e soletrar sem temor
os caminhos d'água do
São Francisco e Rio Doce.
Acabou-se,
Eis que só há um caminho:
repartição. [...] ⁷

Outra pergunta que surge ao nos aproximarmos da faceta burocrata de Drummond diz respeito ao seu nível de comprometimento com o serviço público. Sobre esta circunstância, Gilberto Freyre ressaltou em 1952:

Não seria possível também esquecer o funcionário público exemplar. Só as magníficas qualidades de organização e método de Olavo Bilac – segundo nos afirma Medeiros e Albuquerque em “Quando eu era vivo” – poderiam ser comparadas ao rigor burocrático do ex-chefe de gabinete do ministro Capanema e o atual chefe do arquivo e biblioteca do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico. Que o diga o sr. Rodrigo de Melo Franco de Andrade. ⁸

Otto Lara Resende foi outro que, ao relatar um episódio em 1949, ressaltou as qualidades de Drummond como funcionário público:

Da primeira vez que o procurei, o poeta lá não estava, como esperava encontrá-lo oculto atrás dos arquivos de aço. Perguntei por ele a um rapaz que se encontrava na sala, e a informação veio maior do que eu esperava:

– É um homem esquisito. Não é ele, mesmo que o senhor está procurando, um magro? Ele nem sempre está aqui, ou então sou eu que venho pouco... Vem, senta aí na mesa dele, faz o serviço calado, não dá uma palavra com ninguém. Não conversa, a não ser no telefone, e lá de vez em quando dá um cumprimento que quase nem se ouve. Homem esquisito! Mas é danado de organizado e trabalhador! ⁹

Para a professora Beatriz Resende, “cabe lembrar o papel de Carlos Drummond de Andrade como funcionário público exemplar. Se olharmos o conjunto de suas atividades pela vida afora, porém, o espanto diminui. Cada entrega, cada dedicação, cada paixão vinha acompanhada de outra”. ¹⁰

⁷ ANDRADE, Carlos Drummond de. Poema “Canção funcionária mineira”. Texto inédito cujo original integra o acervo do Arquivo Museu de Literatura Brasileira, instalado em 1972 na Fundação Casa de Ruy Barbosa, no Rio de Janeiro.

⁸ FREYRE, Gilberto. *Correio da Manhã* (Rio), 1/11/1952. Hemeroteca da BN-Rio. Disponível em: <https://viladeutopia.com.br/carlos-drummond-de-andrade-uma-biografia-dificil>. Acesso em: 27 nov. 2024.

⁹ RESENDE, Otto Lara. Diário de Pernambuco, 1/1/1949. Hemeroteca da BN-Rio. Disponível em: <https://viladeutopia.com.br/claro-enigma-do-homem-esquisito>. Acesso em: 27 nov. 2024.

¹⁰ RESENDE, Beatriz. Um funcionário exemplo, texto publicado na Folha de São Paulo em 27 de outubro de 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2710200217.htm>. Acesso em: 27 nov. 2024.

Paulo Mendes Campos, amigo de Drummond, fez uma importante comparação entre o grande poeta brasileiro e Machado de Assis, grande prosador. Além de outras semelhanças, ambos se dedicaram ao serviço público:

Machado de Assis, o artista mais sério que já houve no Brasil, foi um burocrata perfeito (um burocrata perfeito é quase o contrário de um perfeito burocrata). Carlos Drummond de Andrade, o poeta mais sério do Brasil, encerrou há pouco, aposentado, a sua carreira de burocrata perfeito. Os dois se parecem muito na reserva, no pudor, na ironia, no *humour*, na dignidade pessoal, na elisão sistemática de semostrarção pública. Literariamente, Machado de Assis deu inteligência à prosa brasileira; Drummond de Andrade deu inteligência ao verso. Esses dois homens magros e reticentes são dois monstros de energia na luta contra o nosso subdesenvolvimento intelectual.¹¹

Nas próximas páginas, conheceremos com mais detalhes a trajetória de Carlos Drummond de Andrade no serviço público, onde atuou na Administração Pública mineira e na federal.

2 Na Secretaria de Educação de Minas Gerais – 1928

Tendo concluído seu curso de graduação em Farmácia em 1925, Drummond nunca chegou a exercer esta profissão, já que preferiu se dedicar à literatura e ao jornalismo, tendo, inclusive, no mesmo ano de 1925, com alguns amigos, fundado *A Revista*, destinada a divulgar o movimento modernista.

Ainda no mesmo ano de sua formatura, casa-se com Dolores Dutra de Moraes, o que lhe impôs a busca por novas fontes de renda para sustentar a família. É neste período que Drummond chega a trabalhar como professor de Geografia e Português.

O ingresso de Drummond no serviço público ocorreu em 1928, quando este tinha vinte e cinco anos de idade e ainda vivia em Belo Horizonte. Em um período em que os cargos públicos eram providos por indicações políticas, ter amigos influentes era fundamental.

Entre os amigos dos tempos de Minas Gerais que levaram Carlos Drummond de Andrade ao serviço público, dois se destacam: Gustavo Capanema, que o convidaria para o Ministério da Educação e Saúde Pública em 1934, e Rodrigo Melo Franco de Andrade, que levou o poeta para trabalhar na recém-criada Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (DPHAN) em 1945.

Mas por que estes convites para cargos públicos tão relevantes foram feitos a um poeta como Drummond? Evidentemente, a amizade era algo determinante: no caso de Drummond e Capanema, eles haviam sido colegas no internato do Colégio Arnaldo Jansen, em Belo Horizonte, desde 1916. Tendo iniciado na adolescência, a amizade entre os dois é retomada na juventude, quando Drummond volta à capital mineira, após ser expulso do colégio de Nova Friburgo. Os amigos Carlos e Gustavo, que faziam parte do grupo que se reunia no Café Estrela (na rua da Bahia), “atuariam juntos na definição

¹¹ CAMPOS, Paulo Mendes. Crônica “E agora, Drummond?”. Disponível em: <https://cronicabrasileira.org.br/cronicas/14708/e-agora-drummond/>. Acesso em: 26 nov. 2024.

de políticas culturais e educacionais para o País, seriam responsáveis pela fundação de diversos órgãos e estruturas de apoio à cultura nacional”.¹²

Por sua vez, em relação à amizade entre Carlos Drummond de Andrade e Rodrigo Melo Franco de Andrade, sobre este último, convém ressaltar:

De volta ao Brasil, após seus estudos na França, aproximou-se de grupos modernistas e criou laços de amizade que permaneceram ao longo dos anos, com Aníbal Machado – que o estimulou na sua iniciação literária –, Milton Campos, João Alphonso, Carlos Drummond de Andrade, Pedro Nava, Abgar Renault e Oswald de Andrade, entre outros. Participou de manifestações culturais que sucederam a Semana de Arte Moderna (Semana de 1922), realizada em fevereiro de 1922, em São Paulo, e iniciou sua amizade com os intelectuais do movimento modernista, em especial o escritor Mário de Andrade, Manuel Bandeira, Carlos Drummond de Andrade, Tarsila do Amaral e Pedro Nava.¹³

Todavia, parece evidente que a amizade não bastaria para que Gustavo Capanema e Rodrigo Melo Franco de Andrade nomeassem Drummond para postos tão relevantes no serviço público. Assim, devem ser destacados outros dois fatores: a competência técnica e a lealdade. Sobre este último aspecto, registre-se que Drummond permaneceria com Capanema onze anos como Chefe de Gabinete do então Ministro, e com Rodrigo de Melo Franco de Andrade, primeiro Diretor do SPHAN, o poeta mineiro permaneceria dezessete anos.

E como a competência de Drummond poderia ter sido constatada por seus amigos? Neste contexto, convém ressaltar que, muito antes de ter trabalhado nestes dois longos vínculos funcionais no âmbito da Administração Federal, Drummond já havia iniciado sua trajetória no funcionalismo público atuando em órgãos da Administração Pública mineira.

Sobre a primeira experiência profissional no serviço público, é importante que se destaque que Drummond começa a atuar em uma função de menor expressão: “por sugestão do amigo Rodrigo Melo Franco de Andrade, é convidado por Francisco Campos a trabalhar na Secretaria da Educação, mas, sem mesa e cadeira para ocupar, é levado por Mário Casassanta para auxiliar na redação da *Revista do Ensino*, na mesma secretaria”.¹⁴ Sobre esse período:

Mais ou menos na época da recusa de Drummond a ir para São Paulo, Rodrigo Mello Franco de Andrade veio em seu socorro. Com Francisco Campos, Rodrigo arranhou-lhe um emprego na Secretaria de Educação. Era um emprego para o qual – lembraria o próprio Drummond – “não tinha mesa nem cadeira”. Mário Casassanta, diretor da Imprensa Oficial, arranhou-lhe uma atribuição, fazendo dele diretor da *Revista do Ensino*.¹⁵

¹² CUNHA, Dênio Magno da. Gustavo Capanema, Abgar Renault e Drummond de Andrade: Centenário de Um Encontro. *Revista Gestão Universitária*. Disponível em: <http://gestaouniversitaria.com.br/artigos/gustavo-capanema-abgar-renault-e-drummond-de-andrade-centenario-de-um-encontro>. Acesso em: 2 dez. 2024.

¹³ *Vida e Obra: Rodrigo Melo Franco de Andrade (1898–1969)*. Instituto Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/481/vida-e-obra-rodrigo-melo-franco-de-andrade-1898-%E2%80%93-1969>. Acesso em: 2 dez. 2024.

¹⁴ Disponível em: <https://www.leiadrummond.com.br/cronologia>. Acesso em: 27 nov. 2024.

¹⁵ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 131.

Na cronologia divulgada no site mantido pela família do poeta, constam no ano de 1928, três importantes acontecimentos: o nascimento de sua filha Maria Julieta; a publicação do célebre poema “No meio do caminho” na Revista de Antropofagia, de São Paulo, “dando início à carreira escandalosa do poema”; e designação para o poeta atuar como “auxiliar na redação da Revista do Ensino, da Secretaria de Educação”.¹⁶

3 No Minas Gerais (Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais) – 1929; 1949/1953

No ano seguinte à estreia do poeta mineiro como funcionário público, Drummond passa a ocupar outras funções públicas, que vão ganhando maior relevância: ele se torna um dos principais responsáveis pelo Minas Gerais, nome dado à Imprensa Oficial do estado de mesmo nome. “Fundado em novembro de 1891, o periódico, responsável por legitimar os atos oficiais do estado, teve em sua equipe o poeta Carlos Drummond de Andrade, que, na década de 1930, foi redator e revisor do diário.”¹⁷

A propósito, registre-se que, no tocante aos postos de trabalho ocupados por Drummond no Minas Gerais (Imprensa Oficial mineira), as fontes consultadas trazem algumas imprecisões: auxiliar de redação, ajudante de redação, redator, revisor, editor chefe, são alguns dos cargos que são atribuídos ao poeta mineiro neste período. Para ilustrar esta observação, ressalte-se que até mesmo órgãos públicos afirmam que “no Diário Oficial já trabalharam figuras importantes do cenário nacional, como o poeta Carlos Drummond de Andrade, que foi redator e revisor do jornal durante a década de 1930”.¹⁸ Por sua vez, o biógrafo José Maria Cançado ressaltou: “ainda em 1929, Mário Casassanta faria de Drummond seu oficial de gabinete, e lhe ofereceria o cargo de ajudante de redação do Minas Gerais, a publicação oficial, e que tinha como diretores Abílio Machado e o futuro e folclórico político José Maria de Alecrim”.¹⁹

Assim, diante de tantas diferentes nomenclaturas de cargos públicos, adotaremos os dados que constam no site mantido pela família do autor, onde consta, na cronologia, que, em 1929, Drummond “passa a trabalhar no Minas Gerais, órgão oficial do estado, como auxiliar de redação e, pouco depois, redator”.²⁰

É nesta fonte confiável que também se constata que Drummond trabalhou no Minas Gerais (Imprensa Oficial mineira) não apenas na década de 1920, entre os anos de 1929 e 1930; mas também entre 1934 até sua ida ao Rio de Janeiro no mesmo ano, e entre os anos de 1949 e 1953:

¹⁶ Disponível em: <https://www.carlosdrummond.com.br/conteudos/visualizar/Cronologia/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

¹⁷ Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/exposicao-relembra-historia-do-diario-oficial-de-minas.htm/>. Acesso em: 26 nov. 2024.

¹⁸ Agência Minas. Disponível em: <https://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticia/diario-oficial-completa-132-anos-e-acervo-digitalizado-conta-a-historia-de-minas-gerais/>. Acesso em: 26 nov. 2024.

¹⁹ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 131.

²⁰ Disponível em: <https://www.carlosdrummond.com.br/conteudos/visualizar/Cronologia/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

- 1929 Deixa o Diário de Minas e passa a trabalhar no Minas Gerais, órgão oficial do estado, como auxiliar de redação e, pouco depois, redator.
- 1930 [...] Assume o cargo de auxiliar de gabinete de Cristiano Machado, secretário do Interior. Passa a oficial de gabinete quando seu amigo Gustavo Capanema assume o cargo.
[...]
- 1934 Volta às redações: Minas Gerais, Estado de Minas, Diário da Tarde, simultaneamente [...]. Transfere-se para o Rio de Janeiro como chefe de gabinete de Gustavo Capanema, novo ministro da Educação e Saúde Pública.
[...]
- 1949 Volta a escrever no Minas Gerais [...]
[...]
- 1953 Exonera-se do cargo de redator do Minas Gerais ao ser estabilizada sua situação de funcionário da DPHAN [...].²¹

Ressalte-se que grandes nomes da literatura nacional, como Graciliano Ramos, Machado de Assis e Carlos Drummond de Andrade, trabalharam em órgãos da Imprensa Oficial. Enquanto Graciliano foi Diretor da Imprensa Oficial alagoana (1930/1931); Machado foi Tipógrafo (1856-1858) e Ajudante do Diário Oficial (1867/1873) na Imprensa Nacional. Mas qual experiência tinha Drummond com jornais?

Desde 1921, Carlos Drummond de Andrade, então com 18 anos, já iniciava sua carreira jornalística, tendo publicado seis artigos no Jornal de Minas. A partir daí:

[...] decidiu tentar a sorte no Diário de Minas, que tinha então muito mais prestígio. Sua primeira colaboração para o veículo foi um artigo sobre Tântalos, livro de contos do alagoano Luís de Araújo Moraes. Cinco anos depois, em 1926, foi convidado para trabalhar no jornal, como redator. Com a demissão de um superior, virou editor-chefe do jornal, até o seu fim. Uma das principais mudanças que Drummond implementou no Diário de Minas foi dedicar uma de suas quatro páginas diárias à produção literária da época, com destaque para o modernismo.²²

Sobre o período em que Drummond chefiava o jornal *Diário de Minas* (que o credenciou para ser designado para a Imprensa Oficial mineira), Afonso Arinos de Melo Franco ressaltou:

O grande, o altíssimo poeta, servia como redator-chefe do PRM, o velho Diário de Minas, que parecia uma espécie de mensagem espírita. Digo isso porque era ainda composto sem linotipos nem rotativa: ninguém, ou, quase ninguém, o lia, e tinha, contudo, influência política. Carlos Drummond de Andrade dominava soberanamente a redação. João Alphonsus e eu obedecíamos docilmente às ordens e instruções. Carlos, com aquele senso de organização e aquela eficiência burocrática que se tornaram conhecidos no Ministério da Educação, distribuía tarefas, fiscalizava horários, tomava a sério a sua função, o que nos obrigava a fazer o mesmo com as nossas.²³

²¹ Disponível em: <https://www.carlosdrummond.com.br/conteudos/visualizar/Cronologia/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

²² Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Di%C3%A1rio_de_Minas. Acesso em: 2 dez. 2024.

²³ Crônica Brasileira. Disponível em: <https://cronicabrasileira.org.br/cronicas/14708/e-agora-drummond/>. Acesso em: 26 nov. 2024.

Assim, vê-se que a indicação de Drummond para atuar como revisor do Minas Gerais, diário oficial do Estado natal do poeta, não se tratou de um mero ato de amizade. Todos já reconheciam em Drummond o talento e a capacidade de assumir missões, que, a cada momento, passavam a se tornar mais complexas.

4 Na Secretaria de Interior de Minas Gerais – 1930

A continuidade da carreira administrativa de Drummond mais uma vez contaria com a ajuda de amigos. Com o passar do tempo, o poeta assumiria funções que lhe passaram a demanda mais responsabilidades e mais tempo, situação que incomodou o poeta: “no início de 1930, Drummond passou a auxiliar de gabinete do secretário do Interior, Cristiano Machado. Ao fim de dois anos de corredores, salas, gabinetes e burocracia de modo geral, Drummond confessava em carga a Manuel Bandeira que “há quase dois anos” **não tinha um** “dia feliz, ou pelo menos sossegado”.²⁴

Em maio de 1933, Cristiano Machado conquistou uma cadeira na Assembleia Nacional Constituinte. Sua saída do cargo de secretário do Interior do Estado de Minas Gerais em nada afetou a posição ocupada por Drummond, uma vez que quem passou a ser o novo secretário foi seu também amigo Gustavo Capanema. Na cronologia divulgada no site Carlos Drummond de Andrade, vê-se:

1930 Assume o cargo de auxiliar de gabinete de Cristiano Machado, secretário do Interior. Passa a oficial de gabinete quando seu amigo Gustavo Capanema assume o cargo²⁵

Em relação à vida pública, Drummond sempre fez questão de dizer que sempre atuou como um auxiliar, em questões de natureza técnica, e não como político:

“Eu cumpria ordens”. Mesmo que a sua condição de chefe de gabinete do secretário de Interior e Justiça de Minas Gerais, Cristiano Machado (então à frente da força militar sublevada contra as tropas do governo federal), o jogasse no coração dos acontecimentos, a sua posição sempre foi um pouco subalterna. Sua função no comando revolucionário era redigir telegramas, esboçar comunicados a serem assinados pelos líderes revoltosos.²⁶

E o que exatamente fazia Drummond neste cargo público de auxiliar de gabinete? O próprio poeta responde: “Escrevia cartas, discursos para serem lidos por autoridades, entrevistas, artigos de jornal, editoriais, sueltos, sem assinatura, com pseudônimos ou coma assinatura dos figurões do PRM”.²⁷ Como se vê, na literatura, no jornalismo e no serviço público, a atuação profissional de Drummond sempre girou em torno da palavra escrita, e ele a utilizava com um talento raro.

²⁴ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 133.

²⁵ Disponível em: <https://www.carlosdrummond.com.br/conteudos/visualizar/Cronologia/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

²⁶ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 142.

²⁷ BOMENY, Helena. Infidelidades eletivas: intelectuais e política. In: BOMENY, Helena (org.). *Constelação Capanema: intelectuais e políticas I*. Rio de Janeiro: FGY, 2001. p. 25.

5 No Governo do Estado de Minas Gerais – 1933

A lealdade de Drummond a Capanema começou a ser realçada em 1933. Neste ano, se Drummond já era oficial de gabinete do Secretário do Interior Gustavo Capanema, quando este foi nomeado por Getúlio Vargas como Interventor Federal no Estado de Minas Gerais, em caráter provisório, o poeta o acompanhou, auxiliando-o na Chefia do Poder Executivo Estadual durante três meses e dez dias:

Olegário Maciel faleceu no dia 5 de setembro de 1933. Com sua morte, Capanema assumiu interinamente o cargo de interventor federal em Minas, postulando de imediato sua efetivação. Logo em seguida, Virgílio de Melo Franco lançou-se também na disputa sucessória, retirando sua candidatura à presidência da Constituinte. A sucessão mineira não mobilizou apenas as forças políticas do estado, mas também líderes de reconhecida projeção nacional, representantes de diferentes facções do governo provisório [...]. Em 4 de dezembro, após se avistarem com Vargas no Rio de Janeiro, Capanema e Virgílio resolveram finalmente encerrar a disputa, comprometendo-se a aceitar a decisão presidencial desde que a escolha recaísse sobre um deles. No dia 12, após entendimentos mantidos com Antônio Carlos, Vargas deu uma solução inteiramente inesperada ao caso, nomeando interventor Benedito Valadares, deputado mineiro à Constituinte de expressão política muito inferior à dos principais postulantes ao governo estadual. Com essa nomeação, porém, Vargas não só garantiu a presença à frente do governo de Minas de um chefe sem muitas vinculações e influência entre as forças regionais, reservando-se assim a possibilidade de controlar a maior bancada estadual da Constituinte, como também conseguiu neutralizar a força de dois políticos de grande prestígio nacional: Flores da Cunha e Osvaldo Aranha. Inconformados com a escolha de Valadares, Aranha e Afrânio de Melo Franco demitiram-se do ministério, abrindo uma grave crise no interior do governo provisório. Enquanto isso, Capanema transmitiu o cargo a Benedito Valadares no dia 15 de dezembro, sem atender aos apelos em favor da resistência feitos por Virgílio de Melo Franco.²⁸

Estes fatos estão presentes na cronologia divulgada no sítio eletrônico oficial de Carlos Drummond de Andrade: “1933 - Acompanha Gustavo Capanema durante os três meses em que este foi interventor federal em Minas”.²⁹

Perceba-se que o verbo utilizado na informação dada na cronologia do poeta é acompanhar. De fato, foi isto que aconteceu entre Drummond e Capanema: o primeiro acompanhou o último em três diferentes experiências administrativas, no caso, na Secretaria de Estado do Interior, no Governo de Minas Gerais e no Ministério da Educação e Saúde Pública. Conforme apontam os estudiosos, o estilo de um complementava o do outro:

Elites tendem a gerar seus intelectuais, e Minas Gerais não seria exceção. São as elites que têm recursos para mandar seus filhos às melhores escolas, dar-lhes familiaridade com diversas línguas, abrir-lhes o mundo dos livros e das idéias. Ao mesmo tempo, os homens de elite tendem a viver muito, a manter suas posições de poder até a velhice, e,

²⁸ Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/CAPANEMA,%20Gustavo.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2024.

²⁹ Disponível em: <https://www.carlosdrummond.com.br/conteudos/visualizar/Cronologia/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

desta forma, costumam a passar para os mais jovens suas posições. Nem todos os intelectuais, evidentemente, têm esta origem, mas este parece ter sido o caso do grupo dos jovens que, na década de 20, agitavam as ruas de Belo Horizonte com suas estrepolias, acompanhavam como podiam os modismos intelectuais do Rio e São Paulo e se preparavam, uns para a vida política, outros, principalmente, para a vida contemplativa. Basta ler as memórias de Pedro Nava para reconhecermos a intensidade destas experiências e as marcas profundas que elas deixaram na vida de seus protagonistas. Basta listarmos alguns dos nomes das rodas intelectuais de então - Abgar Renault, Pedro Aleixo, Gustavo Capanema, Emílio Moura, Carlos Drummond de Andrade, Milton Campos, João Pinheiro Filho, João Alfonsus, Mário Casassanta - para percebermos que também eles deixaram suas próprias marcas na vida de seu estado e de seu país. Dentre estes, dois teriam papéis profundamente distintos, mas igualmente importantes. Carlos Drummond de Andrade desenvolveria uma obra poética e literária da melhor qualidade, até chegar à posição isolada que hoje ocupa como figura central de nossas letras. Gustavo Capanema entraria com força na vida política aos 30 anos, como Secretário do Interior do governo Olegário Maciel, e dela não mais sairia. O que nem todos se recordam é que, durante a maior parte destes anos, Drummond foi seu chefe-de-gabinete, o intermediário eficiente, discreto e silencioso entre o político Capanema e tantos que dele dependiam ou a ele se dirigiam. Refazer o lado pessoal e mais profundo do relacionamento entre estes dois homens igualmente reservados, inteligentes e vitoriosos em suas respectivas carreiras exigiria muito mais do que poderíamos pretender. Basta dizer que os dois, de alguma forma, se complementavam. Capanema, homem de grande cultura humanística e pretensões intelectuais, se dedica inteiramente à política, sem uma obra intelectual própria que ultrapasse os limites do que seus diversos cargos exigiam; Drummond, mais do que simples funcionário público, teria tido condições de uma carreira política própria, que prefere, no entanto, não realizar, em benefício de sua obra literária. É como se Capanema fizesse a política de Drummond, e este realizasse as ambições intelectuais do chefe e amigo. Drummond e Capanema parecem haver assim, na prática, resolvido a questão do relacionamento sempre difícil entre o intelectual e o poder, através de uma dissociação na qual cada um assumia de forma exclusiva um dos papéis. Se Drummond renunciava de bom grado ao poder, no entanto, Capanema jamais renunciou explicitamente à sua condição de intelectual, que mantinha pela preocupação com questões relativas à educação e cultura, com a amizade pessoal que cultivava com escritores, pintores e artistas em geral, e com o hábito de estudo e leitura. Ele procura ser, sempre, um intelectual no poder. A grande pergunta é como ele consegue, ou não, combinar as duas coisas dentro de si mesmo.³⁰

6 No Ministério da Educação e Saúde Pública – 1934/1945

A carreira de Carlos Drummond de Andrade no serviço público passaria por mais uma mudança, desta vez, ainda mais profunda, o que exigiu que o poeta e sua família passassem a residir em outra cidade, o Rio de Janeiro, capital federal.

A propósito, a relação entre Drummond e o Rio de Janeiro foi intensa, tanto que nunca mais deixou de lá viver, tendo permanecido na Cidade Maravilhosa por nada menos que cinquenta e três anos:

³⁰ SCHWARTZMAN, Simon. O Intelectual e o Poder: A Carreira Política de Gustavo Capanema, publicado em Centro de Pesquisas e Documentação em História Contemporânea do Brasil (CPDOC). Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1983.

Drummond se mudou para o Rio de Janeiro em 1934 e nesta cidade viveria até o final da vida e trabalharia como funcionário público até se aposentar. Primeiro como chefe de gabinete de seu amigo Gustavo Capanema, novo Ministro de Educação e Saúde Pública. Neste cargo, como homem de confiança do ministro, acompanhou ativamente as etapas do concurso para a construção do edifício modernista onde passaria a ser sediado o MEC na década de 1940 (atual Palácio Capanema). E, posteriormente, de 1945 a 1962, com Rodrigo de Melo Franco no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, atual Iphan.³¹

A decisão de deixar Belo Horizonte não foi tão simples para Drummond, que além de casado e com uma filha de seis anos para criar, ansiava ainda por uma maior projeção no campo literário. Neste contexto:

O convite não caiu com uma luva para o poeta. Mesmo com a chance de sair da situação em que vivia, apertado, num regime de economia doméstica estreitíssima de funcionário público, aquilo não refrescava em nada. Com 32 anos e, como escreveria na época, “sem nenhum problema resolvido, sequer colocado”, ele estava agora obrigado a escolher³²

Apesar das dificuldades inerentes à escolha, Drummond disse “sim” à mudança para o Rio de Janeiro, o que seria um passo fundamental em sua vida pessoal, em sua literatura, em sua atuação jornalística e em sua carreira no serviço público.

Ademais, Drummond, um dos mais mineiros dos poetas, também passaria a estar associado definitivamente ao Rio de Janeiro: “é quase impossível encontrar alguém no Rio que não tenha visto um dia a figura burocrática, funcionária e, ao mesmo tempo, mítica de Drummond passando pelo Castelo no Rio de Janeiro”.³³ E os cariocas (e brasileiros de todas as regiões) continuariam a ver o poeta na paisagem do Rio mesmo após sua morte, com a inauguração da estátua de bronze do poeta em 2002, instalada no calçadão da orla de Copacabana.

Depois de ter trabalhado com Gustavo Capanema na Secretaria de Interior e Justiça de Minas Gerais e no Governo mineiro, Drummond recebeu o convite para acompanhar seu amigo em uma nova missão, quando Getúlio Vargas nomeou Capanema como Ministro de Educação e Saúde Pública. Sim, o leitor não leu errado: o Ministério em questão abrangia tanto a Pasta da Educação, como a da Saúde. Sobre a história do superministério:

O Ministério da Educação foi criado em 1930, logo após a chegada de Getúlio Vargas ao poder. Com o nome de Ministério da Educação e Saúde Pública, a instituição desenvolvia atividades pertinentes a vários ministérios, como saúde, esporte, educação e meio ambiente. [...] Até 1953, foi Ministério da Educação e Saúde. Com a autonomia dada à área da saúde, surge o Ministério da Educação e Cultura, com a sigla MEC.³⁴

³¹ Disponível em: <https://bndigital.bn.gov.br/artigos/literatura-carlos-drummond-de-andrade-um-poeta-mineiro-de-rara-sensibilidade/>. Acesso em: 6 dez. 2024.

³² CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 150.

³³ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 221.

³⁴ Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/conaes-comissao-nacional-de-avaliacao-da-educacao-superior/97-conhecaomec-1447013193/omec-1749236901/2-historia>. Acesso em: 7 dez. 2024.

Se a atuação de Drummond nos cargos públicos da Administração mineira pouco foi notada ou comentada pelos historiadores e biógrafos, isto não se pode dizer em relação ao desempenho do poeta como Chefe de Gabinete do Ministro da Educação e Saúde Pública. Isto porque a dupla de amigos, que permaneceria junta por onze anos (1934-1945), promoveu uma série de iniciativas administrativas de impacto nas duas principais áreas sociais do país:

Durante o período em que estiveram à frente do Ministério da Educação foram inúmeras as alterações realizadas na estrutura da cultura e da educação no País. Capanema foi o Ministro que mais tempo permaneceu à frente de uma única pasta do Governo brasileiro – 11 anos. Candido (1987, p. 181) faz uma análise do que significou esse período para a história da cultura brasileira: “Quem viveu nos anos 30 sabe qual foi a atmosfera de fervor que os caracterizou no plano da cultura, sem falar de outros. O movimento de outubro não foi um começo absoluto nem uma causa primeira e mecânica, porque na história não há dessas coisas. Mas foi um eixo e um catalisador: um eixo em torno do qual girou de certo modo a cultura brasileira, catalisando elementos dispersos para dispô-los numa configuração nova. Neste sentido foi um marco histórico, daqueles que fazem sentir vivamente que houve um “antes” diferente de um “depois”. Em grande parte, porque gerou um movimento de unificação cultural, projetando na escala da nação fatos que antes ocorriam no âmbito das regiões”. Na área da cultura, entre outras:

- 1936 Funda o Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN). Indica Rodrigo de Mello Franco de Andrade como diretor.
- 1937 Cria o Instituto Nacional do Livro. Nomeia Augusto Meyer para Diretor.
Cria a Universidade do Brasil (antiga Universidade do Rio de Janeiro).
Cria o Serviço Nacional de Teatro.
Cria o Serviço de Radiodifusão Educativa. Apoiado por Roquete Pinto.
Cria o Instituto Nacional do Cinema Educativo. Apoiado por Humberto Mauro.
- 1938 Cria o Museu da Inconfidência em Ouro Preto.
- 1941 Cria o Conselho Nacional de Desportos.
- 1942 Cria o Conservatório Nacional de Canto Orfeônico. Nomeia Villa-Lobo para a Direção.
- 1945 Cria o Museu do Ouro em Sabará (MG)

Na Educação, entre outros:

- 1938 Funda o Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos (INEP). Nomeia Lourenço Filho para a Direção
- 1942 Nacionaliza cerca de 2000 escolas em núcleos de colonização no Sul do País.
Cria o Fundo Nacional do Ensino Primário.
Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI).
Organiza o ensino industrial (Decreto-lei n. 4.048, de 22 de janeiro de 1942).
Organiza o ensino secundário (Decreto-lei n. 4.244 de 9 de abril de 1942).
- 1943 Assina o acordo da Convenção Ortográfica com Portugal.
Reforma o ensino comercial (Decreto-lei n. 6.141, de 28 de dezembro de 1943).

Houve também reformas gestadas no período Capanema e efetivadas após a sua saída do Ministério:

Decreto-lei n. 8.529, de 02 de janeiro de 1946, que organizou o ensino primário a nível nacional;

Decreto-lei 8.530, de 02 de janeiro de 1946, que organizou o ensino normal;

Decretos-lei n. 8.621 e 8.622, de 10 de janeiro de 1946, que criaram o SENAC;

Decreto-lei n. 9.613 de 20 de agosto de 1946, que organizou o ensino agrícola.

Essas medidas lançaram as bases sobre as quais puderam se desenvolver ações culturais e uma nova estrutura educacional no País. A partir delas, havia algo para ser avaliado, discutido, aprimorado e principalmente gerido.

Os números de alunos nos diversos níveis escolares também sofreram evolução no longo período de Capanema à frente do Ministério, com destaque para o ensino secundário. Em 1933 havia 417 cursos no país; em 1945 esse número saltara para 1.282. Em número de alunos: 66.420 para 256.664.³⁵

Alguns episódios ocorridos durante a gestão de Capanema no Ministério da Educação e Saúde Pública demonstram a relevância de Carlos Drummond de Andrade na tomada de decisões do órgão:

O primeiro grande projeto de Gustavo Capanema seria, para dar visibilidade à questão da educação e da saúde no Brasil, criar um espaço arquitetônico que se impusesse nacionalmente, abrindo em seu interior o que de melhor houvesse na produção artística brasileira. Surgirá, assim, o projeto do prédio do MEC, no centro do Rio, que, ao ser concluído, transforma-se no principal ícone do modernismo em cenário que até então lhe fora resistente. Dois momentos do longo processo de construção do prédio-monumento exemplificam a importância que teve o chefe-de-gabinete. A primeira é quando da decisão sobre que proposta arquitetônica escolher. Capanema instituiu um concurso de anteprojetos de que saiu vitorioso um trabalho de inspiração art déco, apresentado por Arquimedes Memória. O ministro, cercado por uma plêiade de assessores modernistas, teria ficado “desolado com o resultado do concurso”. A conselho de Drummond, e percebendo que o concurso previa prêmio, mas não o vinculava à construção, decide-se por chamar Lúcio Costa para criar o prédio. Drummond, recorrendo inclusive aos conselhos de Mário de Andrade, é a maior influência sobre o “gosto” de Capanema. Lúcio Costa convence então o ministro, que convence Getúlio Vargas, a trazer ao Brasil o arquiteto Le Corbusier. É do traço rápido do pioneiro da arquitetura modernista na Europa que sai a idéia que será desenvolvida pela equipe, liderada por Lúcio Costa e completada por Oscar Niemeyer, Jorge Moreira, Afonso Reidy, Carlos Leão e Ernani Vasconcelos. A segunda influência decisiva vai acontecer ao final da construção. Para a frente do prédio, Capanema desejava algo de grandioso e, como ninguém passa impune pelos regimes autoritários, pretendia colocar na entrada do prédio imensa escultura de cunho nacionalista: o “Homem Brasileiro”. Mas o que é o homem brasileiro? Que cara, altura, porte teria? Novamente Drummond interfere. Depois de consultas a antropólogos e outros estudiosos incumbidos de definir teoricamente como seria o tal “homem brasileiro”, Capanema encomenda a grande estátua a Celso Antônio. Capanema quer um homem de perfil ariano. Celso acredita dever criar um mestiço sentado. Roquette-Pinto escreve ao ministro dizendo que jamais o homem brasileiro poderia ser representado sentado, mas sim em movimento. Diante do impasse, Drummond suspende o trabalho. Tenta-se Ernesto de Fiori. Também não dá certo. Drummond pede a Mário de Andrade que consiga de Brecheret a criação do tal homem. Mário se reconhece incapaz de insistir na encomenda, e o artista, de criá-la. Enfim o edifício é inaugurado em

³⁵ CUNHA, Dênio Magno da. Gustavo Capanema, Abgar Renault e Drummond de Andrade: Centenário de Um Encontro. *Revista Gestão Universitária*. Disponível em: <http://gestaouniversitaria.com.br/artigos/gustavo-capanema-abgar-renault-e-drummond-de-andrade-centenario-de-um-encontro>. Acesso em: 2 dez. 2024.

1945 sem a estátua do “Homem Brasileiro”, impossível de ser representado. Na parte da frente do edifício, o conjunto “Monumento da Juventude”, de Bruno Giorgi, dá conta do recado.³⁶

Gustavo Capanema Filho (1900-1985), que foi o Ministro da Educação que mais tempo permaneceu à frente da Pasta até os dias de hoje (sua gestão foi entre 23 de julho de 1934 e 30 de outubro de 1945), foi um político mineiro que não apenas promoveu reformas essenciais à modernização da educação e da saúde pública no Brasil, como também inovou em vários aspectos, como na decisão de convidar para os quadros do serviço público brasileiros de grande envergadura intelectual.

Este grupo de intelectuais hoje em dia é conhecido como Constelação Capanema: “se já não é possível falar da educação e da cultura no Brasil sem fazer menção a Gustavo Capanema, ministro da Educação entre 1934 e 1945, tem sido igualmente impossível lembrar aquele ministério sem aludir aos intelectuais que compuseram a assim chamada constelação Capanema”³⁷. Sobre o citado grupo:

Nas letras e nas artes plásticas, Capanema procurou colocar-se acima das disputas políticas e ideológicas que agitavam o país. Assessorado por seu chefe de gabinete, o poeta Carlos Drummond de Andrade, cercou-se de uma equipe diversificada, integrada, entre outros, por Mário de Andrade, Cândido Portinari, Manuel Bandeira, Heitor Villa-Lobos, Cecília Meireles, Lúcio Costa, Vinícius de Moraes, Afonso Arinos de Melo Franco e Rodrigo Melo Franco de Andrade.³⁸

Apesar da presença de tantos intelectuais, não se pode esquecer que Vargas era um ditador (pelo menos, a partir de 1937) e tal situação sempre foi cobrada a Drummond, que a esta altura, já era um poeta com nítida preocupação social e simpatizante do comunismo:

O que torna mais complexa a cena é que no mesmo período Drummond trabalhava como chefe de gabinete no Ministério da Educação e Saúde, e esta poesia militante foi produzida dentro de uma repartição pública que estava ligada ao governo ditatorial afinado com o fascismo e eminentemente anticomunista. Enquanto seus contemporâneos estrangeiros viviam literalmente nas trincheiras – Miguel Hernandez morreu na prisão logo após a Guerra Civil Espanhola – o mineiro estava à sombra do poder. Conforme observou Antônio Candido: ‘O chefe de gabinete do ministro da Educação viveu, no exercício das funções, a fase mais ativa de sua militância intelectual de poeta comprometido com ideias de esquerda’ (Candido, 1993, p. 23). O poeta sempre creditou sua permanência no cargo à fidelidade ao ministro Gustavo Capanema, seu amigo de infância. Uma explicação excessivamente simplista, mas da qual não iremos discordar. Por outro lado, para compreender como foi possível que uma ditadura claramente anticomunista mantivesse em seus quadros um poeta cujos versos eram inspirados por esta doutrina, é preciso entender a postura de Drummond e a natureza deste regime, proposta do presente trabalho.

³⁶ RESENDE, Beatriz. Um funcionário exemplar. *Folha de São Paulo*, out. 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2710200217.htm>. Acesso em: 26 nov. 2024.

³⁷ BOMENY, Helena. Infidelidades eletivas: intelectuais e política. In: BOMENY, Helena (org.). *Constelação Capanema: intelectuais e políticas I*. Rio de Janeiro: FGY, 2001. p. 15.

³⁸ Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/CAPANEMA,%20Gustavo.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2024.

Segundo Candido, ‘os governos são mais ou menos elásticos quanto à liberdade de pensamento dos funcionários, de acordo com uma equação instável na qual se equilibram os seus interesses de segurança e a necessidade de recrutar quadros burocráticos capazes’ (Candido, 1993, p. 24).³⁹

Sobre a relação da intelectualidade progressista brasileira com o governo Vargas e com a gestão do Ministro Gustavo Capanema, com destaque para a situação de Drummond, convém registrar a opinião de Dênis de Moraes, principal biógrafo de Graciliano Ramos:

A ampla maioria dos intelectuais integrava-se à máquina estatal sem qualquer prerrogativa de definir políticas públicas, nem formulavam os discursos do regime. ‘Ninguém defendia o Estado Novo; eram colaborações literárias, crônicas, resenhas’, atestou o jornalista Joel Silveira. Com sabedoria, Antonio Candido separou os intelectuais que ‘servem’ dos que ‘se vendem’, para que não surjam juízos apressados sobre casos distintos de atuação na órbita do poder: ‘Conviria acentuar mais que um Carlos Drummond de Andrade ‘serviu’ o Estado Novo como funcionário que já era antes dele, mas não alienou por isso a menor parcela da sua dignidade ou autonomia mental. Tanto assim que as suas ideias contrárias eram patentes e foi como membro do gabinete do ministro Capanema que publicou os versos políticos revolucionários de Sentimento do mundo e compôs os de A rosa do povo. [...] Outros que nem vale a pena nomear, para poderem repousar com menos infelicidade no seio de Deus, eram pura e simplesmente vendidos, sem alma nem fé’. Não se deve menosprezar a ambiguidade do próprio governo. Se desejasse dissolver os grupos esquerdistas e liberais que gravitavam em torno do ministro Gustavo Capanema, bastaria a Getúlio Vargas consultar os fichários da polícia política para exonerar toda a assessoria do MEC. Óbvio que lhe interessava uma aproximação tática com a intelectualidade progressista. De uma forma ou de outra neutralizava diatribes e garantia maior legitimidade às ações governamentais no campo cultural. A convivência dos contrários era facilitada pelo clima de abertura proporcionado por Gustavo Capanema: o acesso a seu gabinete prescindia de atestado ideológico.⁴⁰

Carlos Drummond de Andrade passaria toda a vida tendo que dar explicações sobre sua relação com o regime ditatorial de Getúlio Vargas. Neste sentido, já se afirmou que “poucos despertaram tanta indagação (e foram tão instados a “explicar-se”) sobre a aproximação com o regime autoritário quanto o poeta Carlos Drummond de Andrade, a ponto de não se poder fazer menção ao mais notório ministério do regime Vargas sem a lembrança inconfundível do fiel e permanente chefe de gabinete do ministro Capanema ao longo dos 11 anos em que permaneceu no cargo”.⁴¹

Todavia, há vários episódios que demonstram como Drummond, mesmo inserido em um contexto administrativo marcado por um governo ditatorial, procurava atuar em prol de valores humanistas. Uma destas situações aconteceu quando o escritor Graciliano Ramos foi libertado da prisão política de Vargas e se encontrava em grave

³⁹ BORTOLOTTI, Marco Marcelo. Drummond nos tempos de Capanema. *Revista Terceira Margem*, v. 25, n. 46, 2021. p. 260. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/tm/article/view/35246/23594>. Acesso em: 6 dez. 2024.

⁴⁰ MORAES, Dênis de. Graciliano Ramos – a lição ético-política. *A terra é redonda*, out. 2022. Disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/graciliano-ramos-a-licao-etico-politica/>. Acesso em: 6 dez. 2024.

⁴¹ BOMENY, Helena. Infidelidades eletivas: intelectuais e política. In: BOMENY, Helena (org.). *Constelação Capanema: intelectuais e políticas I*. Rio de Janeiro: FGY, 2001. p. 21.

dificuldade financeira. Foi o poeta mineiro que lhe conseguiu um emprego público no próprio Ministério da Educação: “um anjo da guarda lhe estendeu a mão. Sabendo dos problemas, Carlos Drummond de Andrade conseguiu com Capanema a sua nomeação para inspetor de estabelecimentos de ensino secundário do Distrito Federal”.⁴²

Longe de sua terra natal e com uma numerosa família para alimentar (o escritor alagoano tinha oito filhos), Graciliano Ramos acabou aceitando o emprego,⁴³ mas, em carta à sua esposa Heloísa, registrou o mal-estar que sentia em conviver com seus algozes, e sobre o encontro casual com Capanema, no elevador do Ministério da Educação, comentou: “Zé Lins acha excelente a nossa desorganização, que pode mandar para a Colônia o sujeito que falou com o ministro”.⁴⁴

Em outro episódio que demonstra como Drummond sentia repulsa pelos comportamentos autoritários, ele apresentou um pedido de demissão, prontamente negado por Capanema, quando se recusou a assistir à conferência de Alceu Amoroso Lima contra o comunismo.

Também convém destacar que Carlos Drummond de Andrade era um servidor extremamente eficiente e útil às causas que acreditava:

Drummond era um monstro de correção e rigor burocrático, tornando-se responsável por quase toda a condução administrativa do ministério, levando-o a assumir funções quase impensáveis, como por exemplo ter se haver com o problema então meio catastrófico da falta d’água no Rio (o ministério abrangia educação, saúde e abastecimento de água).⁴⁵

Para o leitor ter uma ideia de como o poeta mineiro era dinâmico e influente em sua atuação burocrática, em 1945, quando da morte de seu amigo Mário de Andrade, “incumbido de arrumar um avião do governo que pudesse levar alguns amigos cariocas para o enterro em São Paulo, Drummond passa o dia entre contatos com o gabinete da Presidência e o Ministério da Aeronáutica”.⁴⁶

Ademais, tem razão Simon Schwartzman quando, ao comentar a participação de Carlos Drummond de Andrade no Estado Novo, afirma que “explicar a presença incômoda de Drummond neste ministério por simples razões de amizade, ou dizer que sua atuação foi simplesmente burocrática e administrativa, é fazer pouco de sua inteligência e seus valores”.⁴⁷

Deve ainda ser lembrado que “Drummond não exerceu apenas a chefia do gabinete de Capanema, mas também foi por este nomeado a outros cargos de igual relevância,

⁴² MORAES, Dênis de. *O Velho Graça*. Uma biografia de Graciliano Ramos. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012. p. 171.

⁴³ Vide CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Graciliano Ramos e a administração pública*. Comentários a seus relatórios de gestão à luz do Direito Administrativo moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁴⁴ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 159.

⁴⁵ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 159.

⁴⁶ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 193.

⁴⁷ SCHWARTZMAN, Simon. A transição mineira. In: IGLESIAS, Francisco. *História, política e mineiridade em Drummond*. Rio de Janeiro: Fundação Cultural Banco do Brasil, 1990. p. 2.

como a direção do Departamento Nacional de Educação. Enquanto esteve neste cargo, Drummond presidiu o Conselho Nacional de Educação”.⁴⁸

Apesar de discreto e reservado, é indiscutível a relevância das atividades administrativas exercidas por Drummond no âmbito do Ministério, o que pode ser aferida nas seguintes considerações:

A presença de Drummond é mais silenciosa, mas nem por isso mais alheia. Presença recatada, nas raras e sempre enviesadas aparições públicas, e silenciosa, na ausência de cartas – ‘a minha incurável incapacidade epistolar’. Mas a maneira como alguns missivistas se referem ao poeta chefe de gabinete nas cartas dirigidas ao ministro indica a intimidade, a naturalidade com que acabou se instalando naquela rotina de procedimentos na gestão política. Os intelectuais, arquitetos e literatos que escreviam a Capanema incluíam o ‘Carlos’ como uma extensão do ministro: ‘Apenas lhe peço para avisar por uma palavrinha sua ou a do Carlos...’ (Mário de Andrade); ‘peça ao Carlos que me explique o que você quer...’ (Mário de Andrade); ‘meu caro Capanema: um abraço para você, outro para o Carlos...’ (Gilberto Freire). Com destreza e quase espontaneidade, Drummond cumpria o trajeto da geração de oficiais-de-gabinete.⁴⁹

Se é possível afirmar que Drummond foi fundamental para a atuação do Ministério da Educação e Saúde Pública, também se pode dizer que suas atividades administrativas, que envolviam a redação de vários documentos oficiais (como despachos, minutas, cartas, portarias etc.), lhe foram úteis para desenvolvimento de sua escrita. Nesse sentido, “os tempos de ministério foram aqueles em que aprimorou seu talento de ‘escriba’”.⁵⁰

7 No Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – 1945/1962

Com a aproximação do fim do regime ditatorial de Vargas e a reabertura democrática, Drummond sentia que precisava vivenciar cada vez mais suas ideias políticas socialistas, parcialmente sufocadas, ao ter que integrar o Estado Novo. Parcialmente, porque se em sua poesia seu pensamento social e progressista já era manifestado, no campo administrativo, ainda era tolhido por razões funcionais. Assim, sua longa permanência como chefe de gabinete do Ministro Gustavo Capanema finalmente seria concluída:

No dia 14 de março Drummond entregaria sua carta de demissão a Gustavo Capanema. Com a volta da atividade política no país, Drummond não consegue mais esperar: o seu desejo de ‘militar’ contra o ditador (a expressão é dele próprio) desta vez é maior do que ele. Gustavo Capanema parece compreender: ele se despede do chefe de gabinete oferecendo-lhe um exemplar de Memórias póstumas de Brás Cubas, ilustrada com águas-fortes de Portinari.⁵¹

⁴⁸ RODRIGUES, Leandro Garcia. A Correspondência de Carlos Drummond de Andrade e Alceu Amoroso Lima. CDV, 2024. Disponível em: <https://centrodomvital.com.br/a-correspondencia-de-carlos-drummond-de-andrade-e-alceu-amoroso-lima/>. Acesso em: 8 dez. 2024.

⁴⁹ BOMENY, Helena. Infidelidades Eletivas: Intelectuais e Política. In: BOMENY, Helena (org.). *Constelação Capanema: Intelectuais e políticas*. Rio de Janeiro: FGV, 2001. p. 29.

⁵⁰ BOMENY, Helena. Infidelidades eletivas: intelectuais e política. In: BOMENY, Helena (org.). *Constelação Capanema: intelectuais e políticas I*. Rio de Janeiro: FGV, 2001. p. 24.

⁵¹ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 194.

Assim, Drummond deixa seu trabalho do Ministério da Educação e Saúde Pública para se dedicar ao jornalismo, à criação da União dos Trabalhadores Intelectuais (UTI), a conhecer o líder comunista Luís Carlos Prestes, a trabalhar em um jornal comunista. Esta última experiência (a partir de maio de 1945) não seria duradoura, frustrando o poeta:

Drummond continuava com ânimo para a luta. Em 1º de maio, aceitou o convite de Prestes para ser um dos diretores do recém-criado Tribuna Popular. Ele vestiu a camisa e, logo na edição de estreia, assinou um longo e laudatório artigo sobre Prestes. O poeta trabalhou por exatos 30 dias até começar a se sentir desconfortável na função. “Dos cinco diretores ostensivos, parece que somente dois o são de fato, mas não consigo estabelecer contato positivo com eles. Sem troca de ideias, sem orientação, as poucas coisas que redijo têm destino incerto”, anotou no diário.⁵²

Poucos meses após ter atendido ao convite de Luís Carlos Prestes e ter atuado como codiretor do diário comunista Tribuna Popular, Drummond se afasta do periódico “por discordar da orientação do jornal”.⁵³

Com o fim do Estado Novo, surge um novo convite para Drummond voltar à Administração Pública Federal. Mais uma vez, seus amigos reconheceriam sua importância, lealdade e eficiência. Agora, as figuras fundamentais são Rodrigo Melo Franco de Andrade e Mario de Andrade, responsáveis pelo Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN):

Em 1936, o ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema, aprovou o projeto de Mario de Andrade, que propôs a criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN). Mario dirigia o Departamento de Cultura da Prefeitura de São Paulo e indicou, ao ministro, o nome de Rodrigo Melo Franco de Andrade para a direção do SPHAN, que seria consolidado pelo Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937. Desde abril de 1936, estava sendo organizado o que seria SPHAN e elaborada a legislação para criação da instituição, por Rodrigo e Mario de Andrade.⁵⁴

Ainda sobre a atuação desta dupla de brasileiros abnegados pela causa da cultura e responsável pela criação do principal órgão de proteção ao patrimônio cultural no Brasil (atualmente chamado de IPHAN):

Mário de Andrade e Rodrigo Melo Franco de Andrade ficaram indissociavelmente ligados ao estabelecimento de um projeto de preservação do patrimônio histórico e artístico nacional. Em certo sentido, é possível aproximar a avaliação que os intelectuais formularam a respeito da arquitetura no Brasil de Capanema da avaliação que acabou prevalecendo sobre a construção de um órgão especial para cuidar do patrimônio, ambos os projetos ligados ao que ficou consagrado como iniciativas do Estado em favor da modernização do

⁵² BORTOLOTTI, Marcelo. Drummond e o Partido Comunista. *Blog IMS*, mar. 2013. Disponível em: <https://blogdoims.com.br/drummond-e-o-partido-comunista-por-marcelo-bortolotti/>. Acesso em: 7 dez. 2024.

⁵³ Disponível em: <https://www.carlosdrummond.com.br/conteudos/visualizar/Cronologia/>. Acesso em: 7 dez. 2024.

⁵⁴ *Vida e Obra: Rodrigo Melo Franco de Andrade (1898 – 1969)*. Instituto Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/481/vida-e-obra-rodrigo-melo-franco-de-andrade-1898-%E2%80%93-1969>. Acesso em: 2 dez. 2024.

país e da valorização da cultura nacional. Carlos Drummond deu suporte a todas as áreas envolvidas na política ministerial, mas ficou mais associado a esse grupo de intelectuais que se mobilizou nessas duas áreas mencionadas. Inclusive, concluídas as funções no ministério, Drummond permaneceu, até a aposentadoria, no Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Sphan).⁵⁵

Se Capanema foi responsável por uma “constelação” no Ministério da Educação e Saúde Pública, Rodrigo Melo Franco de Andrade não ficou atrás, já que durante os trinta anos em que comandou o SPHAN, contou com a colaboração de grandes nomes da intelectualidade brasileira:

Entre os inúmeros colaboradores diretos e indiretos de Rodrigo, na primeira fase da instituição, estão importantes nomes brasileiros, como Oscar Niemeyer, Luiz de Castro Faria, Sérgio Buarque de Holanda, Heloísa Alberto Torres, Vinícius de Moraes, Gilberto Freyre, Carlos Drummond de Andrade, Renato Soeiro e Lúcio Costa. Da equipe de profissionais - fiéis companheiros - destacam-se Lúcio Costa, Renato Soeiro, Carlos Drummond de Andrade, Lígia Martins Costa, Sílvio Vasconcelos, Augusto Carlos da Silva Teles, Alcides da Rocha Miranda, José de Sousa Reis, Edson Motta, Judith Martins, Paulo Thedim Barreto, Miran de Barros Latif, Luís Saia, Aírton Carvalho, Edgar Jacinto da Silva e outros. Durante 30 anos, na direção-geral do SPHAN, Rodrigo consolidou os ideais de proteção e preservação do patrimônio histórico e cultural brasileiro. Esteve à frente - de 1937 a 1967 - da instituição de proteção ao Patrimônio Cultural Brasileiro e, após a aposentadoria, em 1967, integrou o Conselho Consultivo do SPHAN, onde permaneceu até a sua morte, em 11 de maio de 1969.⁵⁶

O advogado, jornalista e escritor mineiro Rodrigo Melo Franco de Andrade (1898-1969) foi um dos grandes nomes do serviço público brasileiro de todos os tempos, tendo permanecido à frente do SPHAN entre 1939 e 1967:

Rodrigo Melo Franco de Andrade, que trocou a sua carreira e vocação de escritor pela criação de uma toda uma ética do funcionário público, era o homem, num meio vaporoso como o do serviço público, do *faça a coisa certa*. Esteve à frente do Patrimônio desde 1939, quando o órgão foi criado experimentalmente com o objetivo de proteger o acervo cultural e artístico nacional, então completamente desamparado. A vontade política tinha partido do próprio Rodrigo Melo Franco, que arrancou do Ministro da Educação, Gustavo Capanema, autorização para criar o *serviço de patrimônio histórico*. A inspiração, o espírito e a própria ideologia do órgão vieram de suas longas conversas com Mário de Andrade.⁵⁷

Em um primeiro momento, “Drummond foi responsável o responsável pela organização dos arquivos, organizando e indexando o material para facilitar as pesquisas e

⁵⁵ BOMENY, Helena. Infidelidades eletivas: intelectuais e política. In: BOMENY, Helena (org.). *Constelação Capanema: intelectuais e políticas*. Rio de Janeiro: FGY, 2001. p. 31.

⁵⁶ *Vida e Obra: Rodrigo Melo Franco de Andrade (1898 – 1969)*. Instituto Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/481/vida-e-obra-rodrigo-melo-franco-de-andrade-1898-%E2%80%93-1969>. Acesso em: 2 dez. 2024.

⁵⁷ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 223.

buscas por informações”.⁵⁸ Posteriormente, o poeta mineiro se torna chefe da Seção de História, na Divisão de Estudos e Tombamento do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN).

Na realidade, sobre a atuação de Carlos Drummond de Andrade no citado órgão, ele “era o terceiro ou o quarto na hierarquia do Patrimônio. Formalmente seu cargo era de chefe na Seção de História na Divisão de Estudos e Tombamento. Mas, na prática, ele foi durante quase vinte anos chefe do arquivo”.⁵⁹

A propósito, esta atividade de organização de arquivos já era realizada por Drummond em sua vida pessoal, já que o poeta colecionava cartas, fotos, documentos e recortes de reportagens divulgadas na imprensa. Sobre este hábito e o perfeccionismo do poeta, vê-se que tudo isto foi fundamental para a preservação da história brasileira:

É o mesmo tipo de organização que há no seu arquivo pessoal, hoje em poder do neto Pedro Augusto, no qual, em envelopes titulados, assinalados e catalogados com um capricho até fantasista (ou nomes escritos em capitulares e com lápis hidrocor), há como que as narrativas fotográficas da vida de uma pessoa – a de Maria Julieta é extensíssima –, de um lugar, de um autor etc. Da mesma forma, o arquivo do Patrimônio, milhares de envelopes com fotos, recortes de jornal, pareceres, artigos especializados, informações sobre uma igreja, um bairro, uma cidade, um artista, uma imagem, um engenho, é hoje praticamente a memória profunda da atividade de conservação do acervo histórico no Brasil.⁶⁰

Na crônica “Rendição de guarda”, escrita quando Rodrigo Melo Franco de Andrade deixou o comando do órgão, em 1967, o poeta fala da importância e das dificuldades do trabalho de guarda do patrimônio cultural nacional:

duas ou três mesas e cadeiras, um arquivo de aço, dinheiro nenhum, e muita coragem silenciosa para agir em termos nacionais, pesquisando, descobrindo, inventariando e recuperando o acervo disperso, oculto, desfigurado, em ruínas [...]. A DPHAN existe, e goza de conceito internacional, embora em alguma cidade no interior de Minas ou da Bahia o senhor prefeito Fulustruca dos Bigodes teime em desrespeitar a ação do Patrimônio.⁶¹

Drummond permaneceria na Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (DPHAN) até sua aposentadoria, em 1962. A carreira do poeta no serviço público, iniciada na década de 1920, chegaria à década de 1960.

Cabe ainda o registro de que Drummond atuaria na Rádio Ministério da Educação. Na cronologia disponível no site oficial do poeta, consta a seguinte informação: “1963 – Inicia o programa Cadeira de Balanço, na Rádio Ministério da Educação”.⁶² Em 1966,

⁵⁸ CARLOS Drummond de Andrade, “um poeta mineiro de rara sensibilidade”. *BN Digital Brasil*, 7 nov. 2020. Disponível em: <https://bndigital.bn.gov.br/artigos/literatura-carlos-drummond-de-andrade-um-poeta-mineiro-de-rara-sensibilidade/>. Acesso em: 7 dez. 2024.

⁵⁹ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 224.

⁶⁰ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 224.

⁶¹ ANDRADE, Carlos Drummond de. Rendição de guarda. *Correio da Manhã*, 28 jun. 1967. Disponível em: https://memoria.bn.gov.br/docreader/DocReader.aspx?bib=089842_07&pagfis=83449. Acesso em: 7 dez. 2024.

⁶² Disponível em: <https://www.carlosdrummond.com.br/conteudos/visualizar/Cronologia/>. Acesso em: 7 dez. 2024.

Drummond lançaria o seu terceiro livro de crônicas, que teve como título o nome do citado programa de rádio.

Sobre as razões que levaram Drummond a solicitar sua aposentadoria aos sessenta anos de idade, vemos mais um pouco da personalidade e do caráter do poeta:

Mais do que os 35 anos de serviço público, pesaram para a sua decisão de se aposentar algumas pequenas contrariedades surgidas quase todas de forma um pouco alucinada e autoritária com que Jânio Quadros se imiscuía na vida do funcionalismo federal. Drummond, que viera de uma outra época e de uma outra cultura do serviço público, tinha ficado inconformado, por exemplo, com o novo horário de trabalho dos servidores, que passara a ser de dois expedientes com duas horas para almoço. Vira na sua repartição a maioria dos funcionários, que morava em bairros distantes e também não tinha dinheiro para comer nos restaurantes, ficar vagando por suas horas pelo centro da cidade, com fome e sem ter o que fazer.⁶³

E qual a condição financeira que a aposentadoria no serviço público proporcionou a Drummond? A resposta pode ser encontrada no relato do biógrafo José Maria Cançado:

Outro convite, vindo de outra área, mas tão inesperado como a da embaixada americana, foi a feito a Drummond nessa época. Era o chamado convite e tanto: uma das diretorias da Light. Drummond recusou na hora: “Eles precisam é do meu nome”, mandou dizer. O salário de diretor da Light, que acabara de recusar, ele sabia, iria lhe trazer larguezas que a aposentadoria, a colaboração no Correio da Manhã e os pedidos eventuais de texto (os para a revista Mundo Ilustrado eram os mais frequentes) lhe vedavam completamente. Embora o novo apartamento para o qual tinham mudado fosse um daqueles padrão classe média da Zona Sul, não havia folga no cotidiano econômico do caso. Dava para o gasto.⁶⁴

Após a apresentação da trajetória de Drummond no serviço público, a partir do relato de seus contemporâneos, estudiosos e biógrafos, constatamos como o poeta mineiro tinha uma profunda relação com a administração pública, tendo se dedicado com zelo à burocracia estatal, o que nunca eclipsou sua obra literária (poesia e crônica). Ao contrário, ela foi muitas vezes inspirada pelas experiências administrativas de Drummond, o poeta funcionário público.

Referências

ANDRADE, Carlos Drummond de. Entrevista a Martins D'Álvarez. In: RIBEIRO, Larissa Pinho Alves (org.). *Encontros Carlos Drummond de Andrade*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2011.

ANDRADE, Carlos Drummond de. Canção funcionária mineira. *Arquivo Museu de Literatura Brasileira*, instalado em 1972 na Fundação Casa de Ruy Barbosa, Rio de Janeiro.

ANDRADE, Carlos Drummond. A Rotina e a Quimera (quase toda literatura brasileira é literatura de funcionários públicos). *Sibila Revista de Poesia e Cultura*, ano 24. Disponível em: <https://sibila.com.br/critica/a->

⁶³ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993. p. 283.

⁶⁴ CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo, Globo, 1993. p. 287.

rotina-e-a-quimera-quase-toda-literatura-brasileira-e-literatura-de-funcionarios-publicos/10677. Acesso em: 27 nov. 2024.

CANÇADO, José Maria. *Os sapatos de Orfeu*. Biografia de Carlos Drummond de Andrade. São Paulo: Globo, 1993.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Machado de Assis e a administração pública. O serviço público na vida e na obra machadiana*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

HOW the Civil Service became a hotbed of great Irish writing. Disponível em: <https://www.irishtimes.com/culture/books/how-the-civil-service-became-a-hotbed-of-great-irish-writing-1.3374347>. Acesso em: 11 jan. 2024. Tradução livre do autor.

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

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Poesia na burocracia: a trajetória de Carlos Drummond de Andrade na administração pública brasileira. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 119-140. ISBN 978-85-450-0925-2.

CINCO DÉCADAS DA CARTA DE EMBU: DA PROMOÇÃO À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE AOS POSSÍVEIS DESVIRTUAMENTOS

HARLEY DINIZ SOUSA DE CARVALHO

Professor no Centro Universitário Christus/Fortaleza (UNICHRISTUS).
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Sumário: 1 Introdução. 2 A Carta de Embu: Origem e Finalidade. 3 A função social da propriedade imobiliária urbana na ordem jurídica pós-1988: reflexos da Carta de Embu. 4 Solo criado na atualidade: possíveis desvirtuamentos. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Os cinquenta anos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo representam um momento oportuno para refletirmos sobre o desenvolvimento desse ramo especializado do Direito. É fato que o desenvolvimento do Direito Administrativo brasileiro, para além da atuação institucional e formal do Estado, está conectado com a produção doutrinária administrativa e os embates acadêmicos a ela relacionados. No entanto, sem uma instituição como o IBDA, esse debate seria acentuadamente fragmentado, perdendo-se as inúmeras vantagens do intercâmbio de ideias e teorias — muitas vezes contrapostas — e tornando o desenvolvimento do Direito Administrativo mais lento e excessivamente dependente da importação de teorias estrangeiras.

Para ajudar a expor uma das faces das mudanças passadas pelo direito administrativo nos último cinquenta anos, este trabalho abordará a evolução da função social da propriedade, em especial as disposições sobre o direito de construir e as limitações administrativas a ele envolvidas. Demonstra-se que o olhar contemporâneo sobre o direito de propriedade passou a ser gestado na década de 1970 e contou com a atuação firme e propositada de expoentes do direito administrativo nacional, em especial através do documento da Carta de Embu. O trabalho também ajudará a visualizar as conexões

entre o Direito Administrativo e outro ramo especializado: o Direito Urbanístico. Ver-se-á que, antes da consolidação da autonomia deste último, por meio de normas e doutrinas especializadas, alguns dos seus institutos centrais foram inicialmente gestados no Direito Administrativo brasileiro.

Estudos dessa natureza justificam-se em diversas perspectivas. Em primeiro lugar, contribuem para a memória da ciência jurídica administrativa, lançando luz sobre uma evolução histórica que, por sua gradualidade, pode passar despercebida. Em segundo lugar, enfatiza-se a capacidade de aprendizagem do direito administrativo para incorporar novas temáticas de um país que se urbanizou intensamente no século XX e demanda recursos e instrumentos jurídicos que viabilizem um planejamento urbano eficiente e eficaz. Por fim, enfatiza-se a persistência do desafio de promover a função social da propriedade, o que torna a discussão sempre atual e não apenas histórica. Essa temática impacta diretamente o bem-estar dos cidadãos e a preservação ambiental.

Como problemas motivadores do presente trabalho, propõe-se investigar: qual a contribuição da Carta de Embu para a discussão da Função Social da Propriedade? Quais especificidades se aplicam à função social da propriedade imobiliária? Quais desafios se apresentam para a aplicação do solo criado na atualidade?

O artigo, que se fundamenta em pesquisa qualitativa, será elaborado mediante procedimento de pesquisa bibliográfica, envolvendo análise da legislação, da produção científica nacional e documental. No que tange à legislação, dará prioridade à de cunho nacional, a fim de buscar resultados que possam ser comuns e subjacentes às diversas particularidades locais. Quanto à produção científica nacional, explorar-se-ão livros e artigos acadêmicos sobre a temática, com especial ênfase nos autores que contribuíram para a elaboração da Carta de Embu. A parte documental ficará a cargo da análise da Carta de Embu, documento fundamental para a compreensão da separação entre a propriedade do solo e o direito de construir.

A estrutura do artigo é a seguinte: a Seção 1 abordará a Carta de Embu, expondo seu conteúdo e motivações; a Seção 2 realizará uma análise teórica e jurisprudencial sobre o solo criado e a outorga onerosa do direito de construir; e, por fim, a Seção 3 examinará alguns estudos empíricos que avaliaram o impacto e a eficiência da aplicação da outorga onerosa do direito de construir, a fim de verificar se e onde foram promovidos efeitos distributivos.

2 A Carta de Embu: origem e finalidade

A Carta de Embu foi um documento técnico elaborado em 1976 que introduziu o conceito de solo criado. Esse conceito desempenhou um papel fundamental na distinção entre o direito de propriedade do solo e o direito de construir. Participaram da elaboração do documento juristas como Celso Antônio Bandeira de Mello, que compôs a primeira diretoria do IBDA, Eros Roberto Grau (responsável pela redação do estudo mais detalhado), José Afonso da Silva e Maria de Lourdes Cesarino de Costa. Ademais, a Carta evidencia a relevância do debate jurídico-científico, que, embora não constitua uma fonte formal do Direito, contribui significativamente para o amadurecimento e o desenvolvimento da ordem jurídica.

Sua elaboração foi encomendada pela Fundação Prefeito Faria Lima,¹ entidade administrativa vinculada ao Governo do Estado de São Paulo, e reflete um Brasil em transição de uma sociedade marcadamente rural para uma sociedade urbana. Essa mudança de contexto espacial apresentava novos problemas e desafios em cidades cada vez maiores, tanto em extensão territorial quanto em população.

Tradicionalmente, o Direito Civil brasileiro concebia a propriedade imobiliária de uma maneira unificada. Ou seja, ao direito de propriedade do solo estaria automaticamente associado o direito do proprietário de edificar e verticalizar, pois a propriedade compreenderia também o espaço aéreo subjacente. Essa ideia derivava do clássico brocardo segundo o qual o acessório segue o principal. O caráter automático dessa relação refletiu-se, inclusive, no fato de o Código Civil de 1916 não dispor autonomamente sobre o direito de construir, distinção que só foi incorporada pelo Código Civil de 2002.

Por outro lado, a Carta de Embu apresenta uma visão distinta da tradição civilista. Assim, do direito de propriedade não decorreria automaticamente o direito de construir acima do coeficiente básico.² Isso porque o exercício do direito de construir gera impactos acentuados no meio ambiente urbano, o que acarreta a existência de interesse público em regular a intensidade de seu exercício.

Segundo José Afonso da Silva a discussão sobre o solo criado somente ganha robustez com o desenvolvimento da tecnologia construtiva, que impulsionou a verticalização das cidades, permitindo construir de forma cada vez mais rápida e com menores custos.³ Se a verticalização imobiliária tivesse se mantido como um fenômeno raro ou excepcional, haveria pouco interesse em sua regulamentação.

Ainda com José Afonso da Silva⁴, é possível verificar que a elaboração da Carta de Embu ocorreu um ano após a aprovação da Lei n. 75-1.328, de 31 de dezembro de 1975, na França. Essa lei estabeleceu que o limite legal de densidade (equivalente ao nosso coeficiente de aproveitamento) em toda a França seria 1, enquanto em Paris seria 1,5. Acima dessa densidade, haveria interesse coletivo em subordinar a propriedade, sendo necessário o pagamento de uma contraprestação. Silva também pontua que essa lei foi constantemente flexibilizada até sua substituição, em 1986, quando a definição nacional do limite foi revogada e substituída pela faculdade das comunas de utilizar ou não o instrumento.

A Carta de Embu apresenta, ao final do documento, as conclusões do seminário que antecedeu sua elaboração e assinatura.

A primeira conclusão refere-se à constitucionalidade da definição de um coeficiente único básico para todo o município. Assim, se o coeficiente básico for 1, todos os proprietários poderão construir até esse limite sem a necessidade de pagamento de outorga. As diferenças surgiriam, no entanto, na definição do coeficiente máximo, ou seja, a capacidade máxima para edificar, ainda que mediante pagamento. Esse coeficiente deveria obedecer ao limite imposto pela infraestrutura.

¹ A fundação prefeito Faria Lima é uma entidade administrativa integrada ao governo do Estado de São Paulo. Esse detalhe é interessante em razão do solo criado ser um tema destacadamente municipal.

² Esse é um ponto importante, tendo em vista que, quando limitado ao coeficiente básico, o direito de construir é decorre da propriedade. Apenas quando excedente é que ocorrerá uma separação entre tais direitos.

³ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 255.

⁴ *Ibid.*, p. 259.

A segunda conclusão estabelece que o solo criado compreende a construção de qualquer área além do coeficiente básico, seja no espaço aéreo ou no subsolo.

A terceira conclusão determina que a contrapartida pelo solo criado deve incluir não apenas o pagamento de um preço público, mas também a transferência de áreas urbanas proporcionais ao solo criado para a municipalidade. Com essas áreas, o município poderia instalar equipamentos de serviços públicos, destinar terrenos para habitação de interesse social ou ampliar a infraestrutura viária.

Por fim, a quarta conclusão apresenta uma alternativa para os imóveis tombados. Sabe-se que o tombamento de um imóvel com valor histórico e cultural impacta, na maioria das vezes, sua utilidade econômica, devido às restrições de uso impostas. Assim, o tombamento representa uma limitação ainda mais severa ao direito de usar e construir no imóvel. Diante disso, a Carta de Embu propõe a possibilidade de realizar a chamada transferência do direito de construir. Esse mecanismo permite a alienação do potencial construtivo não utilizado para outro proprietário que deseje construir acima do coeficiente básico. O adquirente, por sua vez, não pagaria o preço da outorga ao Poder Público, mas ao proprietário do imóvel que alienou o direito de construir. Naturalmente, essa transferência ocorre apenas uma vez. Trata-se, portanto, de um instrumento que concilia o dever de preservação com o direito de obter utilidade econômica do imóvel.

Destaca-se que edificar implica a intensificação do uso de um imóvel para diversos fins (industriais, comerciais, residenciais, educacionais, entre outros). Essa intensificação gera reflexos sobre a infraestrutura urbana, tais como maiores demandas por esgotamento sanitário, redes de distribuição e fornecimento de energia elétrica, infraestrutura viária e serviços públicos. Assim, a decisão do proprietário de construir produz externalidades, que podem ser positivas (geração de emprego, renda e comodidade) ou negativas, afetando a infraestrutura urbana e os cidadãos.

Dessa forma, para controlar essas externalidades e garantir o exercício do direito de propriedade sem sobrecarregar excessivamente a infraestrutura urbana, a ideia de solo criado separa a propriedade do solo do direito de construir. Com a incidência do conceito de solo criado, o direito de construir passa a exigir uma outorga municipal.

Porém, como exatamente funciona o solo criado?

O proprietário do imóvel terá garantido, por lei municipal, um índice básico de construção. O montante construtivo que estiver dentro desse índice básico poderá ser edificado apenas com o licenciamento regular, sem a necessidade de pagamento de outorga. Contudo, caso haja interesse em construir acima do índice básico e até o limite do índice máximo, o proprietário deverá pagar uma outorga à municipalidade para viabilizar a edificação. Essa outorga, que possui natureza de preço público, funciona como uma contraprestação destinada a compensar o maior impacto urbanístico da construção.

A definição da natureza da outorga foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal em 2008. Na ocasião, julgou-se o Recurso Extraordinário 387.047-5/SC, interposto por uma construtora contra o município de Florianópolis. A relatoria do recurso coube ao ministro Eros Roberto Grau, um dos subscritores da Carta de Embu, em 1976. O ministro, em sua argumentação, indicou que a outorga onerosa é um pagamento que permite a construção acima dos limites básicos, afastando restrições. No entanto, o exercício do solo criado não constitui uma obrigação, mas sim uma faculdade do proprietário. Assim, por ser uma faculdade e não uma obrigação, não se configura a

compulsoriedade que caracteriza a obrigação tributária, mas apenas uma compensação à municipalidade pelo uso mais intenso da infraestrutura urbana. Sendo um preço público, não há impedimento para sua definição por parte do município. Além disso, a outorga integra as estratégias de promoção da função social da propriedade, sem possuir caráter meramente arrecadatório.⁵

Destaca-se, ainda, que o pagamento não pode implicar em construção ilimitada, pois o grau de verticalização depende da capacidade da infraestrutura de suportar a edificação e suas externalidades. Assim, a construção em uma zona urbana já saturada não deve ser incentivada, sob pena de agravar os problemas urbanos da região, como o aumento da poluição e os congestionamentos.

Dessa forma, a outorga não deve ser vista apenas como um instrumento de arrecadação, mas sim como uma ferramenta de planejamento e indução de comportamentos adequados por parte do mercado imobiliário e da construção civil.

Para melhor compreensão, vejamos um exemplo.

Considere que determinado proprietário possua um terreno de mil metros quadrados. Na região onde deseja construir, o índice básico de construção é 1, o que lhe autoriza, independentemente de outorgas, a edificação de mil metros quadrados. Todavia, caso deseje construir além desse limite, deverá pagar uma contrapartida ao município para que o maior impacto sobre a infraestrutura seja devidamente compensado.

Dado que é uma ferramenta de planejamento urbano, a outorga e os índices de construção devem ser definidos de acordo com a infraestrutura existente no local e as possibilidades de aprimoramento ou expansão. Assim, os índices tendem a ser mais permissivos em regiões com capacidade de adensamento e mais restritivos em áreas já sobrecarregadas⁶.

Sob nenhuma hipótese a finalidade arrecadatória do pagamento de preço público pode se sobrepor à finalidade de regulação do espaço urbano⁷, pois: em primeiro lugar, se a arrecadação for a principal finalidade, os instrumentos adequados a serem utilizados devem ser de natureza tributária, e não urbanística; em segundo lugar, a outorga pode ser encarada como um simples preço a ser pago para descumprir o planejamento urbano da cidade.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 387.047-5 Santa Catarina. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 6 mar. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524433>. Acesso em: 8 mar. 2025.

⁶ Note-se, portanto, que aqui se defende posição diversa dos autores da Carta de Embu, os quais defenderam a fixação de índice único em toda a cidade. Nas palavras de José Afonso da Silva: “Quando a legislação de uso e ocupação do solo fixa coeficientes variáveis, como têm que ser, para os vários terrenos edificáveis, isso gera desigualdade de tratamento entre seus proprietários, porquanto os que podem construir com coeficiente mais elevado têm seus terrenos mais valorizados”. *Ibid.* p. 256. Discorda-se, contudo, desse posicionamento, pois o estabelecimento de coeficientes diferenciados atende à capacidade de adensamento, sendo que regiões subutilizadas precisam ter a ocupação estimulada. Enquanto os autores da Carta de Embu admitiam que a diferenciação deveria ocorrer apenas no que se refere ao coeficiente máximo, aqui se entende que ela pode ser aplicada já no coeficiente básico. Sobre a questão, o Estatuto da Cidade preferiu admitir as duas possibilidades. Segundo o artigo 28, parágrafo 2º, o plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

⁷ José Afonso da Silva relata que, já ao tempo dos debates, houve divisão dos intérpretes do solo criado entre urbanistas e financistas. Os primeiros centrados na regulação do uso do solo, enquanto os segundos focados nas possibilidades arrecadatórias do instrumento. *Ibid.* p. 262.

2 A função social da propriedade imobiliária urbana na ordem jurídica pós-1988: reflexos da Carta de Embu

A função social da propriedade é um instituto jurídico consolidado no Direito brasileiro, cuja origem constitucional pode ser remontada à constituição de 1934 por influência do constitucionalismo alemão⁸ (a ideia de que a propriedade obriga era uma das dimensões do constitucionalismo social de Weimar).

Apesar da não previsão da Função Social na constituição autoritária de 1937, ela retornou, posteriormente, nas constituições de 1946 e 1967. Assim, é pacífico dizer que, ao tempo da elaboração da Carta de Embu, a ideia de função social da propriedade não era propriamente nova, embora até hoje a sua execução ainda careça de efetividade.

A Constituição Federal de 1988, posteriormente, intensificou as disposições sobre a função social da propriedade. Por exemplo, o artigo 5º, inciso XXIII, dispõe que a propriedade atenderá a sua função social. Essa indicação é posteriormente complementada em diversos dispositivos,⁹ entre os quais destacamos o artigo 170, inciso III, que trata dos princípios da ordem econômica, e o artigo 182, que vincula a função social da propriedade à regulação presente no plano diretor municipal. Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, a função social da propriedade destaca-se das outras limitações administrativas, pois impõe não apenas deveres de abstenção, mas de ação também.¹⁰

A vida urbana apresenta um tipo específico de sociabilidade que fornece justificativas ainda mais fortes para a função social da propriedade. A propriedade funcionalizada nega sua absolutização e o espaço do proprietário como uma autarquia individual, seccionada do restante da cidade, sendo fonte de deveres associados à solidariedade, tal como disposto no artigo 3º da Constituição Federal. A função social propõe a convergência entre interesses individuais e coletivos, os quais devem ser harmonizados. Lígia Maria Silva de Melo Casimiro¹¹ arremata: “Desta feita, a determinação de conteúdo funcional para a propriedade, que observe adequação às necessidades coletivas, se estrutura no anseio de justiça social e na proteção à dignidade humana”.

Destaca-se que não há, na Constituição Federal de 1988, disposições expressas sobre o direito de construir. Contudo, uma leitura sistemática do texto constitucional permite visualizar a maturação das condições jurídicas para a devida aplicação do instituto, pois há expressa indicação de que a propriedade imobiliária urbana deve se conformar ao planejamento municipal e assegurar o bem-estar dos habitantes. Logo,

⁸ PINHEIRO, Maria Cláudia Buchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92449>. Acesso em: 9 mar. 2025.

⁹ Ressaltamos a presença do artigo 186 da Constituição Federal que trata sobre a propriedade imobiliária rural. Ao tempo da elaboração do texto constitucional, a discussão em torno da questão rural e da reforma agrária era mais amadurecida, o que levou o constituinte a detalhar mais os critérios de atendimento da função social, diferente do que foi feito a respeito da política urbana.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04/02/2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 801.

¹¹ CASIMIRO, Lígia Maria Silveira Melo de. 20 anos de Constituição: uma análise sobre o dever de planejar e executar políticas públicas para cidades sustentáveis. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 8, n. 34, p. 33-58, 2008. Disponível em: <https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/519>. Acesso em: 16 mar. 2025.

o artigo 182 apresenta uma visão de propriedade conectada ao interesse social e não apenas aos propósitos de seu proprietário.

Em razão do desenho constitucional, o direito de construir será tratado, especialmente, pela legislação municipal, à qual caberá definir os coeficientes mínimo, básico e máximo de aproveitamento. Contudo, para conferir certa uniformidade nacional ao instituto, as disposições relacionadas ao direito de construir aparecem no Estatuto da Cidade e no Código Civil.

Em caráter preliminar, acentua-se que a aplicação desses instrumentos já existia antes do Estatuto da Cidade. Contudo, a ausência de regulamentação nacional trazia insegurança jurídica e incertezas sobre a constitucionalidade de algumas medidas municipais, uma vez que a função social da propriedade também é tema do Direito Civil e que, portanto, atrairia a competência legislativa da União.

A Lei n. 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, aborda a outorga onerosa do direito de construir,¹² a qual permite ao proprietário oferecer uma contrapartida ao município para obter autorização para edificar acima do coeficiente básico. O texto da referida lei menciona a contrapartida, e a interpretação usual é de que ela possa ser realizada em pecúnia. Entretanto, assim como disposto na Carta de Embu, nada impede que esse pagamento seja realizado in natura, ou seja, por meio da transferência de imóveis para a municipalidade.¹³

O Estatuto da Cidade estabelece, em seu artigo 28, que “O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área”, o que evidencia seu caráter predominantemente urbanístico e apenas secundariamente arrecadatório.

Acerca da possível contribuição da outorga para o fortalecimento das finanças municipais, Pedro Humberto Bruno de Carvalho Junior¹⁴ aponta que, mesmo nos municípios onde tais instrumentos foram bem-sucedidos na obtenção de recursos, as outorgas não conseguem ter o mesmo impacto do IPTU. Segundo o técnico do IPEA, o IPTU, em razão de sua base de cálculo mais abrangente e da continuidade de sua cobrança, é um instrumento de financiamento mais seguro e robusto para a política urbana.

Ainda sobre esse tema, o Estatuto da Cidade, ao organizar os instrumentos de política urbana, expressamente excluiu a Outorga Onerosa do Direito de Construir como instrumento tributário e financeiro. Assim, fica evidente que as tentativas de justificar o instrumento pela via da arrecadação revelam-se inadequadas e tendem a desvirtuá-lo.

¹² José dos Santos Carvalho Filho separa teoricamente o solo criado da outorga onerosa do direito de construir. O administrativista pontua que o solo criado seria o instituto enquanto a outorga onerosa seria o ato administrativo de concessão. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 197.

¹³ Sobre a definição da contrapartida, José dos Santos Carvalho Filho recomenda que: As hipóteses podem ser várias, e cada Município deverá ser imaginativo o suficiente para receber a contraprestação pela outorga do direito de construir acima do coeficiente básico ou de alterar o uso do solo, sempre tendo em mira os objetivos da respectiva política urbana.” *Ibid.*, p.212-213.

¹⁴ CARVALHO JUNIOR, Pedro Humberto Bruno de. A administração tributária do IPTU e seu impacto na efetivação do Estatuto da Cidade. In: COSTA, Marco Aurélio (org.). *O Estatuto da Cidade e a Habitat III: um balanço de quinze anos da política urbana no Brasil e a nova agenda urbana*. Brasília: Ipea, 2016.

O Código Civil, por sua vez, passou a estabelecer uma seção específica para o direito de construir dentro das disposições sobre o direito de vizinhança. Conforme o artigo 1.299, “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”. Ainda que a regulação mais detalhada do Código Civil sobre o direito de construir não seja consequência direta da Carta de Embu, insere-se, ao menos, no reconhecimento das mudanças em torno do direito de propriedade.

Percebe-se que o legislador utilizou nomenclatura tecnicamente inapropriada. Ocorre que o direito de construir não é condicionado apenas por regulamentos administrativos,¹⁵ mas também por planos (que são leis em sentido formal) e por leis que dispõem sobre a função social da propriedade urbana.

O fato de a intervenção sobre o direito de construir estar fundada em lei é de suma importância. Em primeiro lugar, atende ao princípio da reserva legal, o que viabiliza a proteção do indivíduo e da sociedade. Em segundo lugar, a previsão legal é desenvolvida dentro do Plano Diretor, o qual, por determinação do Estatuto da Cidade, deve ser elaborado de forma participativa.

Assim, assegura-se aos proprietários o direito de participação nos processos de construção das normas que incidirão sobre sua propriedade, garantindo que a decisão legislativa de restringir a propriedade seja tomada de maneira transparente e não direcionada a interesses escusos. Durante o processo de participação, os proprietários podem exigir os fundamentos para a restrição à propriedade, o que será central para eventual exame da proporcionalidade e razoabilidade da medida.

Como mencionado, a outorga é um instrumento de planejamento da política urbana, não podendo ser utilizada de maneira irresponsável ou apenas para fins de arrecadação. Logo, seu emprego deve estar associado a uma visão de cidade e desenvolvimento urbano sustentável,¹⁶ incluindo e equilibrado. inclusivo e equilibrado. O solo criado e a outorga onerosa devem se submeter ao princípio do direito à cidade, bem como às suas dimensões específicas de combate à especulação imobiliária e à gestão democrática da cidade.¹⁷

Essa vinculação ao planejamento faz com que o grau de aceitação social da outorga (e também sua segurança jurídica) esteja conectado a uma condução contínua, isonômica

¹⁵ Os regulamentos administrativos, os quais se materializam através da forma jurídica do decreto do chefe do executivo, destinam-se a assegurar a fiel execução das disposições legais. Embora seja fundamentais para a boa operação das limitações administrativas do direito de propriedade, os regulamentos não podem criar novas obrigações aos proprietários que não estejam previamente estabelecidas em lei. Assim, a sua finalidade é de especificação e operacionalização das obrigações dos proprietários, não exaurindo as limitações sobre o direito de construir. A esse respeito, realça Celso Antônio Bandeira de Melo: “Seria grave equívoco supor que o fato de o regulamento ser regra geral e normalmente abstrata, proveniente, ademais, de autoridade eletivamente investida, aproxima-o da lei quanto às garantias democráticas que proporciona, minimizando, assim, os inconvenientes de não promanar do Legislativo”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04/02/2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 366.

¹⁶ Sobre a sustentabilidade urbana, considera-se precisa a lição de Irene Nohara, que ensina: “A sustentabilidade deve ter por pressuposto visão holística ou não fragmentária, na qual há a superação da noção ultrapassada de que a intervenção na cidade ocorre mediante simples ações sobre as coisas (pontes, ruas e casas). A nova abordagem percebe a cidade como organismo urbano, onde se faz imprescindível a questão do planejamento”. NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Direito administrativo*. 14. ed., rev., atual. e ampl. Barueri, SP: Atlas, 2025.

¹⁷ BRASIL. *Estatuto da cidade: guia para implantação pelos municípios e cidadãos*: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. p.31.

e eficiente da política urbana. A ação ineficaz ou arbitrária na limitação administrativa ao direito de construir abrirá espaço para questionamentos e aumentará os riscos de futura judicialização.¹⁸ A presença do risco de judicialização e a resistência social à sua aplicação, portanto, refletem o fato de que a ausência de um planejamento urbano consistente tende a resultar na não utilização do instrumento.

As dificuldades listadas acima não são apresentadas para desmotivar a aplicação do instrumento, mas para ressaltar que a criação de novas figuras jurídicas não promove automaticamente os efeitos esperados. Faz-se necessária uma visão global sobre a gestão e a governança urbana para que os instrumentos sejam utilizados adequadamente. Logo, uma boa operação do sistema jurídico e do planejamento administrativo e urbanístico é condição essencial para a efetiva implementação do solo criado, o que demonstra que as figuras jurídicas dependem de um contexto mais amplo do que sua simples validade jurídica para promover mudanças e efeitos concretos.¹⁹

3 Solo criado na atualidade: possíveis desvirtuamentos

Conforme exposto nas seções anteriores, o solo criado emerge como um instrumento que incide sobre o direito de construir para viabilizar o adequado planejamento urbano das cidades e garantir o cumprimento da função social da propriedade. No entanto, as justificativas teóricas em torno do instrumento não impedem que, na prática, o solo criado possa ser aplicado de maneira desvirtuada.

De início, destaca-se que o Estatuto da Cidade autoriza a instituição de outorgas, mas não a torna obrigatória. Isso significa que o município deve avaliar a pertinência do instrumento em seu território, sempre tomando como base a forma como deseja induzir a ocupação urbana. Em estudo publicado em 2011, Fabrício Oliveira e Rosane Biasotto relataram que, nacionalmente, poucos municípios regulamentaram a outorga onerosa do direito de construir. Esse cenário, contudo, muda quando se considera o estado de São Paulo, onde a regulamentação foi identificada em 91% dos municípios.²⁰

Ainda com base em Fabrício Oliveira e Rosane Biasotto,²¹ a pesquisa nacional por eles liderada indica a falta de evidências empíricas de que o instrumento vem promovendo uma política urbana redistributiva capaz de combater as desigualdades

¹⁸ A esse respeito, conferir julgamento “Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistiam à aquisição do terreno, assim já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em tais restrições, pedir indenização ao Poder Público.” (RE 140.436, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 25-5-1999, Segunda Turma, DJ de 6-8-1999.)

¹⁹ Um sinal, embora não seja infalível, de pseudoparticipação é quando o produto final, seja o plano diretor, seja a lei específica de uso e ocupação do solo, confirmam apenas as premissas originalmente levantadas pelo Poder Público, sem nenhuma alteração. É pouco provável que a interação social não traga elementos fogem das diretrizes teóricas originalmente formuladas e que apontem para a necessidade de adaptação dos instrumentos citados.

²⁰ OLIVEIRA, Fabrício Leal de; BIASOTTO, Rosane. O acesso à terra urbanizada nos planos diretores brasileiros. In: SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; MONTANDON, Daniel Todtmann (org.). *Os planos diretores municipais pós-Estatuto da Cidade: balanço crítico e perspectivas*. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011. p. 94.

²¹ *Ibid.*, p. 87

socioespaciais. Considerando apenas as capitais brasileiras, apenas o município de Manaus é listado como exemplo de aplicação redistributiva dos recursos.

Ao contrário da finalidade inicialmente estabelecida, um estudo do IPEA, publicado em 2016, aponta que os investimentos públicos em regiões de empreendimentos que utilizaram a outorga frequentemente excedem o montante arrecadado. Logo, em última instância, a ação articulada da municipalidade promove resultados regressivos.²²

Como exemplo de desvirtuamento, cita-se o trabalho de Sara Viera Rosa e Camila Rodrigues Aldiguere, que aponta que, em Fortaleza, os instrumentos de outorga onerosa de alteração de uso e outorga onerosa pelo direito de construir foram instrumentalizados pelos interesses do setor imobiliário, especialmente para viabilizar empreendimentos de média e alta renda.

Para compreender melhor a pesquisa das autoras, faz-se necessário aprofundar alguns aspectos do estudo. Elas demonstram que a crise econômica iniciada em 2015 e 2016 levou o mercado imobiliário a adotar estratégias de acumulação de riqueza com foco no segmento de alta renda.²³ Dentre essas estratégias, os mecanismos de outorga foram utilizados para obter exceções urbanísticas necessárias ao desenvolvimento de empreendimentos únicos e icônicos. Dentre os principais problemas na aplicação da outorga está a ausência de um limite máximo para sua concessão. Assim, tanto o coeficiente máximo quanto a altura máxima poderiam ser flexibilizados por meio da outorga.²⁴ Em outras palavras, a outorga foi empregada de maneira dissociada da análise da infraestrutura urbana subjacente, gerando adensamento populacional em regiões já sobrecarregadas.

Rosa e Aldiguere pontuam que, em vez de promover a função social da propriedade, as outorgas contribuíram para a produção de raridades no cenário urbano de Fortaleza, com torres superverticalizadas e associadas à ideia de exclusividade.²⁵ Assim, as outorgas foram empregadas como instrumentos que acentuam ainda mais a segregação urbana.

A análise crítica de Rosa e Aldiguere se complementa com um exame do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano (FUNDURB) de Fortaleza, criado pela Lei Municipal nº 7.909/1996. Seus recursos provêm, principalmente, da Outorga Onerosa do Direito de Construir, da venda de Certificados de Potencial Adicional de Construção, de

²² CARVALHO JUNIOR, Pedro Humberto Bruno de. A administração tributária do IPTU e seu impacto na efetivação do Estatuto da Cidade. In: COSTA, Marco Aurélio (org.). *O Estatuto da Cidade e a Habitat III: um balanço de quinze anos da política urbana no Brasil e a nova agenda urbana*. Brasília: Ipea, 2016, p. 207. Daniel Montandon, realizando o recorte para uma análise do Município de São Paulo, descreve resultados mais promissores. Segundo o pesquisador: “Isso significa que, em vez dessa valorização ficar com os proprietários dos terrenos ou empreendedores imobiliários, ela foi revertida para a cidade em melhorias urbanas, demonstrando a eficácia do instrumento para reverter à coletividade o efeito da valorização imobiliária gerada por ações públicas e coletivas, atendendo às diretrizes do Estatuto da Cidade em relação à nova concepção de plano diretor”. MONTANDON, Daniel. A implementação do Estatuto da Cidade na escala local: a experiência de São Paulo. In: ROSSBACH, Anaclaudia (org.). *Estatuto da cidade: a velha e a nova agenda urbana: uma análise de 15 anos de lei = Estatuto de la ciudad: la vieja y la nueva agenda urbana: un análisis de 15 años de la ley = City statute: the old and the new urban agenda: an analysis of 15 years of the law*. São Paulo: Cities Alliance: Publisher Brasil, 2016. p. 78.

²³ ROSA, Sara Vieira; ALDIGUERI, Camila Rodrigues. O instrumento da outorga onerosa em Fortaleza como estratégia de valorização imobiliária. *Cadernos Metrópole*, São Paulo, v. 24, n. 53, p. 337-362, jan./abr. 2022. p. 338-339.

²⁴ *Ibid.*, p. 350-351.

²⁵ *Ibid.*, p. 353-354.

multas urbanísticas, da venda de áreas remanescentes de desapropriações e de rendas provenientes de aplicações financeiras.²⁶

Verifica-se, por meio da análise de seus balanços de execução, que as ações financiadas são pontuais e não fazem parte de um planejamento mais integrado, como ocorre com obras viárias e a manutenção de espaços de prática esportiva (areninhas). Assim, as outorgas vão constituindo em mecanismos que impactam superficialmente no combate às injustiças urbanas.

Destaca-se que a possibilidade de desvincular as receitas do FUNDURB e direcioná-las para o tesouro municipal implica o abandono do fundo como financiador da política urbana, transformando-o em uma receita genérica. Quando isso ocorre, agrava-se a dificuldade de avaliar se as outorgas cumprem ou não sua função como instrumentos de política urbana, podendo-se questionar se, juridicamente, não seria mais adequado utilizar tributos para tais fins, em vez de preços públicos.

4 Considerações finais

Com este trabalho, buscou-se demonstrar a importância da Carta de Embu para trazer novos elementos que visam assegurar a função social da propriedade. A referida Carta, ao apresentar, justificar e defender a constitucionalidade do instituto do solo criado, teve uma repercussão significativa sobre o direito de construir e, especialmente, sobre a função social da propriedade urbana e imobiliária. Assim, a Carta refletiu um processo de desenvolvimento urbano nacional que se identificava naquele período e, com isso, trouxe inúmeros desafios e dilemas a serem enfrentados pela administração pública municipal das grandes cidades brasileiras.

Posteriormente, verificou-se que a noção de função social da propriedade urbana e imobiliária se desenvolveu com a Constituição de 1988, a qual trouxe disposições acerca da política urbana nos artigos 182 e 183. Além disso, a Constituição introduziu diretrizes sobre o Plano Diretor, que os parâmetros para o cumprimento da função social da propriedade urbana. Nos anos de 2001 e 2002, o Estatuto da Cidade e o Código Civil incorporaram disposições inovadoras sobre a função social da propriedade. Tanto o Estatuto quanto o Código Civil condicionaram a propriedade ao cumprimento de sua função social. O Código Civil, por exemplo, incluiu normas específicas sobre o direito de construir e, dentro dessas disposições, subordinou esse direito aos chamados regulamentos administrativos.

De modo mais abrangente, o Estatuto da cidade desenvolveu instrumentos de política urbana, entre eles a outorga do direito de construir. Esse mecanismo pretende fazer com que o proprietário contribua para o desenvolvimento urbano ao oferecer uma contrapartida à municipalidade em razão da maior exploração do potencial construtivo de uma região, o que acarreta maior demanda e sobrecarga sobre a infraestrutura e os serviços locais. Entretanto, apesar da relevância do instituto do solo criado e da outorga onerosa do direito de construir como instrumento de política urbana, identificam-se

²⁶ FORTALEZA. *Lei Complementar nº 211, de 2015*. Dispõe sobre a gestão e destinação dos recursos do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano. Fortaleza, 2015.

potenciais efeitos abusivos em sua aplicação. O trabalho de Rosa e Aldigueri, por exemplo, destaca que esses mecanismos podem fomentar a segregação socioespacial.

Outro ponto a ser ressaltado é que a tentativa de utilizar a outorga onerosa do direito de construir como ferramenta arrecadatória, visando mitigar a precariedade financeira dos municípios, não é o caminho mais adequado. Pesquisa do IPEA, citada neste trabalho, indica que a utilização do IPTU é uma alternativa mais eficaz, ao apresentar maior capacidade arrecadatória do que a exploração das outorgas onerosas do direito de construir. Ademais, em alguns municípios, os recursos arrecadados com as outorgas não foram suficientes para custear as adaptações necessárias na infraestrutura da região que recebeu maior adensamento, tornando o mecanismo ineficaz nesse aspecto.

Por fim, verifica-se não haver consenso sobre a efetividade desse instrumento para promover a função social da propriedade e a construção de cidades mais justas. Enquanto há uma postura cética em relação à sua aplicação em território nacional, estudos indicam que, em São Paulo, a outorga onerosa do direito de construir apresenta um potencial positivo. Dito isso, mesmo após 50 anos da Carta de Embu, a outorga onerosa do direito de construir ainda carece de maior amadurecimento doutrinário, institucional e jurisprudencial. Contudo, a sua aplicação, em tese, pode incrementar os internamentos de planejamento urbano e fortalecer a construção de cidades mais justas. Entretanto, esse mecanismo não deve ser visto como solução única ou mágica, devendo ser aplicado de forma coerente e consoante as diretrizes de um planejamento urbano republicano, eficiente e isonômico.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04/02/2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Estatuto da cidade*: guia para implementação pelos municípios e cidadãos: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10257.htm. Acesso em: 8 mar. 2025.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 387.047-5*. Rel. Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 6 mar. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524433>. Acesso em: 8 mar. 2025.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 140.436*, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 25 maio 1999, Segunda Turma, Diário da Justiça, 6 ago. 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO JUNIOR, Pedro Humberto Bruno de. A administração tributária do IPTU e seu impacto na efetivação do Estatuto da Cidade. In: COSTA, Marco Aurélio (org.). *O Estatuto da Cidade e a Habitat III: um balanço de quinze anos da política urbana no Brasil e a nova agenda urbana*. Brasília: Ipea, 2016.

FORTALEZA. *Lei Complementar nº 211, de 2015*. Dispõe sobre a gestão e destinação dos recursos do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano. Fortaleza, 2015. Disponível em: [https://sapl.fortaleza.ce.leg.br/ta/2783/text?#:~:text=DISP%C3%95E%20SOBRE%20O%20FUNDO%20MUNICIPAL,FUNDURB\)%20](https://sapl.fortaleza.ce.leg.br/ta/2783/text?#:~:text=DISP%C3%95E%20SOBRE%20O%20FUNDO%20MUNICIPAL,FUNDURB)%20)

E%20D%C3%81%20OUTRAS%20PROVID%C3%81NCIAS.&text=Vig%C3%A1ncia%20a%20partir%20de%2013%20de%20julho%20de%202023.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Fundo%20Municipal,FUNDURB)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias. Acesso em: 25 mar. 2025.

FORTALEZA. *Lei nº 10.335, de 01 de abril de 2015*. Dispõe sobre a outorga onerosa de alteração de uso do solo. Fortaleza, 2015. Disponível em: https://urbanismoemambiente.fortaleza.ce.gov.br/images/urbanismo-e-meio-ambiente/catalogodeservico/lei_de_outorga_onerosa_1_lei_10.335-2015_0.pdf. Acesso em: 25 mar. 2025.

MONTANDON, Daniel. A implementação do Estatuto da Cidade na escala local: a experiência de São Paulo. In: ROSSBACH, Anaclaudia (org.). *Estatuto da cidade: a velha e a nova agenda urbana: uma análise de 15 anos de lei*. São Paulo: Cities Alliance: Publisher Brasil, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Direito administrativo*. 14. ed., rev., atual. e ampl. Barueri, SP: Atlas, 2025.

OLIVEIRA, Fabrício Leal de; BIASOTTO, Rosane. O acesso à terra urbanizada nos planos diretores brasileiros. In: SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; MONTANDON, Daniel Todtmann (org.). *Os planos diretores municipais pós-Estatuto da Cidade: balanço crítico e perspectivas*. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92449>. Acesso em: 9 mar. 2025.

ROSA, Sara Vieira; ALDIGUERI, Camila Rodrigues. O instrumento da outorga onerosa em Fortaleza como estratégia de valorização imobiliária. *Cadernos Metrópole*, São Paulo, v. 24, n. 53, p. 337-362, jan./abr. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

CARVALHO, Harley Diniz Sousa de. Cinco décadas da Carta de Embu: da promoção à função social da propriedade aos possíveis desvirtuamentos. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 141-153. ISBN 978-85-450-0925-2.

ESTADO INTELIGENTE E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UMA IA *BETHÂNIA*

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Professor de Direito Administrativo na UFSC (Graduação, Mestrado e Doutorado).
Mestre e Doutor em Direito pelo PPGD/UFSC.
Presidente do IDASC.
Conselheiro Federal pela OAB/SC e Advogado em Santa Catarina.

THANDERSON PEREIRA DE SOUSA

Professor no Curso de Direito do UNICESUSC (Graduação e Pós-Graduação).
Mestre em Direito pelo PPGD/UFC – Doutor e Pós-Doutorando em Direito pelo PPGD/UFSC.
Presidente da Comissão de Governo Digital e IA do IBDA.
Advogado em Santa Catarina.

Sumário: 1 Introdução. 2 Estado “acima da manada”: releitura da ação pública para uma IA adequada e sustentável. 3 Estratégias de organização de meios disponíveis ao Estado: políticas públicas para uma IA Bethânia. 4 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

A revolução tecnológica, com destaque para o desenvolvimento e a utilização de Inteligência Artificial (IA), tem demonstrado uma outra forma de colonialidade, que ultrapassa, agora, os limites da dominação econômica, territorial e política, expressando-se na concentração do poder tecnológico e na pilhagem informacional via grandes empresas de tecnologia, as chamadas *big techs*.

A colonialidade digital impõe e prolonga a subalternização de países em desenvolvimento, incluídos na periferia do capitalismo, principalmente aqueles do Sul Global, que passam a assumir um papel de mero consumidor de modelos de IA produzidos por empresas que dominam o setor. Uma configuração que não limita somente a capacidade

de os Estados exercerem sua soberania tecnológica, mas igualmente a concretização dos objetivos constitucionais internos, o avanço na pauta da promoção dos direitos fundamentais e o aprofundamento de uma adequada e mesmo impostergável dimensão de desenvolvimento sustentável.

Diante desse quadro, discute-se aqui o papel do Estado brasileiro diante das constantes inovações em matéria de IA, com destaque para uma atuação estatal mais proativa e que alinhe os meios disponíveis para o desenvolvimento de um modelo de IA nacional.

Constitui objetivo precípua do estudo o debate em torno da possibilidade de o Brasil adotar uma configuração enquanto Estado inteligente para além da regulação em matéria de IA, criando e orientando algoritmos próprios, alinhados aos fundamentos e objetivos constitucionais definidos na Constituição de 1988. Ainda, pugna pela implementação de uma IA Bethânia, brasileira, que antropofagize características sociais, econômicas e políticas peculiares ao país como instrumento de soberania tecnológica e desenvolvimento sustentável.

Do ponto de vista metodológico, a investigação tem abordagem procedimental de caráter dedutivo, com apoio nas técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e legislativa. Inicialmente, aborda-se a noção de Estado inteligente como reação de decolonialização tecnológica, para depois tratar as políticas públicas como ferramentas de alinhamento dos meios disponíveis ao Estado para a construção de uma IA Bethânia, a promover soberania nacional em IA e modelos de algoritmos adequadamente treinados e capazes de atender o interesse público.

Apenas para antecipar algumas das conclusões, parece essencial e mesmo urgente reconhecer a indispensabilidade de uma reação estatal à colonialidade digital com a decolonialização da Inteligência Artificial.¹ A ideia de uma IA Bethânia, modelo de IA brasileiro, surge enquanto resposta para alinhar o desenvolvimento e treinamento de algoritmos com o interesse público e as disposições da Constituição de 1988, impulsionando a soberania tecnológica e o desenvolvimento sustentável. Ainda, mostra-se imperativa e impostergável a discussão sobre um Estado mais ativo e inteligente, devotado à formulação, implementação e avaliação de políticas públicas baseadas em IA própria, a mirar na direção de políticas públicas de Estado para o longo prazo.

¹ Ultrapassa os limites do presente estudo o debate em torno da noção de colonialidade digital e a ideia de soberania tecnológica como reação de decolonialidade, inclusive a partir de um modelo de IA nacional. Sobre o tema, conferir versão expandida: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Soberania tecnológica vs. colonialidade digital: Estado inteligente e políticas públicas para uma IA Bethânia. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 45, n. 98, p. 1-33, dez. 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/103426/58056>. Acesso em: 21 jan. 2025. Ainda, sobre a questão da noção de colonialidade e seus atuais impactos, em especial na dimensão digital, ver: QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais/perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005; AVELINO, Rodolfo da Silva. Colonialismo digital: dimensões da colonialidade nas grandes plataformas. In: CASSINO, João Francisco; SOUZA, Joyce; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da (org.). *Colonialismo de dados: como opera a trincheira algorítmica na guerra neoliberal*. São Paulo: Autonomia Letetrária, 2021. p. 69-86; AZEVEDO, Daniel Alves. A Europa no banco dos réus: reflexões sobre as permanências da violência do colonialismo nos dias atuais. *Germinal: marxismo e educação em debate*, Salvador, v. 14, n. 2, p. 456-473, set. 2022; FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter. *Colonialismo digital: por uma crítica Hacker-Fanoniana*. São Paulo: Boitempo, 2023.

2 Estado “acima da manada”: releitura da ação pública para uma IA adequada e sustentável

A dimensão do colonialismo e da colonialidade no sistema capitalista conduzem à concentração de um enorme poder nas mãos de grandes empresas de tecnologia, que subtraem inclusive as possibilidades de acordos de desenvolvimento cooperados internacionalmente para os Estados, uma vez que tais empresas estão fora ou dissociadas da estrutura estatal e podem prejudicar a ideia de soberania – afeta ao modelo de Estado que conhecemos atualmente.²

Há, portanto, a necessidade de atuação concisa e protagonizada pelos Estados de modo que o desenvolvimento tecnológico, especialmente o uso da IA, não constitua óbice à estrutura pública e às ações de integração sustentável de cidadãos e cidadãs numa racionalidade puramente determinista.

Sobre essa temática, importante reconhecer a premência da atuação do Estado para garantir que as tecnologias sejam utilizadas de maneira compatível com as disposições constitucionais internas, com respeito aos direitos humanos e ao complexo de responsabilidades que são imputadas ao poder público:

A regulação de grandes atores privados do setor de tecnologia consiste na determinação do complexo de ações e técnicas aplicáveis nesse espaço, a prevenir e corrigir práticas que violem aspectos nucleares da dignidade humana, os direitos fundamentais e o próprio funcionamento equilibrado da configuração de Estado.³

Em orientação semelhante, Mariana Mazzucato explica que “além de impor restrições às empresas privadas de IA, os Estados devem assumir um papel ativo no desenvolvimento da tecnologia, projetando sistemas e moldando mercados para o Comum”.⁴ Daí a importância do papel do Estado nesse momento evolutivo da humanidade e das comunidades organizadas coletivamente em torno de pactos constitucionais.

Mundialmente, há uma preocupação legítima em regular a utilização dos sistemas de IA visando a aplicação dos sistemas de processamento de informações com ética, respeito à privacidade e aos direitos fundamentais. Essa apreensão pode ser observada na experiência da União Europeia, que recentemente aprovou marco regulatório de IA (*EU Artificial Intelligence Act*), estabelecendo uma posição avançada no contexto global no tema.⁵

² Neste sentido, ver: MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; FARIAS, Mayara Helenna Verissimo de. Colonialidade do poder: a formação do eurocentrismo como padrão de poder mundial por meio da colonização da América. *Interações*, Campo Grande, v. 3, n. 21, p. 577-596, set. 2020; MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu Editora, 2018; O’NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020.

³ SOUSA, Thanderson Pereira de; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Constitucionalismo e administração pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 179-196, set. 2022. p. 184.

⁴ MAZZUCATO, Mariana. *Inteligência Artificial: o que esperar dos Estados*. 2024. p. 1. Outras palavras. Disponível em: <https://outraspalavras.net/tecnologiaemdisputa/inteligencia-artificial-o-que-se-espera-dos-estados/>. Acesso em: 12 set. 2024.

⁵ EU. *The EU Artificial Intelligence Act: up-to-date developments and analyses of the EU AI Act*. 2024. Disponível em: <https://artificialintelligenceact.eu/>. Acesso em: 12 set. 2024.

Por sua vez, o Brasil discute no âmbito legislativo o Projeto de Lei n. 2338, de 2024, de iniciativa do senador Rodrigo Pacheco, com o objetivo de regular e desenvolver o uso de IA no Brasil. Tema inegavelmente sensível e que, desde o início da sua tramitação legislativa até setembro de 2024, já conta com mais de 140 emendas.⁶

Tudo isso remete a pensar em decolonialidade digital enquanto reação à possibilidade de colonização digital e captura tecnológica do Estado, suas funções e objetivos definidos constitucionalmente, sobretudo no bojo da Constituição de 1988, que declara de forma explícita, no seu art. 3º, os objetivos fundamentais da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos indistintamente.

O alcance desses objetivos, numa contextualização tecnológica e, portanto, digital, só será possível a partir de uma interpretação constitucional adequada e que reconheça a legitimidade do Estado em atuar em prol da coletividade, a adotar ações públicas que evitem e ou minimizem a pilhagem de dados e informações pessoais e coletivas por grandes *hubs* e empresas de tecnologia.

Implica, assim, no reconhecimento de que a realização dos objetivos constitucionais, na realidade atual, considerando a revolução tecnológica ou revolução 4.0, está diretamente vinculada ao exercício da soberania estatal (art. 1º, I, CF/88) e, por consequência lógica, da independência nacional (art. 4º, I, CF/88).

Recuperando os ensinamentos de Paulo Bonavides, a soberania, na qualidade de fundamento do país, é expressão máxima de poder do Estado, “qualidade de poder supremo, apresenta duas faces distintas: a interna e a externa”. Assim, na sua dimensão interna a soberania explica o poder do Estado sobre o território e a população, ao passo que na sua dimensão externa significa a “manifestação independente do poder do Estado perante outros Estados”.⁷

Mas se em Bonavides há uma crítica clara contra um entendimento absoluto e histórico da soberania, atualmente faz-se imprescindível reconhecer que sua manifestação depende não somente de poder impositivo – respeitados os limites aplicáveis – com relação ao território, população e independência na relação com outros Estados. Impõe-se assegurar o poder do Estado em relação aos atores privados que dominam a esfera tecnológica – a afastar a captura pública e garantir o cumprimento do projeto constitucional de 1988.

Aqui toma centralidade a noção de Estado inteligente: organização político-administrativa que formula, implementa e avalia políticas públicas com foco na criação, orientação e regulação de tecnologias, mormente em matéria de IA, com vistas a garantir sua soberania, independência e alcance dos objetivos tatuados no respectivo tecido constitucional.

Como resposta à colonialidade digital e característica que vai se tornando cada vez mais indispensável ao Estado, especialmente para países em desenvolvimento como o Brasil, uma formatação inteligente – no sentido expresso anteriormente – traduz-se no

⁶ SENADO FEDERAL. *Atividade legislativa*: Projeto de Lei nº 2338, de 2023. 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 12 set. 2024.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 119.

dever que a ação pública tem de ir além e estabelecer compromissos estatais alinhados aos objetivos públicos e fora da “manada” centrada apenas na regulação, como se esta fosse a única possibilidade de atuação concreta.

Ao Estado inteligente não cabe apenas a função regulatória. Igualmente, cumpre-lhe a inevitabilidade de construir e orientar o desenvolvimento tecnológico, de forma colaborativa, integrada e dialógica, para que a máquina pública também desenvolva sua capacidade de agregar, minerar e analisar grandes volumes de dados e informações (*big data*), fundado na persecução do interesse público⁸ e na gramática constitucional humanística da defesa/promoção dos direitos fundamentais,⁹ respeitando os limites éticos e de privacidade dos cidadãos e cidadãs.

Essa concepção protagonista de Estado inteligente poderia sofrer objeção no sentido de que, especialmente em caso de Estados semiperiféricos como o brasileiro, não caberia a função de criar e orientar a criação/uso/manutenção de sistemas de IA. Mas seria uma crítica sem eco na Constituição de 1988, sobretudo desde a Emenda Constitucional (EC) n. 85/2015 e a estruturação constitucional do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Informação (SNCTI), com o mandamento em seu art. 218, *caput*, de que o Estado “promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”. E o §1º do mesmo art. 218 torna indelével essa dimensão, ao afirmar que constitui prioridade do Estado brasileiro a pesquisa científica básica e tecnológica, com orientação primeira para a realização do bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.¹⁰

Com efeito, a ordem constitucional brasileira confirma um modelo de Estado inteligente do ponto de vista tecnológico, inclusive atribuindo-lhe características próprias: (i) criação compartilhada; (ii) coordenação colaborativa; e, (iii) responsabilidade no esteio do SNCTI.

Na criação compartilhada, que brota da interpretação conjunta do arts. 218, §1º e 219, o Estado passa a ter responsabilidade de criar e incentivar, inclusive junto ao setor privado, soluções tecnológicas capazes de atender ao interesse público e as demandas coletivas necessárias ao desenvolvimento cultural, socioeconômico, bem-estar da comunidade e autonomia tecnológica do país.

A partir da coordenação colaborativa, prevista no art. 219-A, todos os entes federativos poderão estabelecer instrumentos de cooperação técnica com órgãos e entidades públicas ou privadas, com o compartilhamento de recursos humanos específicos,

⁸ Ultrapassam os limites desse estudo o debate mais aprofundado sobre o conceito de interesse público e sua centralidade para o regime jurídico-administrativo. Apenas em breves considerações, pode-se dizer que o “conceito de interesse público confunde-se com os valores indisponíveis assegurados pela Constituição, sob o signo inafastável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana (personalização da ordem constitucional)”. Sobre a noção de interesse público, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturais*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 98-117.

⁹ Para uma análise acerca da inter-relação entre interesse público e direitos fundamentais, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre os direitos fundamentais e a noção de interesse público no Estado constitucional de direito: o necessário diálogo entre irmãos siameses. In: NICOLITT, André; FÉLIX, Yuri (org.). *O STF e a Constituição: estudos em homenagem ao Ministro Celso de Mello*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 785-804.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

para execução de pesquisas, desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação, desde que haja uma contrapartida pelo ente beneficiado pelo acordo.

Por fim, do art. 219-B compreende-se a responsabilidade estatal pela organização em regime de colaboração do SNCTI, agregando atores públicos e privados na promoção do desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.

Da configuração do Estado inteligente na Constituição de 1988, a partir da EC n.º 85/2015, ancora-se a responsabilidade pública pela criação, orientação e regulação de sistemas de IA que sejam adequados e sustentáveis. Em reforço, Mariana Mazzucato pontua:

Para assegurarem que inovações transformadoras produzam crescimento inclusivo e sustentável, não basta que os Estados *corrijam* os mercados. Eles precisam *moldá-los e criá-los*. Quando os Estados contribuem para a inovação por meio de investimentos ousados, estratégicos e orientados para missões, eles podem criar novos mercados e atrair o setor privado.¹¹

Assim, o Estado brasileiro, além de regular, tem a imposição normativo-constitucional e mesmo o compromisso político-institucional de criar e orientar sistemas próprios de IA, de forma a atender o caráter de adequação dos serviços públicos e a necessidade de promoção do desenvolvimento sustentável, precipuamente a partir de políticas públicas de Estado em contraposição à colonialidade digital.

3 Estratégias de organização de meios disponíveis ao Estado: políticas públicas para uma IA Bethânia

Pensar num modelo de Estado inteligente no contexto brasileiro, assim como para o Sul Global, com as devidas ressalvas, exige o emprego de estratégias públicas capazes de superar a negligência tecnológica que não observa as características internas e pode potencializar situações de injustiça no plano técnico, no plano da Inteligência Artificial.

Sobre o tema, Diogo Cortiz da Silva tem apontado que a configuração geográfica de desenvolvimento de ferramentas de IA afeta diretamente o desenvolvimento comprometido com a dimensão social e a ideia de justiça. Aqui, evidencia-se – de forma particular – o desenvolvimento de projetos com racionalidades alheias aos objetivos constitucionais definidos na Constituição de 1988. Neste sentido, o autor pontua:

A questão geográfica é também um ponto relevante em projetos de IA. A maior parte das ferramentas utilizadas hoje no Sul Global foi desenvolvida por empresas do Norte, desconsiderando, em geral, aspectos culturais específicos da nossa realidade. Os conjuntos de dados mais populares são centrados nos Estados Unidos e na Europa ocidental, e dados de outras localidades, quando existem, costumam ser negligenciados pelos arquitetos de sistemas que desconhecem aquela cultura.¹²

¹¹ MAZZUCATO, Mariana. *Inteligência Artificial: o que esperar dos Estados*. 2024. p. 1. Outras palavras. Disponível em: <https://outraspalavras.net/tecnologiaemdisputa/inteligencia-artificial-o-que-se-espera-dos-estados/>. Acesso em: 12 set. 2024.

¹² SILVA, Diogo Cortiz da. Inteligência Artificial, equidade, justiça e consequências. *Panorama setorial da internet*, São Paulo, n. 1, ano 12, maio, 2020, p. 3-4. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/6/20200626161010/>

Justo por isso, é primordial refletir e debater a indispensabilidade de o Estado brasileiro não apenas regular a IA, mas também criar e orientar criações no sentido de gerar soluções inteligentes aplicáveis de forma adequada, sustentável e independente, inclusive a constranger práticas incomuns de gigantes tecnológicas que, de maneira opaca, possam mais ou menos facilmente se desvencilhar das normas regulatórias.

Acerca dessas práticas incomuns (ou atípicas), uma *big tech* ao invés de adquirir comercialmente *startups* inteiras, prefere somente comprar o direito de patente de determinadas criações de IA e “contratar/recontratar” os recursos humanos responsáveis pela tecnologia.¹³ Dessa forma, em tese legítima, os interesses privados são negociados e a pilhagem tecnológica é reforçada, contribuindo para a fuga regulatória e a privatização de uso/acumulação de dados, inclusive sob pena de prejuízo coletivo – dado que a ordem econômica também se orienta, pelo menos no Brasil, para garantir a justiça social (art. 170, CF/88).

Por esse quadrante, Silva afirma ser “essencial e estratégico que as sociedades construam uma visão coletiva de futuro para trilhar um caminho social compartilhado”.¹⁴ Isso justifica sustentar uma espécie de antropofagização da Inteligência Artificial para o cenário brasileiro, incumbindo ao Estado não somente regular, mas também criar e orientar estratégias por políticas públicas para uma “IA Bethânia”.

A lógica da antropofagização da IA diz respeito ao processo de inclusão, em termos técnicos, de elementos que originalmente não integram os sistemas de processamento de informação que constituem as abordagens de IA, seja no mapeamento/codificação de dados, seja no treinamento estatístico com o *machine learning*. Com isso, avança-se para uma modelagem de IA que observe as peculiaridades do Brasil e respeite, em tempo, os direitos fundamentais e a função do Estado especialmente na mediação e atuação concretizadora dos compromissos civilizatórios da Constituição de 1988.

Aqui, importa explicitar que a expressão “IA Bethânia” é uma analogia ao mui singular e visceral processo de antropofagia musical promovido por Maria Bethânia, intérprete brasileira, que a partir do espetáculo *Opinião* passou a empregar na música elementos que antes não estavam presentes no contexto, mas que deram a sua musicalidade uma epifania de brasilidade e, mais, de realidade sobre o Brasil como é.¹⁵

Uma IA Bethânia implica em sistemas e algoritmos competentes para a realização de tarefas complexas com eficiência e autonomia, observando ética, uso e treinamento responsáveis, segurança/proteção e concretização do catálogo de direitos humanos fundamentais tatuados na ordem constitucional brasileira, além da observância a características que integram, tanto do ponto de vista social, quanto do ponto de vista econômico e político, as necessidades do país.

panorama_setorial_ano-xii_n_1_inteligencia_artificial_equidade_justi%C3%A7a.pdf. Acesso em: 12 set. 2024.

¹³ GRIFFITH, Erin; METZ, Cade. *Google compra tecnologia desenvolvida por brasileiro por R\$ 16,5 bi*. 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2024/08/10/google-compra-tecnologia-desenvolvida-por-brasileiro-por-r-165-bi.html>. Acesso em: 12 set. 2024.

¹⁴ SILVA, Diogo Cortiz da. *Conhecimento, tecnologia e futuro: análise do cenário de inovação dos países emergentes*. 2015. 177 f. Tese (Doutorado em Tecnologias da Inteligência e Design Digital) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 136.

¹⁵ FLORÊNCIO, Roberto Remígio; TRAPIÁ FILHO, João de Sá Araújo; SANTOS, Carlos Alberto Batista dos. A brasilidade de Maria Bethânia em uma breve análise da estética antropofágica de brasileiro. *Revista Intersaberes*, Curitiba, v. 16, n. 38, p. 670-686, 25 jul. 2021. Disponível em: <https://www.revistasuninter.com/intersaberes/index.php/revista/article/view/2008>. Acesso em: 12 set. 2024.

Nesta altura, cumpre recuperar que as políticas públicas são no contexto brasileiro, com o permissivo da Constituição de 1988, verdadeiras estratégias de organização dos meios disponíveis ao Estado para a concretização de uma “IA Bethânia” – com a autenticidade brasileira em suas dimensões social, econômica e política. Em outras palavras:

A leitura da Constituição de 1988 permite observar que as políticas públicas podem ser concebidas como uma ação precisamente estatal, destinada a alterar condições primárias e avançar em termos civilizatórios – garantia e tutela de direitos constitucionalmente definidos.¹⁶

Aliada a essa interpretação, a consagração do direito ao desenvolvimento sustentável ou o chamado princípio da sustentabilidade na Constituição de 1988 viabiliza o entendimento de que a atuação estatal pelas políticas públicas é ferramenta indispensável à criação de uma IA propriamente brasileira.

Sobre o tema, Freitas ensina que o Estado sustentável reorganiza sua governança tendo em mira objetivos superiores, pois “cumpre, sem preguiça macunaímica, as incumbências indelegavelmente suas e vivifica, ao máximo, a democracia participativa, distribuída e bem-informada”. E prossegue a sustentar que, “não por mera coincidência, o paradigma da sustentabilidade reivindica outro modo de olhar, no tocante à responsabilidade do Estado”.¹⁷

Ao contrário de países como a França, por exemplo, em que a teoria questionou a capacidade constitucional em lidar com as novas tecnologias e o mundo digital,¹⁸ no Brasil o condicionamento digital – numa interpretação sistemática e teleológica – praticamente impõe uma leitura conforme e impositiva para a instalação de um Estado inteligente, a prever a utilização de políticas públicas enquanto instrumentos comprometidos com o desenvolvimento de IA ético, responsável, seguro e sustentável a longo prazo.

Numa perspectiva prática, acredita-se que a reação estatal à colonialidade digital, por intermédio das políticas públicas como estratégia, deve focar na criação de uma base de dados própria do (para o) país (em língua portuguesa), a partir de sistemas de processamento de dados de código aberto e recursos humanos – a garantir, portanto, o interesse público e a criação de iniciativas em IA que favoreçam a cocriação de soluções realmente inteligentes, do ponto de vista constitucional, para o enfrentamento dos problemas públicos brasileiros.

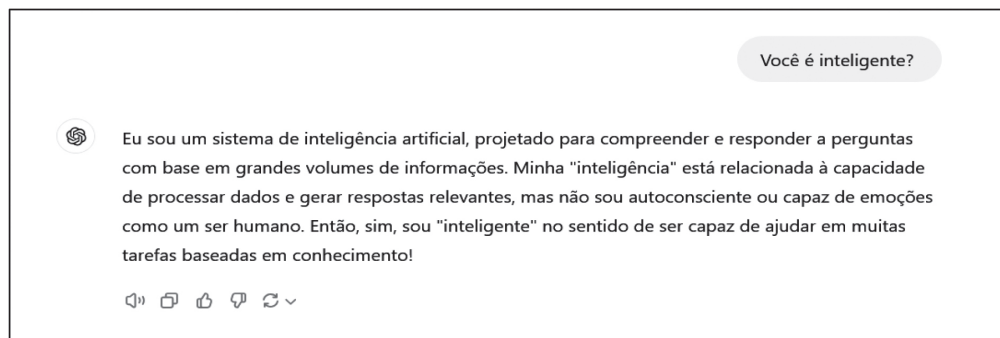
¹⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Políticas públicas e responsividade: um caminho civilizatório em átomos de crise. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *O direito administrativo do pós-crise*. Curitiba: Íthala, 2021. p. 308.

¹⁷ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 294.

¹⁸ ROQUES-BONNET, Marie-Charlotte. *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique?* Paris: Michalon Éditions, 2010.

Em questionamento ao Chat GPT, da OpenAI, perguntou-se: “Você é inteligente?”

Figura 1 – Consulta ao Chat GPT



Fonte: Chat GPT, 2024.

Pela resposta da máquina, talvez para uma das perguntas mais polêmicas em torno da IA, percebe-se que não há neutralidade de rede e que há, obviamente, um interesse por trás da programação de algoritmos de processamento de dados e treinamento para retornos preditivos com grande probabilidade de relevância, mas que decorre exatamente dos dados utilizados, da infraestrutura de treinamento e do capital humano que desenvolve esses grandes modelos de linguagem (*large language model*, LLM).

Portanto, urgente considerar que o Estado brasileiro deve adotar políticas públicas para: (i) consolidação de centro de dados públicos nacional, concentrando dados sob sua guarda; (ii) implementação de sistemas computacionais capazes de processar dados obtidos pela Administração Pública; e, (iii) formação maciça em capital humano suficiente para o desenvolvimento de soluções em IA e conformação de modelos de linguagem/algoritmos que atendam ao interesse público que promova aquele diálogo sinfônico com a poesia político-normativa imperativa dos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição de 1988 e a respectiva carta de direitos fundamentais.

A essa posição poderia ser oposta objeção no sentido de compreender como dispensáveis políticas públicas nas áreas indicadas, ao argumento de ser atribuído atualmente ao Estado um perfil “mais regulador” e que não haveria razões constitucionais e/ou públicas que pudessem fundamentar essa posição efetivamente inteligente.

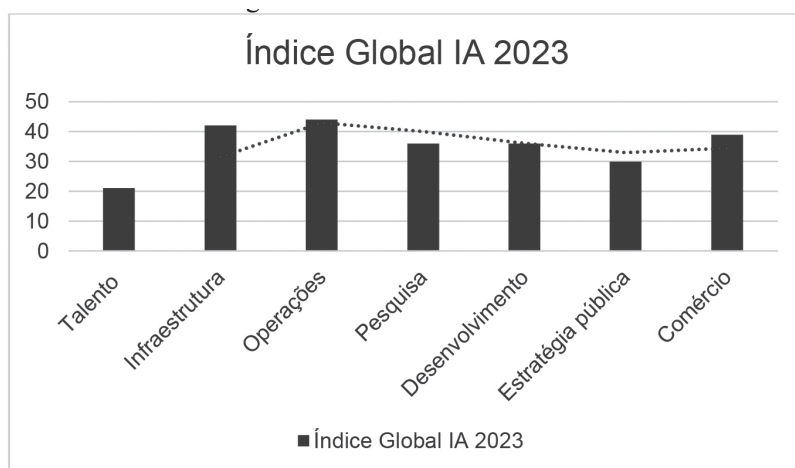
Todavia, o Estado brasileiro deve ter o tamanho que o projeto constitucional exige, sobretudo para salvaguardar o interesse público e tutelar os direitos fundamentais de cidadãos e cidadãs. Não à toa o art. 1º da Constituição de 1988 define enquanto fundamentos da República a soberania, a cidadania, a dignidade humana e o valor social do trabalho, que devem ser conciliados também com a livre iniciativa e o pluralismo político.

Nesse quadrante, mostra-se insuficiente e mesmo desarrazoado impor ao Estado apenas o papel passivo de consumidor de grandes modelos de linguagem, algoritmos, ao invés de reconhecer-lhe a indispensabilidade de uma atuação pré-ativa, proativa e coordenada para a construção de capacidade interna de competitividade frente aos interesses alienígenas.

Se há muito tempo “a concentração de capital também exigiu a mercantilização da terra”,¹⁹ atualmente a concentração de informações tende a pilhar e mercantilizar dados, não podendo o Estado adotar posição pública em favor ou, pelo menos omissiva, da criação de *comodities* informacionais para satisfação de interesses alheios à Constituição de 1988.

Para reforçar, em termos empíricos, a premência de políticas públicas de dados, infraestrutura e recursos humanos, importante citar as posições do Brasil no Índice Global de IA 2023 (*The Global AI Index*), realizado pelo Tortoise desde 2019.²⁰ No ranqueamento de 2023, o Brasil ocupou a posição geral n. 35, num processo de avaliação de 62 países em sete eixos distintos, em investimento, inovação e implementação de IA.

Figura 2 – The Global AI Index



Fonte: Tortoise, 2023.

A imagem mostra uma distorção entre critérios relevantes para a identificação do desenvolvimento de IA no país. Para mais exatidão, no eixo investimento, obteve-se os seguintes números: talento, 21; infraestrutura, 42;²¹ operações, 44. No eixo inovação: pesquisa, 36; desenvolvimento, 36. No eixo implementação: estratégia pública, 30; comércio, 39.²²

¹⁹ CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. São Paulo: Cultrix, 2018, p. 239.

²⁰ O ranqueamento utiliza posições numéricas, quanto mais distante de 1 menor a capacidade nos eixos analisados em termos de investimento (talento, infraestrutura, operações), inovação (desenvolvimento e pesquisa) e implementação (estratégia pública e comércio). TORTOISE. *The Global AI Index 2023*. 2023. Disponível em: <https://www.tortoisemedia.com/intelligence/global-ai/#rankings>. Acesso em: 12 set. 2019.

²¹ A título de informação, Virgílio Almeida afirma: “o Brasil ainda tem poucos centros com essa capacidade dos chamados supercomputadores, que é o 14 Bis e o Centro de Previsão de Tempo e Estudos Climáticos, de São José dos Campos”. ALMEIDA, Virgílio. *Potencial do Brasil para IA está na qualidade dos dados oficiais*. Desinformante, 2023. p. 1. Por Nina Santos e Matheus Soares. Disponível em: <https://desinformante.com.br/brasil-ia-dados/>. Acesso em: 12 set. 2024.

²² TORTOISE. *The Global AI Index 2023*. 2023. Disponível em: <https://www.tortoisemedia.com/intelligence/global-ai/#rankings>. Acesso em: 12 set. 2019.

Pelos números, pode-se inferir que o Brasil tem recursos humanos capacitados em IA, porém o número é considerável em relação à infraestrutura e operações em desenvolvimento, de forma que os profissionais da área acabam sem ter espaço apropriado para exercício de suas habilidades.²³ O mesmo padrão pode ser observado na pesquisa e desenvolvimento, o país tem uma posição relativamente melhor com relação à infraestrutura e operações, represando o avanço no desenvolvimento de modelos de linguagem propriamente brasileiros. Além disso, a estratégia pública não está alinhada com as áreas de investimento e inovação, inclusive em disparidade com relação ao comércio nacional, que por sua estratégia ainda tímida conduz para a posição do Brasil como mero consumidor de tecnologia estrangeira.

A Academia Brasileira de Ciências (ABC), em recomendações para o avanço da IA no Brasil reforça:

O Brasil não pode correr o risco de ser apenas um usuário de soluções IA concebidas no exterior. A dependência de outros países e de grandes empresas nesta área pode prejudicar a segurança e a soberania nacional, além da competitividade das empresas nacionais no país e no exterior.²⁴

Diante desse cenário, a construção de uma IA realmente brasileira, sugestivamente batizada aqui como IA Bethânia, enquanto comportamento público de enfrentamento à colonialidade digital, requer que os meios disponíveis ao Estado sejam alinhados, especificamente com a adoção de políticas públicas estatais para criação de base de dados nacional, infraestrutura computacional e atração de profissionais da área, comportamento fundamental para o desenvolvimento de um modelo de Estado inteligente, em consonância com a Constituição de 1988, impondo utilização ética, segura e sustentável para os algoritmos, promovendo o interesse público.

O Plano IA para o bem de todos 2024-2028, apresentado pelo Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia – do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação – ao Governo Federal, em julho de 2024, de maneira preliminar contempla as principais questões indicadas neste estudo, mormente a urgência de políticas públicas de infraestrutura, formação de profissionais e base de dados nacional para treinamento de IA. O plano contém cinco eixos de atuação pública para ações estruturantes em IA, que estabelece desafios, metas e recursos. O futuro, em diante, é monitorar a análise e implementação do plano, identificando se o país é capaz de forma factível de responder as demandas que a Inteligência Artificial impõe na esfera pública.

²³ Essa configuração nacional tem contribuído para o fenômeno conhecido como “fuga de cérebros”. Profissionais brasileiros capacitados em IA acabam por produzir para empresas e países estrangeiros ante a ausência de espaço tecnológico adequado no Brasil, reforçando uma posição de subalternidade com relação aos modelos de linguagem exteriores. VILICIC, Filipe. *Fuga de cérebros: Brasil está perdendo talentos em inteligência artificial para exterior*, diz ranking. BBC News. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cv2lklw14x9o>. Acesso em: 12 set. 2024.

²⁴ ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS. *Recomendações para o avanço da inteligência artificial no Brasil: GT-IA da Academia Brasileira de Ciências*. Rio de Janeiro: ABC, 2023. p. 4.

4 Considerações finais

A análise do processo de colonização conduz à compreensão de como a colonialidade se prolonga, especialmente no contexto digital e com relação aos países em desenvolvimento, particularmente aos países do Sul Global. Neste contexto, o que chama atenção é o deslocamento do fator de colonialidade do capitalismo que contemporaneamente é, sobretudo, baseado na instrumentalização tecnológica por grandes empresas (as chamadas *big techs*), concentrando informações e criando grandes modelos de linguagem, subalternizando os países que se tornam consumidores desse mercado impulsionado predominantemente pelo Vale do Silício – ainda que a Ásia já faça uma contraposição clara ao mercado dominante.

A colonialidade digital, marcada pelos interesses privados no capitalismo informacional, impõe ao Estado uma potencial limitação em sua função e seus objetivos. Assim, imprescindível decolonializar a esfera digital, mormente pelo reconhecimento da ausência de neutralidade dos algoritmos e atendimento a interesses que, em regra, não guardam sinergia com os interesses coletivos definidos nas constituições. A soberania tecnológica é essencial para a independência, autonomia e desenvolvimento pleno dos países.

No contexto brasileiro, a decolonialidade digital – enquanto resposta à colonialidade – é uma reação que evidencia a premência de um Estado mais ativo, não somente na atividade regulatória da tecnologia, em especial a questão da IA, mas também na criação e orientação de algoritmos e máquinas que sejam utilizáveis eticamente, com respeito à privacidade, aos direitos fundamentais e ao desenvolvimento sustentável.

Em síntese, aqui ganha destaque a figura do Estado inteligente como definição de um Estado voltado não somente à regulação da IA, mas igualmente na sua criação e orientação internamente, com a potencialidade de formular, implementar e avaliar políticas públicas a partir de sistemas de Inteligência Artificial que atendam primordialmente ao interesse coletivo.

Nesse cenário, há consolidação de uma interpretação da Constituição de 1988 que viabiliza ao Estado brasileiro a adoção dessa face inteligente, seja pelos fundamentos e objetivos da República, definidos nos artigos 1º e 3º, seja pela instituição do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação pela EC n.º 85/2015. Somada a essa lógica interpretativa, o desenvolvimento sustentável desponta como justificador do modelo de Estado inteligente.

Dessarte, a face inteligente do Estado brasileiro no contexto digital desagua na necessária adoção de políticas públicas como estratégias essenciais para a organização dos meios disponíveis à construção de uma IA ética, segura, adequada e sustentável, uma IA verdadeiramente brasileira – IA Bethânia, que, assim como Maria Bethânia – promova uma antropofagia nos algoritmos, absorvendo elementos que são fundamentais ao contexto brasileiro nas perspectivas social, econômica, política e jurídica.

A IA Bethânia, a ser construída a partir de políticas públicas próprias e adequadas ao Brasil, tem de focar notadamente na composição de banco de dados nacional, com qualidade, integridade e transparência; construção de infraestrutura computacional capaz de processar e “aprender” a partir de dados brasileiros em larga escala, além de fomentar a formação e atração de recursos humanos para suas operações e desenvolvimentos.

Políticas públicas para a implementação de uma IA brasileira têm a potencialidade de atribuir ao país capacidade criativa e concorrente no âmbito global, além de retirá-lo da posição de mero consumidor de algoritmos estrangeiros, de modo a alinhar seu desenvolvimento em IA com os objetivos definidos constitucionalmente e a centralidade do cidadão e cidadã – que são a razão de ser do Brasil, um possível e promissor caminho para a superação da dependência tecnológica e soberania em termos de IA.

O Plano IA para o Bem de Todos 2024-2028, elaborado pelo Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia, aponta importantes passos iniciais para a construção de um modelo de IA puramente brasileiro. Todavia, é prudente a atenção, em particular com os indicadores da execução do Plano na condição de política pública de Estado a longo prazo. Seguramente, o caminho é longo e aqui foram dados somente os primeiros passos – oxalá que tenham apontado na direção correta!

Referências

ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS. *Recomendações para o avanço da inteligência artificial no Brasil: GT-IA da Academia Brasileira de Ciências*. Rio de Janeiro: ABC, 2023.

ALMEIDA, Virgílio. Potencial do Brasil para IA está na qualidade dos dados oficiais. *Desinformante*, 2023. Disponível em: <https://desinformante.com.br/brasil-ia-dados/>. Acesso em: 12 set. 2024.

AVELINO, Rodolfo da Silva. Colonialismo digital: dimensões da colonialidade nas grandes plataformas. In: CASSINO, João Francisco; SOUZA, Joyce; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da (org.). *Colonialismo de dados: como opera a trincheira algorítmica na guerra neoliberal*. São Paulo: Autonomia Leterária, 2021. p. 69-86.

AZEVEDO, Daniel Alves. A Europa no banco dos réus: reflexões sobre as permanências da violência do colonialismo nos dias atuais. *Germinal: marxismo e educação em debate*, Salvador, v. 14, n. 2, p. 456-473, set. 2022.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. São Paulo: Cultrix, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA. Plano IA para o bem de todos. Brasília: MCTI, 2024.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturais*. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre os direitos fundamentais e a noção de interesse público no Estado constitucional de direito: o necessário diálogo entre irmãos siameses. In: NICOLITT, André; FÉLIX, Yuri (org.). *O STF e a Constituição: estudos em homenagem ao Ministro Celso de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 785-804.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Políticas públicas e responsividade: um caminho civilizatório em átimos de crise. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *O direito administrativo do pós-crise*. Curitiba: Íthala, 2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Soberania tecnológica vs. colonialidade digital: Estado inteligente e políticas públicas para uma IA Bethânia. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 45, n. 98, p. 1-33, dez. 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/103426/58056>. Acesso em: 21 jan. 2025

EU. The EU Artificial Intelligence Act: up-to-date developments and analyses of the EU AI Act. 2024. Disponível em: <https://artificialintelligenceact.eu/>. Acesso em: 12 set. 2024.

FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter. *Colonialismo digital: por uma crítica Hacker-Fanoniana*. São Paulo: Boitempo, 2023.

FLORÊNCIO, Roberto Remígio; TRAPIÁ FILHO, João de Sá Araújo; SANTOS, Carlos Alberto Batista dos. A brasilidade de Maria Bethânia em uma breve análise da estética antropofágica de brasileiro. *Revista Intersaberes*, Curitiba, v. 16, n. 38, p. 670-686, 25 jul. 2021. Disponível em: <https://www.revistasuninter.com/intersaberes/index.php/revista/article/view/2008>. Acesso em: 12 set. 2024.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GRIFFITH, Erin; METZ, Cade. Google compra tecnologia desenvolvida por brasileiro por R\$ 16,5 bi. 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2024/08/10/google-compra-tecnologia-desenvolvida-por-brasileiro-por-r-165-bi.gh.html>. Acesso em: 12 set. 2024.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; FARIAS, Mayara Helenna Verissimo de. Colonialidade do poder: a formação do eurocentrismo como padrão de poder mundial por meio da colonização da América. *Interações*, Campo Grande, v. 3, n. 21, p. 577-596, set. 2020.

MAZZUCATO, Mariana. Inteligência Artificial: o que esperar dos Estados. 2024. Outraspalavras. Disponível em: <https://outraspalavras.net/tecnologiaemdisputa/inteligencia-artificial-o-que-se-espere-dos-estados/>. Acesso em: 12 set. 2024.

MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu, 2018.

O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Santo André: Rua do Sabão, 2020.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais/perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

ROQUES-BONNET, Marie-Charlotte. *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique?* Paris: Michalon Éditions, 2010.

SENADO FEDERAL. Atividade legislativa: Projeto de Lei nº 2338, de 2023. 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 12 set. 2024.

SILVA, Diogo Cortiz da. *Conhecimento, tecnologia e futuro: análise do cenário de inovação dos países emergentes*. 2015. 177 f. Tese (Doutorado em Tecnologias da Inteligência e Design Digital) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

SILVA, Diogo Cortiz da. Inteligência Artificial, equidade, justiça e consequências. *Panorama setorial da internet*, São Paulo, n. 1, ano 12, maio, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/6/20200626161010/panorama_setorial_ano-xii_n_1_inteligencia_artificial_equidade_justi%C3%A7a.pdf. Acesso em: 12 set. 2024.

SOUSA, Thanderson Pereira de; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Constitucionalismo e administração pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 179-196, set. 2022.

TORTOISE. The Global AI Index 2023. 2023. Disponível em: <https://www.tortoisemedia.com/intelligence/global-ai/#rankings>. Acesso em: 12 set. 2019.

VILICIC, Filipe. Fuga de cérebros: Brasil está perdendo talentos em inteligência artificial para exterior, diz ranking. *BBC News*, 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cv2klw14x9o>. Acesso em: 12 set. 2024.

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

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Estado inteligente e políticas públicas para uma IA Bethânia. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 155-168. ISBN 978-85-450-0925-2.

O DIREITO ADMINISTRATIVO DO SÉCULO XXI

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Doutora em Direito Administrativo pela USP.
Professora Titular aposentada pela Faculdade de Direito da USP.
Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.
Doutora honoris causa pela Universidade Federal de Goiás.

Sumário: 1 Estrutura básica e transformações do direito administrativo. 2 O direito administrativo entre o direito privado e o constitucional. 3 Inovações que afetaram o direito administrativo no século XXI. 4 Reflexos da LINDB sobre o direito administrativo. 5 Reflexos do uso da inteligência artificial sobre o direito administrativo. Referências.

1 Estrutura básica e transformações do direito administrativo

Contra todas as pessimistas previsões dos que proclamavam a extinção do direito administrativo, esse ramo do direito público experimentou crescimento espetacular depois da Constituição de 1988. Ele cresceu com nova roupagem, mas mantendo o seu esqueleto, a sua estrutura básica. Ele continua sendo um ramo do direito caracterizado pelo binômio *prerrogativas e sujeições*, agora pendendo a balança para a valorização dos direitos individuais; ele continua aceitando a existência de *atos administrativos unilaterais, imperativos, auto executórios*, porém abrandados esses atributos pelo acréscimo da possibilidade de consenso na Administração Pública, por meio de termos de ajustamento de conduta, acordos de leniência, meios alternativos de solução de conflitos. Ele continua aplicando os *princípios da Administração Pública*, só que agora elevados a nível constitucional, com o consequente crescimento do princípio da legalidade e do controle judicial e, paralelamente, a redução da discricionariedade administrativa. Ele continua a tratar das *empresas estatais*, porém trata da desestatização, acompanhada da função de regulação e criação das agências reguladoras em grande quantidade. Continua a existir o *serviço público*, como atividade de titularidade estatal, porém acompanhado da devolução de uma parte à iniciativa privada, com sujeição aos princípios da ordem econômica. Continua a haver o *regime estatutário do servidor público*, porém convivendo com servidores

celetistas e temporários, além do pessoal terceirizado. Continua a ter aplicação o *princípio da supremacia do interesse público*, agora abrandado pela ideia de centralidade da pessoa humana, com a valorização dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. Continua a existir o *princípio da legalidade*, porém ampliado pela submissão da Administração Pública não só aos atos legislativos, mas também aos princípios e valores agasalhados pela Constituição de 1988 e que integram a ideia de Direito. A ideia de *controle*, especialmente pelo Poder Judiciário, continua a existir, como um dos lados da moeda do Estado de Direito, mas agora ampliado pela possibilidade de apreciação de aspectos antes vedados à apreciação judicial. Isto como consequência da constitucionalização do direito administrativo; além disso, o controle judicial convive com os meios alternativos de solução de conflitos.

É como se existissem dois direitos administrativos: um, o tradicional, que, durante muitos anos, foi ensinado aos alunos e aplicado no âmbito da Administração Pública; e outro que vem se formando ao longo dos últimos anos.

Quando se analisam as mudanças que o direito administrativo vem sofrendo, verifica-se que elas não são exclusivas do direito brasileiro, que se inspira, em grande parte, no *direito comunitário europeu*, ou seja, daquele direito comum que se formou na Europa em decorrência da formação da União Europeia. Lá houve uma aproximação entre os sistemas de base romanística e o sistema do *common law*, que passaram a conviver e a se influenciar reciprocamente.

Quais as principais mudanças apontadas pelos estudiosos do direito administrativo europeu? Resumidamente, são as seguintes:

- a) Internacionalização do direito administrativo, pela obrigatória adoção, por todos os países membros, de normas emanadas da Comunidade europeia;
- b) Constitucionalização do direito administrativo;
- c) Crescimento do direito público econômico;
- d) Progressão da consensualidade;
- e) Aproximação entre o direito administrativo e o direito privado, a ponto de se falar em fuga para o direito privado;
- f) Surgimento de instituições comuns a todos os ordenamentos jurídicos: as agências reguladoras (às vezes denominadas de autoridades administrativas independentes), acompanhado do crescimento da função de regulação;
- g) Maiores exigências quanto à motivação dos atos da Administração Pública;
- h) Incremento da participação do cidadão no processo administrativo, especialmente pelas exigências próprias do devido processo legal;
- i) Tutela jurisdicional dos direitos do cidadão perante a Administração Pública;
- j) Mudança na forma de conceber a supremacia do interesse público (que deixa de ser vista como atributo permanente, aplicável a qualquer situação, e se transforma em privilégio que deve ser concedido por lei); a supremacia e a unilateralidade são substituídas pelo consenso e pela bilateralidade;
- k) Direito à boa administração;
- l) Direito de acesso aos documentos;
- m) Proteção de dados de caráter pessoal.

A primeira característica – internacionalização do direito administrativo –, rigorosamente, somente se aplica aos países que são membros da União Europeia. No entanto,

isso não impediu que o direito brasileiro acompanhasse a mesma evolução e adotasse regime jurídico semelhante ao direito comunitário europeu.

2 O direito administrativo entre o direito privado e o constitucional

As mutações do direito administrativo obedeceram a duas forças opostas: uma que o puxa para o lado do direito privado; e outra que o atrai para o lado do direito constitucional. O direito administrativo ficou entre o direito constitucional e o direito privado.

No primeiro sentido, aconteceu a chamada privatização, que teve início em fins do século XX e continua no século atual, com o incremento das concessões de serviço público, a instituição das chamadas parcerias público-privadas, a desestatização, a terceirização etc.

No segundo sentido, houve a chamada constitucionalização do direito administrativo, não só pela elevação de matérias ao nível constitucional, mas também e principalmente pelos reflexos que essas matérias introduzidas na Constituição produzem sobre a interpretação da legislação infraconstitucional.

Consequências: (i) busca de maior equilíbrio entre as prerrogativas da Administração Pública e os direitos do cidadão; (ii) ampliação da legalidade e redução da discricionariedade; (iii) crescimento do consensualismo, para reduzir as prerrogativas da Administração Pública; (iv) rejeição ao princípio da supremacia do interesse público, hoje só aceito nas hipóteses em que o próprio direito positivo prevê a sua aplicação; (v) favorecimento à judicialização das políticas públicas, especialmente na área dos direitos sociais, levando os juízes a invadirem a esfera de atribuições dos demais Poderes, pela invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, em franca afronta à separação de poderes e ao equilíbrio orçamentário; (vi) substituição, em parte, da legalidade por constitucionalidade; (vii) surgimento de novas formas de interpretação, como a interpretação conforme à Constituição, as sentenças aditivas (que complementam o sentido da lei), a inconstitucionalidade por omissão; (viii) maior insegurança jurídica, pela imprecisão dos princípios, quando comparados às regras jurídicas; (ix) ativismo judicial, especialmente no âmbito do STF; (x) maiores garantias para o cidadão, como consequência da processualização do direito administrativo: o direito à informação, o direito de acesso aos documentos, o direito à proteção de dados pessoais, a previsão do devido processo legal, com os direitos de ouvir e ser ouvido, de se defender, de recorrer; (xi) intensificação da atuação dos órgãos de controle, como Tribunais de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário.

3 Inovações que afetaram o direito administrativo no século XXI

Entre as principais inovações mais recentes, que afetaram o direito administrativo brasileiro no século XXI, podem ser mencionadas:

- as alterações introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei n. 13.655/2018;
- as alterações na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei n. 14.230/2021, tornando muito mais difícil o combate à corrupção;

- a publicação da nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, com um formalismo exagerado e novas exigências que dificultam a sua aplicação por parte dos servidores públicos e mesmo pelos licitantes; a pergunta que se coloca e não encontra resposta é: porque complicar o que pode ser simplificado?

- as inovações tecnológicas, especialmente pela adoção de novos instrumentos de atuação da Administração Pública, como a Inteligência Artificial, ao lado dos tradicionais, contribuindo para a maior eficiência, mas também colocando em risco a certeza do Direito.

4 Reflexos da LINDB sobre o direito administrativo

Neste texto serão realçados os importantes reflexos que as alterações da LINDB produziram sobre o direito administrativo brasileiro. Ela reforça a aplicação dos princípios da Administração Pública, já consagrados pela doutrina e jurisprudência, mas agora transformados em verdadeiras regras jurídicas. A lei torna mais rigorosa a motivação das decisões administrativas, ao exigir que sejam levadas em consideração as consequências práticas, jurídicas e administrativas da decisão, especialmente quando determinar a invalidação do ato, contrato, processo, ajuste ou norma administrativa; e também quando exige sejam levados em consideração os obstáculos, as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas, sem prejuízo dos direitos dos administrados. A lei impõe a aplicação do princípio da proporcionalidade na invalidação dos atos e contratos e na aplicação das sanções. Ela impõe limites à responsabilização dos agentes públicos pelas decisões ou opiniões técnicas que emitirem, o que só pode ocorrer em caso de dolo ou erro grosseiro. Ela impede os excessos na aplicação das sanções, exigindo que em sua aplicação sejam levadas em conta as sanções anteriores, no que diz respeito à dosimetria da pena, para dar aplicação concreta ao velho princípio que veda o *bis in idem*. Veda, em nome da segurança jurídica, a retroação de nova orientação.

E note-se que a observância das normas da LINDB passou a ser exigida na Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 14.133/2021), ao lado dos princípios da licitação e contratação administrativa. Além disso, muitas de suas normas foram incluídas na Lei n. 14.230/2021, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa e também na Lei n. 14.965/2024, que dispõe sobre concursos públicos.

Não há dúvida, portanto, de que a LINDB, nos termos em que está hoje vigente, produziu importantes reflexos sobre o direito administrativo. Eu diria que ela, sob muitos aspectos, privilegiou o princípio da segurança jurídica, em detrimento do princípio da legalidade considerado em sentido estrito. Os exemplos que costumam ser mencionados pela doutrina, em que ocorre a aplicação do princípio da segurança jurídica, demonstram que em todos eles, a segurança jurídica é privilegiada em detrimento da legalidade: manutenção de atos inválidos, quando de sua invalidação decorrer prejuízo maior para o interesse público; manutenção de atos praticados por funcionário de fato (pela aplicação do princípio da impessoalidade); fixação de prazo para anulação (como consta do art. 54 da Lei n. 9.784/1999; regulação dos efeitos já produzidos (prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e no art. 11 da Lei n. 9.882/1999, que regulam, respectivamente, ação direta de inconstitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental). Com isso, tais hipóteses infringem o princípio da legalidade? A resposta é não, quando se

considera que os princípios (dentre os quais o da segurança jurídica) integram o conceito de legalidade em sentido amplo, correspondente ao próprio conceito de Direito. Os princípios convivem no ordenamento jurídico e têm que ser aplicados de modo a que nenhum deles se transforme em letra morta.

5 Reflexos do uso da Inteligência Artificial sobre o direito administrativo

Outro aspecto relevante e preocupante na atualidade do século XXI é o que diz respeito à utilização da Inteligência Artificial no âmbito da Administração Pública e dos órgãos de controle externo, como os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário.

Nos últimos tempos houve aumento espetacular da tecnologia. O mundo viu surgirem os telefones sem fio, os celulares, a internet, a computação em nuvem, os softwares, o whatsapp, o instagram, os blogs, os drones, os robôs, a inteligência artificial, com seu vocabulário muitas vezes difícil de entender, como os “chatbot”, os “blockchain” e outras palavras que nem mesmo têm tradução para o português. Tudo isso faz parte do patrimônio de uma parcela, talvez bem pequena, da população. Cerca de 29 milhões de brasileiros não têm acesso à internet. No entanto, fala-se em governo digital, em inclusão digital, em algoritmo, em coisas que estão fora do alcance da maior parte da população brasileira e, provavelmente, da população mundial.

O escritor Dan Brown, que escreveu vários livros de ficção (que vão cada mais se aproximando do mundo real), em um deles, chamado *A origem*, coloca entre os personagens um robô que tem forma humana e age como tal, inclusive para assassinar seres humanos. Na parte final do livro, o autor faz uma observação, bastante preocupante, quando diz que, em pouco anos, o homem se tornará escravo da máquina. E isto já vem ocorrendo, quando se veem crianças nos primeiros anos de vida viciadas no uso de celular. Tem-se notícia de que chegam alunos na Faculdade, em curso de computação, que nunca usaram um computador, não sabem salvar um arquivo, não sabem datilografar. Só sabem usar o celular. Tornaram-se escravos do celular. Antes disso, houve época em que o vício era o computador. Grande parte das pessoas é viciada nas redes sociais. No último dia 22 de agosto de 2024, o jornal *O Estado de São Paulo* publicou um artigo que pegou duas páginas, intitulado “*Por que se desconectar é cada vez mais difícil*”. A primeira frase impressa diz que “*mais jovens admitem malefícios do uso excessivo da tecnologia, mas dizem não conseguir evitá-lo*”.

Também foi publicada, recentemente, uma revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, na qual se faz menção a uma frase de Stuart Russel (professor da Universidade da Califórnia, em Berkeley), em que ele teria afirmado, em uma palestra feita em 2013, que “*o sucesso (do desenvolvimento da IA superinteligente) será o maior acontecimento da história humana...e talvez o último acontecimento da história humana*”. Ele considera que o modelo de IA, que ele vê como “*padrão pelo mundo, é, em sua opinião, uma ameaça à sobrevivência dos seres humanos*”.

Ainda constitui preocupação dos que se dedicam à matéria o fato de que toda essa tecnologia, inclusive a IA, vai contribuir para o emburrecimento do ser humano, uma vez que o cérebro vai sendo substituído pela máquina. Ao invés do ser humano raciocinar, ele encontra respostas nas máquinas. Respostas nem sempre verdadeiras.

Outra preocupação é com o desemprego em massa que pode ser provocado pela IA. A previsão é de que 47% dos empregos vão deixar de existir.

Dentre a maioria entusiasta da IA, surgem vozes que revelam preocupação com o seu avanço. Mas o fato é que a tecnologia não para de evoluir. Essa evolução é irreversível. O que preocupa é o fato de que ela vem evoluindo sem qualquer tipo de controle. O mesmo ocorre com outras invenções técnicas que já têm ampla aplicação. Não é preciso ir muito longe, basta pensar no mau uso da telefonia por pessoas inescrupulosas, que a usam para aplicar golpes e atrapalhar a vida do cidadão com *fake news*. Como a Anatel não consegue controlar, muita gente já cancelou a telefonia fixa em sua residência. No entanto, agora o mesmo mau uso se verifica por meio dos celulares. Vale dizer que muitas das tecnologias que foram vistas como grandes conquistas acabaram se revelando maléficas sob vários aspectos.

É curioso que os manuais de direito administrativo não cuidem do tema. Nem no meu livro “Direito Administrativo” se encontra algum estudo sobre a matéria. Apenas se costuma fazer uma referência no capítulo da licitação, tendo em vista hipóteses de contratação direta. Mas sempre sem muito aprofundamento. Isto talvez ocorra porque a tecnologia ainda constitui matéria afeta à engenharia, à informática, à ciência da computação, à ciência da Administração. Talvez o mundo jurídico esteja um pouco atrasado, porque só agora desperta para a necessidade de enquadrar as novas tecnologias na legislação vigente, como a lei de acesso à informação, (Lei n. 12.527/2011), a lei geral de proteção de dados (Lei n. 13.709/2018), a lei da liberdade econômica (Lei n. 13.874/2019), a lei que é considerada o marco legal da Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei n. 13.243/2016). Na União Europeia e nos Estados Unidos já existe regulamentação. No Brasil, embora haja projeto em andamento no Congresso Nacional, ainda não se fez estudo mais aprofundado que permita a adequada regulamentação. No âmbito do Poder Judiciário, normas foram editadas pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução CNJ n. 332/2020 e Ato Normativo 0000563-47/2025.2.00.0000, aprovado na primeira Sessão Extraordinária de 2025).

A omissão da área jurídica tem contribuído para o avanço do uso das inovações tecnológicas, especialmente da IA. Elas vão correndo paralelamente aos tradicionais instrumentos de atuação do Poder Público. Elas já vêm sendo adotadas por órgãos e instituições públicas, seja na esfera da Administração Pública, seja no âmbito do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas. Também aqui cabe o alerta de que esses órgãos não estão protegidos contra o mau uso. Em uma palestra proferida Instituto dos Advogados de São Paulo, no fim de 2023, um dos palestrantes relatou um fato ocorrido perante o Judiciário norte-americano: um advogado citou, em defesa de seu cliente, seis precedentes judiciais. O advogado da parte contrária quis conhecer esses precedentes e constatou que nenhum deles existia. Tinham sido criados pela inteligência artificial.

Apesar da falta de regulamentação, o TCU e alguns Tribunais de Contas estaduais e municipais vêm adotando novas técnicas que têm o pretense objetivo de garantir maior eficiência, com produção de maior eficácia no trabalho da instituição. Inclusive vem sendo utilizado o ChatGPT, porém baseado em dados do próprio Tribunal.

Na realidade, são conquistas importantes, uma vez que podem contribuir para a maior eficiência dos órgãos administrativos e dos órgãos de controle, desde que não se descuide da necessidade de que a eficiência produza a eficácia, ou seja, os melhores

resultados. Não adiante garantir a eficiência, que constitui princípio constitucional, se a eficácia (considerada como a aptidão para produzir resultados adequados) ficar prejudicada. Além disso, é necessário que essas conquistas não passem por cima de direitos individuais e levem à inobservância de princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente os da motivação, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica.

Os riscos do mau uso da IA são muito maiores quando essa tecnologia é utilizada, sem qualquer tipo de regulamentação, no âmbito da Administração Pública, dos órgãos de controle, inclusive do Poder Judiciário. Algumas cautelas devem ser observadas:

- a) Os dados em que se baseiam os instrumentos de tecnologia (especialmente na IA) têm que ser muito confiáveis sob pena de prejudicarem a segurança jurídica, que constitui um dos princípios considerados implícitos na Constituição Federal, porque inerente ao Estado de Direito. A falta de precisão dos dados pode prejudicar os resultados, podendo causar danos ao próprio órgão que os utiliza, ao erário e aos destinatários da atuação do poder público. Tem-se que levar em consideração que a máquina não erra sozinha. Ela erra se se basear em dados incorretos, que são levantados e colocados nos bancos de dados por seres humanos, que podem errar, voluntaria ou involuntariamente. Trabalhei, por cinco anos, em um órgão jurídico, a Assessoria Técnico-Legislativa, que é vinculada à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Lá, além de proferir pareceres, a atividade principal consiste em analisar projetos de lei, prepará-los para sanção ou redigir vetos a serem submetidos ao Governador. O Chefe do órgão, à época, costumava dizer que *“errar é humano”*, mas ali não era possível errar. Por conta disso, criou um sistema de revisão: todos os trabalhos que envolvessem elaboração legislativa ou vetos contavam, obrigatoriamente, com a colaboração de um Assessor que os redigia e de um Assessor que os revisava, sem falar na revisão feita pela própria Chefia. Em instituições encarregadas do controle da Administração Pública, são absolutamente inadmissíveis quaisquer erros no levantamento de dados a serem utilizados pela IA. Fiz, recentemente, pesquisa sobre o andamento de uma ação judicial que envolvia um cliente e a USP: a informação foi dada, mas imediatamente a seguir vinha o esclarecimento de que ela tinha sido dada por IA e que, por isso, podia conter erros!
- b) A utilização de precedentes, tanto no âmbito da Administração Pública, como no Poder Judiciário e nos órgãos de controle, como os Tribunais de Contas, tem que ser feita com muita cautela, tendo em vista as peculiaridades de cada caso. O uso indiscriminado de precedentes pode prejudicar os princípios da motivação e da segurança jurídica.
- c) Não existem ainda procedimentos hábeis para impedir o mau uso da tecnologia de informação. Nos Estados Unidos, ao se cogitar de regulamentação da IA, estava-se cogitando de inserir uma marca d'água em todos os textos produzidos pela IA, de maneira a alertar o leitor sobre a origem do texto. O mau uso da tecnologia pode causar prejuízos incalculáveis à instituição e à eficácia de suas decisões.

O mau uso constitui preocupação geral dos especialistas. No dia 1º/11/2023 saiu um artigo no jornal *“O Estado de São Paulo”*, em página específica sobre inovação tecnológica, com o subtítulo *“Tecnologia. Dores do crescimento”*. Trata-se de texto publicado em Nova York e traduzido para o português. Em realce está a seguinte frase:

“Possibilidade de personalização de sistemas pode virar porta aberta para a disseminação de material impróprio”.

A preocupação é exatamente com a dificuldade que as empresas que utilizam a IA enfrentam para impedir o mau uso da IA. Em outro trecho está escrito o seguinte:

“As empresas tentam liberar a IA para bons usos e manter seus usos ilegais trancados a sete chaves”, disse Scott Emmons, pesquisador da Universidade da Califórnia, EUA, especializado nesse tipo de tecnologia. “Mas ninguém sabe como fazer uma fechadura.”

- d) O uso da IA não pode prejudicar os direitos fundamentais, especialmente o direito de acesso ao processo, o direito à obtenção de certidão, o devido processo legal e o direito ao sigilo que protege a privacidade garantida pela Constituição. Em suma, os direitos fundamentais não podem, em nome da busca de eficiência, ser prejudicados pelo uso da tecnologia no âmbito dos órgãos públicos.
- e) Tem que ser respeitada a privacidade das pessoas alcançadas pela atuação da Administração Pública e dos órgãos de controle; é verdade que os órgãos de controle têm o direito de acesso a todos os documentos e informações necessários ao exercício de sua atividade institucional, já que o sigilo não existe perante tais órgãos; mas, se desrespeitado o direito ao sigilo e à privacidade, mediante o compartilhamento indevido dos dados sigilosos, incide a responsabilidade, até criminal, de quem o desrespeitou. A exigência de respeito ao sigilo consta expressamente do art. 169, § 2º, da Lei n. 14.133/2021; a transparência no âmbito de atuação do Poder Público, inclusive dos órgãos de controle, tem que ser equilibrada com o direito à privacidade e ao sigilo das informações coletadas. Informações sigilosas não podem constar de bancos de dados sem as devidas cautelas.
- f) É imensa a distância entre o conhecimento adquirido e aplicado pelos órgãos de controle na utilização da tecnologia da informação e o conhecimento técnico da grande maioria dos entes controlados e de seus agentes. A inclusão digital, que exige democratização do acesso à tecnologia, vem sendo feita de cima para baixo. Nem poderia ser diferente porque é nos órgãos de elite do Estado (dentre eles os TCs) que existem recursos financeiros e humanos aptos à consecução desse objetivo. No entanto, a exclusão digital da maior parte da população, inclusive dos agentes públicos, constitui fator de imensa desigualdade administrativa e social. Para equilibrar os dois polos, espera-se que os órgãos de controle extrapolem de suas atribuições constitucionais e desempenhem o papel de educadores, por meio de suas escolas de contas e por meio da edição de atos normativos com instruções e diretrizes para os órgãos controlados.

- g) Essa mesma desigualdade de conhecimentos recomenda que os órgãos de controle levem em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em suas decisões. Em prol da aplicação desses princípios, é de grande utilidade a aplicação das normas da LINDB, introduzidas pela Lei n. 13.655/2018, que, entre outras medidas, exige: (i) que se levem em conta os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas pública (art. 22); (ii) que a motivação de suas decisões demonstre a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em função de possíveis alternativas (art. 20, parágrafo único); (iii) que a motivação das decisões indique as consequências jurídicas e administrativas dela decorrentes (arts. 20 e 21); (iv) que se observe a norma que veda a retroação de nova orientação geral; (v) que as invalidações respeitem as situações plenamente constituídas, desde que decorram de orientação vigente à época em que foram praticados. A utilização de precedentes não pode descumprir esses mandamentos, que dizem respeito à adequada motivação das decisões tomadas pelo poder público.
- h) Em benefício da transparência, devem ser observados pelos órgãos de controle os dispositivos da Lei de Acesso à informação, porém com observância das normas que protegem a privacidade e o sigilo; principalmente, devem ser levadas em consideração as normas da Lei Geral de Proteção de Dados.
- Em resumo, para quem é leigo em matéria de tecnologia, ficam as indagações:
- 1^a) Como fica o princípio da transparência, que inclui o direito à informação, a publicidade, o direito de acesso ao processo, a motivação, diante do uso da IA pelos órgãos de controle? Do outro lado da moeda, como fica o equilíbrio entre transparência e direito à intimidade?
 - 2^a) Como fica a observância da Lei Geral de Proteção Geral de Dados, diante da existência de algoritmos repletos de informações sobre o cidadão?
 - 3^a) Como fica o velho princípio consagrado no âmbito do direito administrativo, de que o interesse público primário (de que é titular a coletividade) deve prevalecer sobre o interesse público secundário (de que é titular a máquina administrativa)?
 - 4^a) Como fica o princípio da segurança jurídica?
 - 5^a) O emprego de precedentes pode prejudicar a exigência constitucional de motivação, que é indispensável não só para permitir o controle pelos órgãos públicos, mas também e principalmente para fins de controle social?

As questões assim colocadas demonstram que é muito longo e complexo o caminho a percorrer, no embate entre os avanços proporcionados pela tecnologia (que pode melhorar a eficiência na atuação dos órgãos públicos e a observância do interesse público secundário, representado pela máquina administrativa) e a importância de proteger os direitos fundamentais do homem, para o que é relevante a observância de princípios do direito administrativo, como a motivação, o interesse público, a segurança jurídica, a razoabilidade, dentre outros.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 5 set. 1942

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. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 18 nov. 2011

BRASIL. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 12 jan. 2016

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. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 18 nov. 2011

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); e dá outras providências. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 20 set. 2019

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário. *Diário da Justiça Eletrônico: Seção 1*, Brasília, DF, 26 ago. 2020.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo do século XXI. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 169-178. ISBN 978-85-450-0925-2.

LIMITES DAS MUTAÇÕES CONTRATUAIS NOS INSTRUMENTOS DE PARCERIA COM O TERCEIRO SETOR

RICARDO AGRA VILLARIM

Mestrando em Direito Administrativo pela UFMG.
Procurador da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais.

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

Professora do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG.
Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela UFMG.
Pesquisadora de Produtividade FAPEMIG - CNPq - Brasil (Processo APQ- 06636-24).
Advogada.

Sumário: 1 Introdução. 2 Notas sobre o regime jurídico dos instrumentos de parceria com o terceiro setor. 2.1 Natureza jurídica das parcerias com o terceiro setor. 2.2 Termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação. 2.3 Contrato de gestão. 2.4 Termo de parceria. 3 Mutabilidade das parcerias com o terceiro setor. 3.1 Definição de mutabilidade. 3.2 Espécies de alterações. 4 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

À falta de um diploma legal que disciplinasse as parcerias entre a administração pública e as entidades privadas sem fins lucrativos, utilizava-se o instrumento do convênio fundamentado no hoje revogado art. 116¹ da Lei n. 8.666/1993. Havia, pois, uma só disciplina jurídica a reger tanto a cooperação entre os entes federados quanto o fomento e a colaboração entre a administração pública e as entidades do terceiro setor.²

¹ A utilização do convênio para firmar parcerias com entidades do terceiro setor não é uma novidade da Lei n. 8.666/1993. Antes dela, o art. 82 do Decreto-Lei n. 2.300/1986 já tinha previsão nesse sentido.

² O terceiro setor é compreendido como o “conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, institucionalizadas e constituídas conforme a lei civil, sem fins lucrativos, que perseguem finalidades de interesse público.” (DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 104)

Em comum, essencialmente esses vínculos tinham as características da mútua colaboração e do alinhamento de interesses institucionais, que os estremavam dos contratos administrativos, marcados pela oposição de interesses e pelo caráter contraprestacional. Assim, embora existissem importantes dessemelhanças entre a cooperação entre os entes federados e as parcerias com o terceiro setor elas estavam enredadas normativamente no conceito de convênio.³

À época, a doutrina já reconhecia o convênio como espécie contratual,⁴ mas buscava reunir características que opusessem os convênios dos contratos administrativos.⁵ Esse movimento doutrinário, aparentemente contraditório, também tinha impactos sobre os aspectos formais dos convênios, uma vez que o art. 166 da Lei n. 8.666/1993 não especificava quais as disposições regentes dos contratos administrativos que também seriam aplicáveis a eles.⁶

Como resultado, segundo Thiago Doninni, a vaga disciplina oferecida pelo art. 116 da Lei n. 8.666/1993 produziu inadequações persistentes nas parcerias com o terceiro setor, notadamente em relação à equiparação dos deveres de entidades privadas aos da administração e ao regime de alteração dos convênios, cujos valores e prazos de vigência, muitas vezes, eram definidos pelas regras dos contratos administrativos em sentido estrito.⁷

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.019/2014, que institui o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), as parcerias da administração pública com o terceiro setor receberam formatação contratual e disciplina jurídica próprias, que nos termos dos seus artigos 84, caput, vedou a aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/1993, com exceção para os convênios da área da saúde (art. 199, §1º da CR/1988).

Todavia, em alguns aspectos, o MROSC acabou aproximando os instrumentos de parceria por ele instituídos dos contratos administrativos. E assim é que algumas discussões originadas pela aplicação lacunosa da Lei n. 8.666/1993 aos convênios foram renovadas com a entrada em vigor do MROSC, não só em relação às parcerias disciplinadas pelo próprio Marco, mas também em relação a parcerias disciplinadas por outros diplomas legais, as quais também passaram por processos de revisão da regulamentação orientados pelas inovações trazidas pelo novo diploma legal, como é o caso dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais.⁸

³ O Decreto Federal n. 6.170/2007 (revogado pelo Decreto n. 11.531/2023), em seu art. 1º, §1º, I, ao conceituar convênio incluía as entidades do terceiro setor como convenientes.

⁴ Para Marçal Justen Filho, os convênios são uma espécie de contrato cooperativo, onde não se afigura a contraposição de interesses que há nos contratos comutativos, pois todos os partícipes do negócio estão voltados à consecução de um objetivo comum (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 871).

⁵ Cf. o quadro distintivo entre os contratos e os convênios em DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado...* Op. cit. p. 286)

⁶ De modo lacunoso, o caput do art. 116 previa apenas a aplicação das disposições da lei “no que couber” aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. Pouco importava se o convênio instrumentalizasse uma cooperação entre entes públicos ou uma parceria da administração pública com entidades privadas sem fins lucrativos do terceiro setor.

⁷ DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. Hipóteses e limites para alterações dos termos de colaboração e de fomento na Lei n. 13.019/14. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 195.

⁸ Em 3 de novembro de 2017, entrou em vigor o Decreto n. 9.190, que regulamenta o contrato de gestão previsto no art. 20 da Lei n. 9.637, de 1998.

Dentre essas discussões, está o problema quanto aos limites para a mutabilidade das parcerias com terceiro setor e que constitui o objeto do presente trabalho. Como a mutabilidade das parcerias com o terceiro setor não está amparada em bases legais providas de critérios e limites objetivos, o presente trabalho objetiva responder ao seguinte questionamento: quais os limites quanto à vigência, objeto, valor e metas para a mutação das parcerias com o terceiro setor (parcerias do MROSC, contrato de gestão e termo de parceria)?

O enfoque metodológico dado ao trabalho é jurídico-dogmática baseada nas abordagens jurídico-interpretativa e jurídico-comparativa de diplomas normativos federais que disciplinam os aludidos instrumentos jurídicos. Ou seja, buscar-se-á compreender os aspectos da disciplina jurídica prevista no MROSC, na Lei n. 9.637/1998 e na Lei n. 9.790/1999 que norteiam as alterações dos ajustes por elas regulados. Isso será feito considerando as aproximações e distinções existentes entre esses diplomas e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, vez que este último diploma legal tem exercido influência na mutabilidade das parcerias com o terceiro setor.

O estudo tem como fontes primárias o MROSC, a Lei n. 9.637/1998, a Lei n. 9.790/1999 e os seus respectivos regulamentos federais, bem como a decisão proferida pelo STF na ADI 1.923 e decisões do TCU da bibliografia sobre o tema. Como fontes secundárias, o estudo se baseará na doutrina e nos escassos artigos e produções acadêmicas sobre o tema.

Tomou-se como referencial teórico a compreensão de Bandeira de Mello de que as parcerias firmadas com as entidades do terceiro setor possuem natureza contratual.

Para tanto, o estudo foi estruturado em quatro seções, a começar pela introdução. Na seção 2, será examinada a natureza jurídica das parcerias com o terceiro setor, bem como os aspectos de maior destaque dos instrumentos previstos no MROSC, na Lei n. 9.637/1998 e na Lei n. 9.790/1999. Na seção 3, após a definição de mutabilidade, serão analisadas as espécies de alterações dos instrumentos de parceria. Por fim, a seção 4 será dedicada às considerações finais e à conclusão do estudo.

2 Notas sobre o regime jurídico dos instrumentos de parceria com o Terceiro Setor

2.1 Natureza jurídica das parcerias com o terceiro setor

Com a entrada em vigor do MROSC e a disciplina jurídica do art. 116 da Lei n. 8.666/1993 e art. 199, §1º da CR/1988, as parcerias com o terceiro setor ganharam, então, instrumentos jurídicos próprios: o termo de colaboração, o termo de fomento e o acordo de cooperação. Apesar dessa distinção formal e de regime jurídico, elas continuam compartilhando as características da mútua cooperação e do interesse recíproco que também são ínsitas aos convênios. Por essa razão, continua atual parte das considerações que a doutrina costumava fazer sobre a natureza contratual dos convênios inclusive para os instrumentos previstos na Lei n. 13.019/2014.

Todavia, nem sempre foi reconhecida a natureza contratual dos convênios.⁹ Seguindo Meirelles, em certo momento, consolidou-se entre os administrativistas o entendimento de que os convênios não teriam natureza jurídica contratual, pois, conforme o autor, “Nos contratos, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes”.¹⁰ Em semelhante sentido, Di Pietro afirma que o convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades, mas é um acordo de vontades com características próprias, pois, se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade do art. 116 da Lei n. 8.666/1993.¹¹

Embora majoritária, essa posição não era uníssona, pois prestigiados autores já reconheciam a natureza contratual dos convênios, como era o caso de Bandeira de Mello.¹²

Na esteira do entendimento majoritário, também se reconhecia como de natureza convencional – opondo-se, portanto, aos contratos – o termo de parceria e o contrato de gestão disciplinados pela Lei n. 9.790/1999 e pela Lei n. 9.637/1998.¹³

No julgamento da ADI n. 1.923, que apreciou a constitucionalidade da Lei n. 9.637/1998, seguindo a doutrina majoritária sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que o contrato de gestão possui natureza convencional. Para isso, a corte considerou que a qualificação como OS configura hipótese de credenciamento, não sujeito a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que para ele não seria contrato, e pela inexistência de competição, pois todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente. Além disso, levou em conta que o contrato de gestão consubstancia a conjugação de esforços com harmonia entre as posições subjetivas, na busca de um negócio associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados.¹⁴

⁹ Diante de uma pluralidade de pactos instituídos por lei e da impossibilidade de aplicação do regime jurídico da Lei n. 8.666/1993 às parcerias com o terceiro setor, havia defendido que “convênio e contrato são espécies do gênero ‘acordo administrativo’ e que este último pode ser concebido como convenção celebrada entre a Administração Pública e os particulares para fins de desempenho de atividades de interesse público, sob o regime jurídico administrativo”. (DIAS, M. T. F. *Acordos administrativos: reflexões e apontamentos para a revisão da legislação dos contratos administrativos*. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MATOS, Frederico Nunes de; ARÊDES, Sirlene Nunes. *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, v. 1. p. 205-224). O MROSC e a nova disciplina da Lei n. 14.133/2021 alteraram a disciplina normativa da matéria conforme será desenvolvido no trabalho.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 535-536.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 384-385.

¹² Para o autor, “O contrato, como instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas: a dos contratos em quem as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõe pela comunidade de interesses, pela finalidade que impulsiona. Estes últimos são os contratos que originam as associações, as sociedades. Os do primeiro tipo são todos os demais contratos. A Lei de Contratos Administrativos cogita desta última espécie. Já os convênios e os consórcios correspondem a contratos do segundo tipo – ou seja, daqueles que as partes têm interesses e finalidades comuns.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 635).

¹³ Como assinalado em obra anterior: “A maioria esmagadora da literatura sobre o tema estudado aponta a semelhança indiscutível entre o termo de parceria, o contrato de gestão e o convênio, entendidos como instrumentos destinados à formação de um vínculo de cooperação das entidades sem fins lucrativos e devidamente qualificadas pelo poder público. (DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 192).

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17.12.2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>. Acesso em: 10 out. 2024.

É importante observar que, nesse julgado, o STF afastou o contrato de gestão do fundamento constitucional das contratações administrativas, que é o art. 37, XXI,¹⁵ da CF. Além disso, a Corte considerou que a não realização de licitação era consequência do fato de o contrato de gestão não ter natureza contratual.

A oposição entre os convênios e os contratos administrativos considera os seguintes critérios distintivos: do lado dos convênios, entre outras, eram arroladas características como interesses e objetivos institucionais comuns, ausência de finalidade lucrativa, ausência de cláusulas exorbitantes e inexistência de licitação; do lado dos contratos, eram mencionados o caráter contraprestacional, a finalidade lucrativa, a presença de cláusulas exorbitantes e a existência de licitação.¹⁶

Após o MROSC, os argumentos que eram utilizados para essa distinção perderam sentido em relação às parcerias com o terceiro setor. Trata-se de norma geral de abrangência nacional, editada com fundamento no art. 22, XXVII, da Constituição da República, que prevê a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.¹⁷ O MROSC, portanto, parte da premissa de que os instrumentos de parceria nele previstos possuem natureza contratual, pois, do contrário, a União não deteria competência para editar norma geral sobre o tema.¹⁸

Tal diploma veio ao encontro do entendimento que já dava sinais de que se tornaria predominante entre administrativistas conforme trabalhos de Sundfeld e Pagani de Souza¹⁹ e Florivaldo Araújo e Gustavo Magalhães.²⁰

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2024.

¹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 671-672.

¹⁷ Sobre o tema cf. DIAS, M. T. F.; BONIN, S. M. Parcerias da administração pública com as organizações da sociedade civil: análise da Lei n. 13.019/2014 como norma geral de contratação pública In: MUZZI FILHO, C. V.; SABO PAES, J. Eduardo; DIAS, M. T. F. (org.). *Relações Administrativas Bilaterais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, v. 1. p. 145-175.

¹⁸ Advirta-se que há quem não concorde com essa posição. Para Cristiana Fortini, Luana Magalhães Cunha e Priscila Giannetti, “[...] parece-nos faltar respaldo constitucional à pretensão da esfera federal de transpor aos demais entes federados as regras que, no seu sentir, deveriam conduzir a celebração, gestão e fiscalização de vínculos desse jaez” (FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Giannetti Campos. O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: inovações da Lei n. 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 67)

¹⁹ Como propunham Sundfeld e Pagani, antes mesmo da publicação da Lei n. 13.019/2014: “Já passou o tempo em que as parcerias do Estado com o Terceiro Setor não tinham caráter sinalagmático e não inspiravam os cuidados de um contrato, mas, supunha-se, exigiam apenas a atenção de um instrumento de outro naipe, cujo regime era tanto incerto e nisso não se viam maiores problemas. Hoje, fazem-se parcerias que envolvem prestações e contraprestações, implicam gastos de milhões de reais, revelam-se indispensáveis à prestação de diversos serviços de relevância pública e, ainda. São meio de fomento à realização de valores caríssimos à sociedade moderna, como a defesa de direitos difusos e coletivos, a cidadania, o associativismo e a filantropia.” (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011, p. 59. Disponível em: <https://revistaec.com/index.php/revistaec/issue/view/33>. Acesso em: 10 dez. 2024).

²⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei n. 11.107/2005. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 16, n. 181, p. 33-42, jan. 2017.

Com o MROSC, consolida-se a compreensão de que as parcerias com o terceiro setor fazem parte da atividade contratual do Estado, inclusive aquelas previstas em outros diplomas legais, como o contrato de gestão e o termo de parceria.²¹

O regime jurídico conferido pela Lei n. 13.019/2014 ao termo de colaboração, ao termo de fomento e ao acordo de cooperação também reforça a natureza contratual das parcerias com o terceiro setor. Várias regras previstas para os aludidos instrumentos os aproximam dos contratos administrativos. É o caso da exigência de chamamento público, da possibilidade de celebração direta mediante dispensa e inexistência de chamamento, da previsão de sanções para descumprimentos contratuais e da própria estabilidade contratual que o MROSC assegura.

O contrato de gestão e o termo de parceria possuem regime jurídico diverso do MROSC. As leis que os instituem não foram editadas com fundamento no art. 22, XXVII, da CF, razão pela qual não são normas gerais de abrangência nacional. Ainda assim, também se reconhece ao contrato de gestão e ao termo de parceria a natureza contratual, uma vez que estipulam obrigações e direitos como em qualquer relação contratual, inclusive com contraposição de interesses entre as entidades do terceiro setor e o ente público.²²

Firmada a premissa teórica de que as parcerias com o terceiro setor possuem natureza contratual e que se diferenciam dos contratos administrativos apenas por possuírem estatuto diverso, nas subseções seguintes serão analisados os aspectos dos regimes jurídicos dos instrumentos de parceria com o terceiro setor que influenciam a disciplina de sua mutação.

2.2 Termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação

O art. 2º, III, da Lei n. 13.019/2014 estabelece como espécies de parceria²³: o termo de colaboração, o termo de fomento ou acordo de cooperação.

Por meio do termo de colaboração, são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros (art. 2º, VII); por meio do termo de fomento, são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública

²¹ Como definiu Mânica: “[...] parcerias com o terceiro setor é a denominação atribuída aos diversos vínculos contratuais por meio dos quais entidades do terceiro setor obtêm do Estado recursos financeiros, físicos ou humanos para o desenvolvimento de uma atividade ou a realização de um projeto de interesse público previamente ajustados.” (MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução de tarefas estatais e o novo Direito do Terceiro Setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 116-117).

²² FERREIRA, Madson Alves de Oliveira. *Governança contratual por intermédio do terceiro setor: critérios para a adoção do regime jurídico das parcerias*. Orientadora. Maria Tereza Fonseca Dias. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023. p. 50.

²³ Parceria foi definida no art. 2º, III, da Lei n. 13.019/2014 como “[...] conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto [...]” (BRASIL. Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm. Acesso em: 10 nov. 2024).

com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros (art. 2º, VIII); e por meio do acordo de cooperação, são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros (art. 2º, VIII-A).

O objeto da parceria poderá ser a execução de atividade ou de serviço. Atividade é definida pela lei como o conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil (art. 2º, III-A). Projeto é definido como conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil (art. 2º, III-B).

Como se trata de atividade não compulsória, haja vista a ausência de competência estatal para a prestação do serviço, o fomento possui natureza transitória, diferenciando-se, pois, dos serviços públicos que o Estado tem o dever de prestar continuamente.²⁴ Assim, o fomento mais se relaciona ao que a Lei n. 13.019/2014 define como projeto, enquanto o serviço público mais se amolda ao conceito de atividade.

Disso decorre que o termo de fomento é instrumento mais adequado à formalização de parcerias que objetivam a execução de projetos, e o termo de colaboração é o mais adequado para a execução de atividades. O Decreto federal n. 8.726/2016 acatou parcialmente essa distinção, ao restringir o termo de fomento à execução de parcerias que tem como objeto projetos (art. 2º, §1º).²⁵ O termo de colaboração foi previsto tanto para execução de atividade quanto de fomento. Já o acordo de cooperação – apesar de não especificado pelo decreto – é mais apto a instrumentalizar atividade de fomento, uma vez que a prestação de serviços públicos geralmente traz elevados custos.²⁶

A Lei n. 13.019/2014 exige que a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento e de acordo de cooperação que envolva compartilhamento patrimonial seja precedida de chamamento público. Embora tenha sido empregada outra nomenclatura para se referir ao certame de seleção da entidade parceria, trata-se de inequívoco cumprimento do princípio da licitação,²⁷ que decorre do reconhecimento da natureza

²⁴ Esclarece Madson Ferreira que: “[...] a atividade de fomento se caracteriza por ausência de compulsoriedade e pela satisfação indireta das necessidades públicas, bem como pela ausência de competência estatal para a prestação de dado serviço, haja vista que, no fomento, o Estado tem a competência apenas para incentivar terceiros por meio de transferências ou outras sanções premiais, almejando, portanto, a persuasão dos particulares para realização de atividades de interesses coletivos (FERREIRA, Madson Alves de Oliveira. *Governança contratual por intermédio do terceiro setor...* Op. cit., p. 89).

²⁵ Já o §2º do art. 2º do decreto permite a adoção de termo de colaboração para a formalização de parcerias envolvendo projeto e atividade.

²⁶ FERREIRA, Madson Alves de Oliveira. *Governança contratual por intermédio do terceiro setor: critérios para a adoção do regime jurídico das parcerias*. Orientadora. Maria Tereza Fonseca Dias. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023. p. 107.

²⁷ Antes mesmo do MROSC já se defendia a obrigatoriedade do chamamento público para as parcerias e convênios. Cf. DIAS, M. T. F. O chamamento público para a seleção de entidades do terceiro setor e a realização de convênios: legalidade, obrigatoriedade, procedimento e propostas de reformulação. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira (org.). *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1. p. 525-550.

contratual das parcerias com o terceiro setor e do caráter de norma geral do MROSC, fundamentada no art. 22, XXVII, da CF.

É certo que o chamamento público está longe de ter o rigor do procedimento licitatório disciplinado pela Lei n. 14.133/2014, mas isso não anula as similitudes que há entre os certames, tampouco retira a essência de licitação do chamamento público, também pautada pelos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, dispostos no art. 2º, XII, da Lei n. 13.019/2014.

A dispensa e a inexigibilidade de chamamento público também são outra demonstração de que o MROSC adotou a mesma racionalidade da Lei n. 14.133/2014, no tocante às exceções ao princípio da licitação. A lei foi modesta nas previsões que excepcionam o chamamento público, mas também se observa certa simetria em relação aos casos de contratação direta da Lei n. 14.133/2021.

Importante perceber que, no chamamento público, a disputa não é tão acirrada como a que ocorre na licitação para a contratação de bens e serviços pela administração pública, uma vez que é o grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou da ação em que se insere o objeto da parceria que define o julgamento das propostas. O valor de referência do chamamento público será obrigatório apenas “quando for o caso” e, ainda que previsto no edital, não aproxima o chamamento de uma licitação do tipo técnica e preço.

É certo que incidem os princípios da isonomia, da igualdade e da vinculação ao instrumento convocatório no chamamento público, mas os critérios de julgamento das propostas o tornam um certame menos severo do que o da Lei de Licitação e Contratos Administrativos. Isso faz a parceria ser menos rígida e influencia diretamente a disciplina de sua mutabilidade. Basta perceber que o chamamento público não tem entre os seus objetivos o de selecionar a proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, como o tem o processo licitatório (art. 11, I, da Lei n. 14.133/2021). O que ele tem, como diretriz fundamental que deriva do próprio regime de parceria, é “a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos” (art. 6º, VIII, da Lei n. 13.019/2014).

Em virtude dessa diretriz, e até mesmo do princípio da moralidade e da impessoalidade, não se deve tolerar que sejam promovidas nas parcerias alterações posteriores ao chamamento público, apenas para beneficiar a entidade e em contrariedade ao interesse público.

2.3 Contrato de gestão

O art. 5º da Lei n. 9.637/1998 define contrato de gestão como o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como OS, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Apesar de a Lei n. 9.637/1999 elencar uma série de requisitos para que as entidades privadas sem fins lucrativos possam ser qualificadas como OS, entendia-se que tal ato seria discricionário, pois o art. 2º, II, expressamente mencionava a conveniência e oportunidade da aprovação da qualificação pelo ministro da respectiva pasta.

Entretanto, no julgamento da ADI n. 1.923, o STF declarou que o procedimento de qualificação das organizações sociais deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, observando os princípios previstos no art. 37, *caput*, da CF e de acordo com o regramento fixado pelo art. 20 da Lei n. 9.637/1999. Para a Corte, a qualificação como OS configuraria hipótese de credenciamento, já que não haveria competição e todos os interessados poderiam alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excludente.²⁸

Em 2017, foi publicado o Decreto federal n. 9.190, que regulamenta o contrato de gestão com OS. Tal normativo, seguindo a recomendação dada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 3.239/2013 – Plenário, inseriu no processo de qualificação da OS a fase de seleção, onde é deflagrado procedimento de chamamento público para escolha da entidade. Conforme o decreto, após a decisão de publicização da atividade, será iniciado o processo de seleção da entidade com a divulgação de chamamento público pelo órgão supervisor ou pela entidade supervisora da atividade (art. 10), procedimento durante o qual há o recebimento e avaliação das propostas, publicação do resultado provisório, fase recursal e publicação do resultado definitivo (art. 8º).

O art. 10 do decreto define os aspectos que devem constar do ato de divulgação do chamamento público, e o art. 11 se encarregou de prever os critérios mínimos a serem previstos para a avaliação das propostas: a abrangência de representação da comunidade beneficiária no Conselho de Administração e no quadro social; o nível de aderência da proposta de trabalho ao edital de chamamento público; e a experiência e a capacidade técnica e gerencial da entidade ou dos integrantes do quadro social, diretivo ou funcional da organização que executará as atividades do contrato de gestão, aferidas objetivamente, conforme indicado no edital de chamamento público.

Bem se percebe o esforço do Poder Executivo federal em procedimentalizar e em estabelecer critérios objetivos para a escolha da entidade a ser qualificada como OS e que estará apta a celebrar o contrato de gestão com o poder público. Todavia, diferentemente do que ocorre no MROSC, o procedimento de chamamento público disciplinado pelo Decreto federal n. 9.190/2017 é orientado pela necessidade de escolha de uma entidade que, após ser qualificada como OS, formalizará uma parceria mais robusta²⁹ com o poder público, já que haverá maior entrelaçamento entre os celebrantes: a parceria será de longo prazo, há previsão de destinação de bens públicos e de cessão de servidores

²⁸ Tal posição já era a defendida pelo Tribunal de Contas da União, para o qual “a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais deve ocorrer mediante processo objetivo em que os critérios para concessão ou recusa do título sejam demonstrados nos autos do processo administrativo”. A Corte, contudo, recomendava que, sempre que possível, deveria ser realizado chamamento público para a escolha da organização social celebrante do contrato de gestão (Acórdão n. 3.239/2013 – Plenário).

²⁹ FERREIRA, Madson Alves de Oliveira. *Governança contratual por intermédio do terceiro setor: critérios para a adoção do regime jurídico das parcerias*. Orientadora. Maria Tereza Fonseca Dias. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023. p. 117.

para a OS e o conselho de administração da entidade será composto por representantes do poder público.³⁰

O art. 10, IV, do Decreto federal n. 9.190/2017 determina que, entre os aspectos a serem previstos no edital de chamamento público, estão “as condições específicas da absorção das atividades, tais como a cessão de imóveis e outros bens materiais e de servidores envolvidos na atividade em processo de publicização, se for o caso”.³¹ No mesmo sentido, o art. 7º, §1º, IV, do normativo prevê que, para a publicização da atividade, deverá haver “a demonstração, em termos do custo-benefício esperado, da absorção da atividade por OS, em substituição à atuação direta do Estado, considerados os impactos esperados a curto, médio e longo prazo”.³²

Por meio do contrato de gestão, a entidade absorve atividades antes prestadas pelo Estado, assumindo o encargo de substituí-lo, a parceria foi dotada, pelo regulamento, de mecanismos que a tornam mais maleável e aberta, quando comparada às parcerias do MROSC. Afinal, novas demandas de serviços públicos sociais podem vir a surgir no decorrer da execução do contrato de gestão, e o órgão ou a entidade supervisora terão perdido sua capacidade técnica e operacional de prestá-lo. Como não seria viável readequar a estrutura do órgão para executar a nova demanda, resta ajustar o contrato de gestão para que a entidade possa absorvê-la.

Obviamente, o surgimento de novas demandas é apenas uma das razões que justificam a alteração no contrato de gestão. Outras situações que derivam da substituição da atuação direta do Estado também influenciam na execução e nas alterações do contrato de gestão. Para isso, o Decreto federal n. 9.190/2017 adotou parâmetros que tornam o contrato de gestão substancialmente flexível e apto a adequar a prestação dos serviços às demandas coletivas.

2.4 Termo de parceria

Termo de parceria é o instrumento firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips), destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei n. 9.790/1999.

Do mesmo modo que as organizações sociais, as Oscips também são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que receberam qualificação especial por parte do Estado. Todavia, diversamente do que o fez a Lei n. 9.637/1998, a Lei n. 9.790/1999 estabeleceu que a outorga da qualificação é ato vinculado ao cumprimento

³⁰ Nesse sentido, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo lembram que: “As organizações sociais foram idealizadas para “absorver” atividades não exclusivas de Estado realizadas por entidades estatais (integrantes da administração pública formal), que, então, seriam extintas. Mais claramente, a ideia era substituir entidades administrativas pelas organizações sociais, que são pessoas privadas não integrantes da administração pública, portanto, sujeitas a menor “rigidez” na gestão de seus recursos e pessoal.” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 155-156).

³¹ BRASIL. Decreto n. 9.190, de 1º de novembro de 2017. Regulamenta o disposto no art. 20 da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9190.htm. Acesso em: 15 out. 2024

³² BRASIL. Decreto n. 9.190, de 1º de novembro de 2017. Regulamenta o disposto no art. 20 da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9190.htm. Acesso em: 15 out. 2024.

dos requisitos legais (art. 1º, §2º). Além disso, a relação das atividades prestadas pela Oscips para a outorga da qualificação é mais ampla do que a relação prevista para as organizações sociais, já que conta com assistência social, desenvolvimento econômico e combate à pobreza.

Apesar de algumas aproximações, o regime jurídico do termo de parceria é bem diverso do previsto para o contrato de gestão, a começar pela limitação ao fomento que pode ser concedido pelo poder público. Para ele, não há previsão de cessão de servidores nem de bens públicos à Oscip parceria.³³

Ademais, como o ato de qualificação como Oscip é vinculado, a seleção da entidade para a celebração do termo de parceria ocorre entre aquelas que já foram qualificadas. Nesse sentido, o Decreto federal n. 3.100/1999 prevê que a escolha da Oscip, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria (art. 23).

Além de prever que o concurso é a forma de seleção da entidade parceira, o dispositivo indica que o objeto do termo de parceria é a execução de projeto, ou seja, um conjunto de operações limitadas no tempo. O próprio decreto, todavia, acaba contrariando essa definição, ao prever que atividade e serviço também podem ser objeto do termo de parceria. E mais: ele dá indícios de ser possível a celebração de termos de parcerias para execução de atividades e serviços contínuos por longos prazos (art. 23, §2º, III³⁴).

O §2º do art. 23 do Decreto federal n. 3.100/1999 dispõe que, mediante decisão fundamentada, poderá ser excepcionalizada a realização de concurso de projeto nas seguintes hipóteses: nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de termo de parceria pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento; para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do termo de parceria já seja realizado adequadamente com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas.

Nessa última hipótese de não realização de concurso de projetos, o termo de parceria assume feições de uma avença de longo prazo, condição que certamente torna necessária a realização de adequações no plano de trabalho da parceria. O decreto, contudo, foi omissivo na disciplina da mutabilidade do termo de parceria. Como se trata de instrumento revestido de natureza contratual, por meio do qual são previstos direitos, responsabilidades e obrigações recíprocas das partes signatárias, a mutabilidade não está vedada e poderá ser regulada pelo edital do concurso de projeto e pelo próprio instrumento.

³³ Conforme asseverou o TCU, no Acórdão n. 3.086/2014 - Plenário, "A Lei 9.790/1999, que qualifica Oscips que tenham como objeto a promoção de assistência social, não inclui em seus artigos a hipótese de cessão de bens e funcionários públicos para execução dos serviços de responsabilidade dessas entidades [...]".

³⁴ Há a menção de execução de projeto, atividade ou serviço por pelo menos cinco anos.

3 Mutabilidade das parcerias com o Terceiro Setor

3.1 Definição de mutabilidade

Diversamente dos contratos privados, os contratos administrativos devem ser flexíveis, a fim de ser possível ajustá-los às alterações que o interesse público imprime às demandas do poder público. Ao ser contratado pela administração pública, o particular assume a condição de colaborador dela, sujeitando-se, então, às prerrogativas conferidas pela lei à administração contratante, tais como a de alterar o contrato para assegurar a preservação do interesse público.

A administração pública tem, portanto, o direito de exigir do particular que a prestação contratada seja ajustada às modificações supervenientes por que passa o interesse público, respeitando, por óbvio, os limites fixados pela lei. Surge daí a mutabilidade como um traço essencial do contrato administrativo.³⁵

Embora a mutabilidade dos contratos administrativos seja característica originada da prerrogativa da administração pública de modificação unilateral dos contratos, ela não é incompatível com o regime das alterações consensuais. Muito pelo contrário, a possibilidade de o particular também propor ou de ter que aceitar a alteração para ela ser efetivada, ao se somar às hipóteses de alteração unilateral do contrato pela administração, só vem a robustecer a natureza flexível do contrato administrativo.

Conforme Marçal Justen Filho, mesmo a alteração unilateral imposta pela administração, ainda tem que ser acatada pelo particular. Por outro lado, há casos em que a alteração é consensual, mas é obrigatória, uma vez que a lei determina que deverá ser realizada sempre que verificados certos pressupostos. Nesses casos, ainda conforme o autor, o conteúdo da modificação dependerá do acordo entre as partes, mas sua produção é obrigatória.³⁶

Tem-se, portanto, a mutabilidade como a característica do contrato administrativo de ter os termos de sua pactuação originária alterados, seja por demanda unilateral da administração, seja por consenso entre os contratantes. Partindo-se da premissa de que as parcerias com o terceiro setor possuem natureza contratual e que, como os contratos administrativos, são sempre pautadas pelo interesse público, resulta que a mutabilidade também é característica inerente a elas, pouco importando que a alteração delas seja fruto de consensualidade, e não da decisão unilateral da administração pública. Adota-se, pois, como referência para a mutação das parcerias com o terceiro setor, o mesmo sentido que ela tem nos contratos administrativos, que é a de alteração da pactuação originária do contrato.

³⁵ Como afirma Maria João Estorninho: “Foi com base nesta ideia de prossecução do interesse público que a doutrina sempre justificou um carácter essencialmente flexível do contrato administrativo, em contraste com a maior rigidez dos contratos privados. Sempre celebrado para a prossecução de um determinado interesse público, o contrato administrativo deveria ser sempre maleável, de forma a poder adaptar-se e acompanhar as próprias alterações sofridas por tal interesse.” (ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 118).

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 713.

3.2 Espécies de alterações

Do mesmo modo que os contratos administrativos, as parcerias com o terceiro setor devem ter vigência determinada. Por isso, o prazo de vigência costuma ser elencado pelas leis e decretos como uma cláusula padrão necessária dos instrumentos de parceria. É exatamente isso o que prevê o MROSC, em seu art. 42, VI³⁷. Ao regulamentar o dispositivo, o Decreto federal n. 9.726/2016 ainda determina que a cláusula de vigência deve estabelecer prazo correspondente ao tempo necessário para a execução integral do objeto da parceria, passível de prorrogação, desde que o período total de vigência não exceda dez anos (art. 21, *caput*).

O MROSC foi expresso em possibilitar a alteração da vigência da parceria, mediante solicitação da organização da sociedade civil, devidamente formalizada e justificada, a ser apresentada à administração pública em, no mínimo, trinta dias antes do termo inicialmente previsto (art. 57, *caput*). Apesar de não o prever, a administração também poderá propor a prorrogação da vigência da parceria. Havendo atraso no repasse de recursos por parte da administração pública, a vigência da parceria será prorrogada de ofício pelo prazo que durar o atraso (art. 57, parágrafo único), caso em que não será necessário aditivo, mas simples termo de apostilamento.

O Decreto federal n. 8.726/2016 admite que o período total de vigência da parceria, excepcionalmente, seja superior ao limite de dez anos, quando houver decisão técnica fundamentada da administração pública federal que, sem prejuízo de outros elementos, reconheça a excepcionalidade da situação fática e o interesse público no prazo maior da parceria (art. 21, parágrafo único).

Se a parceria tiver como objeto a execução de projeto, não se mostra possível que sua vigência seja renovada por períodos sucessivos, visto que se trata de conjunto de operações limitadas no tempo. O que é possível é apenas a prorrogação para o cumprimento das metas pactuadas. Diversamente, se o objeto for a execução de atividade, a vigência poderá ser prorrogada ou renovada por períodos sucessivos, até atingir o limite máximo fixado no decreto.

A Lei n. 9.637/1998 se distanciou do MROSC. Ela nada dispôs sobre o prazo de vigência do contrato de gestão, tendo apenas mencionado que o programa de trabalho proposto pela OS deverá estipular as metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução. Contudo, ao regulamentar a lei, o Decreto federal n. 9.190/2017 assegurou as condições necessárias para o contrato de gestão ser um vínculo de longa duração. Ele previu que o contrato de gestão será de vigência plurianual, podendo ser alterado por meio de termos aditivos mediante acordo entre as partes (art. 14, §2º), inclusive para renovação por períodos sucessivos, a critério da autoridade supervisora, condicionado à demonstração do cumprimento de seus termos e condições (art. 16, *caput*).

De todo modo, não há limite máximo para duração da vigência do contrato de gestão, pois o objetivo do contrato de gestão, como visto, é possibilitar a absorção da atividade por OS, em substituição à atuação direta do Estado.

³⁷ Art. 42. As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, que terá como cláusulas essenciais: [...] VI - a vigência e as hipóteses de prorrogação; (BRASIL. Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.)

Em relação ao termo de parceria, apesar de a Lei n. 9.790/1999 ter estabelecido um rol de cláusulas necessárias para o instrumento, o prazo de vigência não foi mencionado entre elas. O Decreto federal n. 3.100/1999 também foi escasso em disciplinar a vigência e a prorrogação do termo de parceria, mas deixou subentendida a possibilidade de prorrogação ao vedá-la expressamente apenas nos casos de emergência ou calamidade pública (art. 23, §2º, I), hipóteses que, por excepcionarem a exigência de concurso de projetos, têm vigência máxima de cento e oitenta dias.

Além disso, o decreto também previu que a prorrogação do termo de parceria é possível até mesmo se já houver expirado a vigência dele (art. 13, §1º). Apesar de ter uma incoerência lógica, pois não há como ser prorrogada vigência que não existe mais, isso indica a pouca preocupação que a disciplina jurídica do termo de parceria tem com a vigência, o que parece coerente para a avença que tenha projeto ou escopo como objeto. Isso porque, tratando-se de projeto, o objetivo não é prestar um serviço por determinado tempo, mas executar tarefa que não se renova devido ao fator tempo.

Todavia, o decreto prevê a possibilidade de termo de parceria celebrado sem concurso de projetos (art. 23, §2º), tendo por objeto inclusive projeto, atividade ou serviço que já seja realizado com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas. Tal previsão abre a possibilidade de celebração termos de parceria para a execução de serviços de natureza contínua, onde a vigência da parceria poderá ser prorrogada e renovada, como ocorre no termo de colaboração previsto no MROSC.

Percebe-se, pois, que a alteração da vigência das parcerias aqui examinadas é pautada pela natureza dos serviços que constituem o objeto da parceria, de modo muito similar ao que acontece com as prorrogações dos serviços contratados por escopo e dos serviços contratados por tempo contínuo, previstos na Lei n. 14.133/2021.

No tocante às alterações relacionadas ao conteúdo das parcerias, o MROSC dispõe que “o plano de trabalho da parceria poderá ser revisto para alteração de valores ou de metas, mediante termo aditivo ou por apostila ao plano de trabalho original” (art. 57). Não há previsão de alteração do objeto ou do instrumento da parceria. Por isso, Thiago Donnini defende que “[...] não surge, agora, uma autorização em sentido contrário – a sustentar, então, a possibilidade de mudanças. Entendemos que persiste a proibição, pois as modificações poderão atingir apenas o plano de trabalho da parceria no que diz respeito aos valores e às metas”.³⁸

O Decreto federal n. 8.726/2017, contudo, possibilitou a alteração do termo de fomento ou de colaboração e do plano de trabalho, desde que não haja alteração de seu objeto. Nas hipóteses de ampliação de até cinquenta por cento do valor global ou de redução do valor global, sem limitação de montante, ou de alteração da destinação dos bens remanescentes, deve ser celebrado o termo aditivo correspondente (art. 43, I). Já nas hipóteses de utilização de rendimentos de aplicações financeiras ou de saldos porventura existentes antes do término da execução da parceria, ajustes da execução do objeto da parceria no plano de trabalho ou remanejamento de recursos sem a alteração

³⁸ DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. Hipóteses e limites para alterações dos termos de colaboração e de fomento na Lei n. 13.019/14. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 196.

do valor global, basta o mero apostilamento (art. 43, II). Se o remanejamento for em percentual de até dez por cento do valor global da parceria, está dispensada a autorização prévia da administração pública, devendo a organização da sociedade civil encaminhar comunicação posterior para a realização de apostilamento.

Como se vê, em relação às alterações quanto ao objeto, valor e metas, diante da parca disciplina oferecida pelo MROSC, coube ao decreto detalhar as hipóteses e os limites das alterações, tarefa que exerceu servindo-se dos mesmos instrumentos previstos para os contratos administrativos: o termo aditivo – para as alterações mais relevantes e que impactam as condições originárias da parceria –, e o apostilamento, para as alterações de menor relevância e que não impactam na prestação do serviço a cargo da organização da sociedade civil.

Embora com menos rigor e com limites mais dilatados, o decreto também aproximou a alteração das parcerias da disciplina dos contratos administrativos. Primeiramente, impôs expressamente a intangibilidade do objeto. Em segundo lugar, limitou a cinquenta por cento a ampliação do valor global da parceria. As alterações qualitativas, apesar de serem permitidas de modo mais amplo, sob o rótulo de ajustes da execução do objeto da parceria no plano de trabalho e remanejamento de recursos sem a alteração do valor global (art. 43, §2º), devem ser justificadas e acatadas pela administração, que também poderá as propor.

Por outro lado, dado o caráter cooperativo que é da essência das parcerias do MROSC, todas as alterações são feitas de forma consensual, não havendo a previsão de alterações unilaterais por parte da administração, como as que são próprias da disciplina da Lei n. 14.133/2021. Nesse ponto, deveras, há distanciamento da disciplina dos contratos administrativos.

No caso do contrato de gestão celebrado com organizações sociais, percebe-se uma disciplina mais voltada à mutabilidade do que a prevista no MROSC. A Lei n. 9.637/1998 nada dispôs sobre o tema, então coube ao Decreto federal n. 9.190/2017 fazê-lo. Em seu art. 14, §2º, o decreto prevê que “O contrato de gestão, de vigência plurianual, poderá ser alterado por meio de termos aditivos mediante acordo entre as partes”. Aqui também se percebe que a mutabilidade está firmada sobre a consensualidade, e não sobre o poder de alteração unilateral por parte da administração pública.

Vale lembrar que, como dito, o contrato de gestão é um vínculo mais robusto do que as demais parcerias com o terceiro setor, pois instrumentaliza maior entrelaçamento entre a administração pública e a entidade, já que poderá prever a cessão especial de servidor público e a permissão de uso de bem público e exige até mesmo a participação da administração no conselho diretor da entidade. Em virtude disso, o valor e as condições de execução necessitam passar por contínuas revisões e remanejamentos. Para tanto, os objetivos, as metas e o cronograma de desembolso dos recursos previstos no orçamento, diversamente de outras avenças, não são pré-definidos no momento da celebração do contrato de gestão para toda a sua vigência, mas sim em cada exercício, em anexo específico ao contrato (art. 14, §3º), o que revela aspecto de incompletude próprio de ajustes de longa duração e de maior complexidade.

Tal incompletude chega a tal ponto, que admite acréscimo de metas intersetoriais inéditas no contrato de gestão, desde que consistentes com os objetivos sociais da entidade privada e com o ato de qualificação da OS (art. 15 do decreto). Por isso, ele não

tem objeto intangível e que sirva de limite para barrar alterações qualitativas. A limitação que há é a vinculação das metas a serem acrescentadas aos objetivos sociais da entidade privada e ao ato de qualificação dela como OS. Assim, respeitando essas condicionantes, é possível inclusive que órgãos ou entidades diversas do supervisor ingressem no contrato de gestão na condição de intervenientes, em decorrência do acréscimo de metas de seu interesse, passando a ser cofinanciadores das atividades. Nessa hipótese, caso a autoridade supervisora anterior se manifeste contrariamente à renovação do contrato de gestão, ele poderá até ser aditado para sub-rogar a um dos intervenientes a parte do objeto sob seus patrocínios.

Convém observar que a mutabilidade mais acentuada do contrato de gestão não representa desrespeito ao chamamento público, pois esse procedimento é deflagrado para a escolha da entidade que será qualificada como OS, a qual, ao receber essa qualificação, estará apta a absorver a atividade em substituição à atuação direta do Estado. A lógica do chamamento público previsto no Decreto federal n. 9.190/2017 não é a de escolha entidade para celebrar o contrato de gestão com a administração pública, mas sim da escolha do substituto da administração pública na prestação direta de serviço público social. O contrato de gestão vai apenas definir os parâmetros mínimos dessa substituição. É por isso que nele não é o objeto que é intangível, mas sim os objetivos sociais da entidade privada e o ato de qualificação da OS.

Por fim, relativamente ao termo de parceria, a Lei n. 9.790/1999 e o Decreto federal n. 3.100/1999 nada dispuseram sobre as condições de sua alteração. No entanto, reconhecida a sua natureza contratual, a mutabilidade emerge como uma consequência dela, que deriva da necessidade de preservar o interesse público, respeitando naturalmente a consensualidade que permeia as parcerias com o terceiro setor.

Como a seleção da Oscip que celebrará o termo de parceria ocorre por meio de concurso de projetos, a proposta apresentada pela entidade torna-se intangível e apenas poderá ser modificada para adequações superficiais, a fim de evitar o desvirtuamento do certame. É que, a se admitir alterações mais amplas ou na essência do projeto selecionado, ele poderá ser transmutado em projeto diverso. Em outras palavras, a mutabilidade dos termos de parceria celebrados após a realização de concurso de projetos, caso não seja restringida, poderá redundar na execução de projeto diverso do que fora selecionado no concurso.

Entretanto, caso se trate de termo de parceria celebrado mediante sem concurso de projetos, nos termos do art. 23, §2º, do Decreto Federal n. 3.100/1999, preservando-se o objeto da parceria, não há óbice para a realização de alterações mais amplas, sobretudo se se tratar de projeto, atividade ou serviço que já seja realizado adequadamente com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas, de acordo com o inc. III desse mesmo dispositivo.

4 Considerações finais

Ao compartilharem a mesma disciplina legal dos convênios, as parcerias do terceiro setor não tinham um regime de mutabilidade preciso e adequado, pois acabavam seguindo a mesma lógica dos convênios e acordos cooperativos firmados entre os entes públicos. Assim, servia também para elas a característica da não realização de licitação

prévia, que era utilizada para distinguir os convênios dos contratos administrativos. Por outro lado, algumas regras dos contratos administrativos, apesar de incongruentes com elas, eram aplicadas às parcerias com o terceiro setor.

Com a entrada em vigor do MROSC, reconheceu-se a natureza contratual das parcerias com o terceiro setor e, com isso, aspectos típicos dos contratos administrativos foram assimilados por elas, como a previsão de chamamento público, bem como de sua dispensa ou inexigibilidade. Mas isso não significa que a concorrência que ocorre no chamamento seja tão acirrada quanto o é nas licitações hoje regidas pela Lei n. 14.133/2021. O chamamento não objetiva selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública, mas sim organizações da sociedade civil que executem o objeto de modo mais eficaz. Como resultado, tem-se certame que torna a parceria mais flexível do que os contratos administrativos, uma vez que, apesar de sujeitas aos influxos do interesse público, há mais espaço para alterações consensuais e que sejam solicitadas pelas entidades sem fins lucrativos parceiras.

De todo modo, as parcerias do MROSC têm sua possibilidade de alteração limitada pela intangibilidade do objeto, tal como também ocorre nos contratos administrativos. Assim, alterações qualitativas são possíveis, desde que não desnaturem o objeto originariamente pactuado, a fim de promover adequações no plano de trabalho. Nesse sentido, há a previsão legal de revisão do plano de trabalho para alteração de metas e valores, e o decreto regulamentar ampliou as possibilidades, prevendo inclusive a alteração do próprio instrumento da parceria.

Alterações quantitativas também são possíveis, mas aquelas que impliquem aumento do valor global da parceria estão limitadas a cinquenta por cento. Para a redução do valor global, não há limite.

A vigência destas parcerias também pode ser prorrogada sem maiores exigências, mediante o consenso entre os parceiros. No caso de projeto, a prorrogação servirá apenas para a conclusão da sua execução. No caso de atividade, tanto poderá ser estendida quanto renovada a vigência, já que as operações se renovam no tempo. Esse também é um ponto de aproximação do MROSC em relação à disciplina dos contratos administrativos, quando ela trata das prorrogações dos serviços contratados por escopo e dos serviços contratados por tempo contínuo. A limitação que há, portanto, para as alterações de vigência é o prazo máximo previsto no regulamento, no caso de parceria que tem atividade como objeto, ou o tempo necessário para a conclusão do projeto.

A seu turno, o contrato de gestão celebrado com organizações sociais, em 2017, teve seu regime jurídico alterado pelo Decreto federal n. 9.190, a fim de se adequar a determinações do Tribunal de Contas da União, e passou a ser celebrado com entidades qualificadas como organizações sociais após seleção por meio de chamamento público. Mas, como se trata de parceria que tem a finalidade de substituir a execução direta de serviço público pela administração, sua vigência é mais alongada e ela é ainda mais flexível do que as parcerias do MROSC. Para ela não há limitação pela intangibilidade do objeto; outras metas relativas a atividades intersetoriais podem ser adicionadas ao contrato de gestão, desde que consistentes com os objetivos sociais da entidade privada e com o ato de qualificação da OS. Também não há limites para a renovação de sua vigência e seus objetivos, metas e cronograma de desembolso são estipulados a cada exercício.

Aqui se nota disciplina bastante distante da que é prevista para os contratos administrativos. A qualificação como OS serve como espécie de investidura da entidade privada sem fins lucrativos que a torna apta a substituir **órgão** ou entidade pública prestadora de serviço público sociais, e o contrato de gestão é celebrado apenas para definir os parâmetros mínimos dessa substituição. Por isso, sua mutabilidade é muito mais fluída, para acompanhar as variações de demanda que seriam propostas ao **órgão** ou entidade pública.

O termo de parceria celebrado com Oscip tem disciplina legal e regulamentar omissa quanto à sua mutabilidade. Todavia, reconhecendo-se a sua natureza contratual, são admissíveis ajustes no instrumento para tornar mais efetiva sua execução. Se celebrado mediante concurso de projetos, somente alterações superficiais podem ser feitas nele, para que não haja o desvirtuamento do projeto selecionado. No entanto, se celebrado sem concurso de projeto, há maior liberdade de alteração, desde que o objeto não seja desconfigurado.

Em conclusão, percebe-se que a disciplina da mutabilidade das parcerias do MROSC é fortemente influenciada pela natureza contratual que fundamentou a sua edição como norma geral aplicável a todos os entes federados. Os limites para a mutabilidade também são condicionados pela incidência sobre o chamamento público dos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. No entanto, como não há preço de referência nem vantajosidade para a administração como diretriz para o chamamento, e há forte incidência da consensualidade, as parcerias do MROSC são mais flexíveis e têm limites mais amplos para as mudanças.

Como as Leis n. 9.637/1998 e n. 9.790/1999 não foram editadas com fundamento no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, o contrato de gestão e o termo de parceria tiveram disciplina legal diversa dos vetores que incidem sobre os contratos administrativos. Assim, sua mutabilidade possui limites diversos daqueles previstos para as parcerias do MROSC. O contrato de gestão, muito mais flexível, praticamente não tem limitações quantitativas e qualitativas para a mutabilidade, desde que observe o ato de qualificação da entidade como OS. Já o termo de parceria, com mutabilidade carente de regulamentação, tem suas alterações limitadas pelo projeto selecionado no concurso, que não pode ser desvirtuado. Mas, caso não seja precedido desse certame, não há limitação definida para as alterações, cabendo ao próprio instrumento defini-la respeitando o objeto originariamente pactuado.

Conclui-se, por fim, que o legislador pode ainda aprimorar o regime das parcerias com o terceiro setor visando dar maior segurança jurídica a seus ajustes.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei n. 11.107/2005. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 16, n. 181, p. 33-42, jan. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2024.

BRASIL. Decreto n. 3.100, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm. Acesso em: 14 out. 2024.

BRASIL. Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007 (Revogado). Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm. Acesso em: 14 out. 2024.

BRASIL. Decreto n. 8.726, de 27 de abril de 2016. Regulamenta a Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, para dispor sobre regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a administração pública federal e as organizações da sociedade civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8726.htm. Acesso em: 14 out. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20contratos%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A7%C3%A3es.&text=Art%201%C2%BA%20Este%20decreto%2Dlei,Administra%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20centralizada%20e%20aut%C3%A1rquica. Acesso em: 7 fev. 2025.

BRASIL. Decreto n. 9.190, de 1º de novembro de 2017. Regulamenta o disposto no art. 20 da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9190.htm. Acesso em: 15 out. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9790.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Lei n. 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: 10 nov. 2024.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Fazenda; Controladoria-Geral da União. Estabelece normas para execução do disposto no Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Disponível em: <https://www.gov.br/plataformamaisbrasil/pt-br/legislacao-geral/portarias/portaria-interministerial-no-507-de-24-de-novembro-de-2011>. Acesso em: 14 out. 2024.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Instrução Normativa n. 01, de 15 de janeiro de 1997 (Revogada). Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências. Disponível em: <https://www.gov.br/sudene/pt-br/centrais-de-conteudo/in0011997-pdf>. Acesso em: 14 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17.12.2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3.239/2013 – Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Relatório de auditoria operacional. Transferência do gerenciamento de serviços públicos de saúde a organizações sociais. Data da sessão: 27 nov. 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3239%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3.086/2014 – Plenário. Relator: Min. Raimundo Carneiro. Auditoria realizada por solicitação do Congresso Nacional, no Município de Duque de Caxias, com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação das verbas federais transferidas para aquele ente nos exercícios de 2009 a 2012. Data da sessão: 12 nov. 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3086%2520ANOACORDAO%253A2014%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 10 out. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Regime jurídico dos termos de colaboração, termo de fomento e acordos de cooperação. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DIAS, M. T. F. Acordos administrativos: reflexões e apontamentos para a revisão da legislação dos contratos administrativos In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MATOS, Frederico Nunes de; AREDES, Sirlene Nunes. *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, v. 1. p. 205-224.

DIAS, M. T. F. O chamamento público para a seleção de entidades do terceiro setor e a realização de convênios: legalidade, obrigatoriedade, procedimento e propostas de reformulação. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira (org.). *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1. p. 525-550.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS, M. T. F.; BONIN, S. M. Parcerias da administração pública com as organizações da sociedade civil: análise da Lei n. 13.019/2014 como norma geral de contratação pública In: MUZZI FILHO, C. V.; SABO PAES, J. Eduardo; DIAS, M. T. F. (org.). *Relações Administrativas Bilaterais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, v. 1. p. 145-175.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. Hipóteses e limites para alterações dos termos de colaboração e de fomento na Lei n. 13.019/14. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FERREIRA, Madson Alves de Oliveira. *Governança contratual por intermédio do terceiro setor: critérios para a adoção do regime jurídico das parcerias*. Orientadora. Maria Tereza Fonseca Dias. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. *Fundamentos de direito do terceiro setor: um guia para compreender o conceito, a origem e o regime jurídico das entidades sem fins lucrativos no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução de tarefas estatais e o novo Direito do Terceiro Setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MOTTA, Fabrício. Organizações sociais e a Lei n. 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/issue/view/33>. Acesso em: 10 dez. 2024.

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

VILLARIM, Ricardo Agra; DIAS, Maria Tereza Fonseca. Limites das mutações contratuais nos instrumentos de parceria com o Terceiro Setor. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 179-199. ISBN 978-85-450-0925-2.

PROCESSO ADMINISTRATIVO NEGOCIAL: O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE DIREITOS NA NEGOCIAÇÃO DE ACORDOS ADMINISTRATIVOS

LUZARDO FARIA

Doutor em Direito do Estado pela USP.
Mestre em Direito do Estado pela UFPR.
Advogado.

Sumário: 1 Introdução. 2 O processo administrativo como instrumento de garantia de direitos. 3 Processo administrativo negocial. 4 O art. 26 da LINDB, o Decreto n. 9.830/2019 e o Projeto de Reforma da Lei n. 9.784/1999: o processo administrativo negocial no Direito brasileiro. 5 O respeito aos precedentes como fator fundamental dos processos administrativos negociais. 6 Conclusões. Referências.

1 Introdução

O Direito Administrativo brasileiro tem passado por significativas transformações, impulsionadas pela busca de uma Administração Pública mais consensual e dialógica. Em um contexto marcado pela complexidade das relações entre Estado e sociedade, o processo administrativo emerge não apenas como formalidade legal, mas como instrumento essencial para garantir direitos e equilibrar interesses. Este artigo situa-se nesse cenário, analisando o *processo administrativo negocial* como ferramenta para legitimar decisões públicas e assegurar eficácia aos acordos administrativos.

A relevância da pesquisa justifica-se pela lacuna normativa e doutrinária no tratamento dos processos negociais no Brasil. Embora preveja autorização para a realização de acordos, o ordenamento brasileiro ainda carece de diretrizes claras quanto aos aspectos processuais da negociação. Essa fragilidade gera insegurança jurídica, limita a efetividade dos acordos e pode comprometer princípios como isonomia e impessoalidade.

O problema central reside, portanto, na ausência de um marco processual adequado à natureza dialógica das negociações, o que exige repensar o modelo tradicional e adversarial de processo administrativo em favor de um sistema cooperativo.

O objetivo geral deste estudo é demonstrar como a estruturação de um *processo administrativo negocial*, ancorado em precedentes, transparência e participação, pode fortalecer a legitimidade das decisões administrativas e garantir maior previsibilidade aos acordos. O artigo sustenta que a adoção de critérios processuais específicos — como flexibilidade de ritos, publicidade das negociações e vinculação a precedentes — não apenas mitiga riscos de arbitrariedade, mas também alinha a prática administrativa aos princípios do Estado Democrático de Direito.

2 O processo administrativo como instrumento de garantia de direitos

A Constituição Federal de 1988 elevou o processo administrativo à mesma relevância jurídica do processo judicial, elencando-o como garantia fundamental no art. 5º, LV, sempre observados o contraditório e a ampla defesa.

A doutrina tradicional de Celso Antônio Bandeira de Mello já reconhecia que o processo administrativo é instrumento que exerce importante papel no combate a práticas autoritárias do Estado,¹ e isso porque “o emprego de mecanismos participativos acarreta a criação de espaços de efetiva negociação, nos quais as decisões administrativas são tomadas a partir da perspectiva da ponderação ou harmonização dos interesses envolvidos e sob a óptica da reciprocidade de concessões”.²

Com a real participação dos interessados na formação da decisão administrativa, garante-se que suas manifestações, com as informações e argumentos relevantes que podem fornecer à Administração, constituam fonte para que a decisão administrativa seja elaborada de modo mais concernente com os anseios sociais, além de, com isso, aumentar o seu grau de aceitabilidade na sociedade. Em resumo, “trata-se de instrumento vocacionado para atenuar a face arbitrária e autoritária da Administração que se refuta por ser incompatível com a nova ordem constitucional”.³

Ademais, como ensina Maria Paula Dallari Bucci, a processualização traz consigo o aumento da importância da noção de *atividade* administrativa como algo constante e contínuo. Ao fazer isso, “o ato administrativo perde espaço para o contrato e o regulamento”, sendo, segundo a autora, “apenas um dos modos de exercício da atividade administrativa, hoje menos relevante, social e juridicamente, que as duas outras”.⁴

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Procedimento administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 9.

² MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 458.

³ SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da Administração Pública democrática: a conformação da administração pública consensual. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 80, n. 3, p. 69-95, jul./set. 2011. p. 70-71.

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 18-19.

Um dos efeitos do movimento de constitucionalização do Direito Administrativo,⁵ então, foi fazer com que a doutrina se preocupasse cada vez mais em desenvolver o instituto do processo administrativo. O ato administrativo deixa de ser o centro dessa disciplina, dando lugar para um sistema mais complexo, que se preocupa com todo o caminho percorrido pela Administração até chegar ao ato final.⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto registra, que, diante desse movimento, importa não apenas o resultado do processo, mas “também o modo (percurso, motivação, publicidade) pelo qual o poder se manifesta. Segue, então, o descolamento da manifestação estatal do ato (decisão) para o método (processo)”.⁷

Essa alteração se dá por razões históricas. Tradicionalmente, a Administração Pública atuava de modo verticalizado e autoritário, impondo suas vontades unilateralmente. Nesse cenário, não havia espaço para que o cidadão participasse do processo de formação do ato que lhe seria imposto.

No Brasil, esse contexto começa a se alterar exatamente a partir da Constituição Federal de 1988, com a reinstituição do modelo de Estado Social e Democrático de Direito. As funções do Estado crescem sobremaneira – e os direitos fundamentais dos cidadãos são causa e consequência disso. Causa porque é superada a ideia de uma Administração Pública que apenas deveria se abster para não interferir no espectro privado de cada um, consolidando-se um modelo em que o cidadão passa a poder requerer prestações positivas do Poder Público. E consequência porque, para acompanhar esse alargamento das atribuições estatais, faz-se necessária a concessão de maiores garantias que protejam os cidadãos em suas relações contra o Poder Público.

Todo esse processo está intimamente ligado com o desenvolvimento da democracia, pois é inconcebível que em um Estado (que se pretenda) Democrático de Direito a Administração Pública goze de tantas prerrogativas que a possibilitam impor suas vontades de modo unilateral e autoritário.

Assim, pode-se dizer que o processo administrativo possui uma grande relação com a noção de Estado Democrático de Direito. Não só porque nesse modelo o Poder Público se encontra submetido à ordem jurídica, devendo a atuação administrativa se pautar em parâmetros legais controláveis pelos órgãos competentes, como também porque nesse modelo o Estado tem o dever de garantir aos cidadãos a efetividade de seus direitos. A democracia não pode se resumir a simples escolha dos representantes políticos. Não há como se falar em democracia sem efetiva participação do povo no exercício do poder. Nesse sentido, os cânones do Estado Democrático de Direito se

⁵ Sobre o tema, ver: BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 31-56; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 175-196.

⁶ MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 383-396.

⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 266.

concretizam no processo administrativo, na medida em que este confere aos particulares a faculdade de participar das tomadas de decisões públicas.

É apenas através de um processo administrativo aberto à participação popular democrática, no qual seja assegurado o contraditório e ampla defesa a todos os interessados, que a Administração poderá identificar os interesses conflitantes no caso concreto e chegar a uma decisão condizente com a situação fático-jurídica existente. Assim, a garantia de participação dos particulares no processo decisório do Estado é mais do que apenas um formalismo. É, isso sim, um elemento essencial para que a tomada de decisão seja feita a partir da ponderação de todos os interesses subjacentes de modo democrático – e não pela imposição unilateral da vontade da Administração, sem a devida consideração de todos os elementos pertinentes à decisão.

Além disso, o exercício legítimo das competências legais atribuídas à Administração Pública também requer uma atuação administrativa processualizada, pois só assim se cumprirá o requisito de legitimidade democrática e racional inerente ao ordenamento jurídico contemporâneo. Serve o processo administrativo, portanto, em última instância, para legitimar o exercício do poder estatal.

3 Processo administrativo negocial

Pelas razões acima tratadas, é fácil notar como o processo administrativo é um instrumento imprescindível para o desenvolvimento da Administração Pública consensual. A formação de acordos administrativos pressupõe processos, com contraditório e ampla defesa. Tanto é assim que em outros países do sistema românico tornou-se comum prever dispositivos de consenso exatamente nas leis de processo administrativo.⁸

É assim em Portugal, que no art. 57 do seu Código de Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n. 04/2015) previu a figura dos acordos endoprocedimentais, por meio dos quais “o órgão competente para a decisão final e os interessados podem, por escrito, acordar termos do procedimento” ou mesmo “celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento”.

Na Itália, com a *Legge n. 241/90*, que em seu art. 11 disciplina os acordos integrativos ou substitutivos dos atos administrativos, por meio dos quais a Administração e os interessados podem ajustar o “conteúdo discricionário do ato final” ou mesmo substituí-lo.

Na Alemanha, com a *Verwaltungsverfahrensgesetz (VmVfG)*, que em seu §54 prevê que “em vez de emitir um ato administrativo, a autoridade pode celebrar um contrato de direito público com a pessoa a quem, de outra forma, dirigiria o ato administrativo”.

E na Espanha, com a *Ley 39/2015*, que em seu art. 86 estipula que “as Administrações Públicas poderão celebrar acordos, pactos, convenções ou contratos com pessoas de direito público e privado, desde que não sejam contrários ao ordenamento jurídico ou tratem de assuntos não suscetíveis de transação e que se destinem à satisfação do interesse público [...]”.

⁸ Para uma análise aprofundada do direito comparado nesse aspecto, ver: LOUREIRO, Caio de Souza et. al. *Análise dos Modelos de Regulamentação sobre Acordos Administrativos no Direito Comparado*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 473-496.

No Brasil, porém, a principal disposição legal que trata de processos administrativos está na LINDB, não na Lei de Processo Administrativo, conforme será tratado no tópico a seguir. Assim, deve-se ir além e repensar a formatação do processo administrativo brasileiro para fins de atuação consensual da Administração Pública.

É que embora a processualização da atividade administrativa tenha sido um inquestionável incremento da legitimidade democrática da Administração, não se pode esquecer o regime jurídico do processo administrativo brasileiro foi pensado para um contexto em que a Administração tomava a decisão final de modo unilateral. Na visão de Mariana Carnaes, “o processo administrativo foi construído sobre um terreno adversarial, de imposição e defesa, antagonismo completo de interesses e desconfiança entre as partes”.⁹ Ainda que os particulares pudessem contribuir com argumentos e provas para a decisão final, a competência decisória era exclusivamente do Estado.

Assim, do mesmo modo como a doutrina, a partir da década de 1990, repensou o processo administrativo para democratizar a gestão pública e fazer com que as garantias de contraditório e ampla defesa dos particulares fossem respeitadas, deve-se repensar novamente o instituto, agora com vistas a adaptá-lo às necessidades do Direito Administrativo consensual. Afinal, como ensina a doutrina processualista, “o processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessita”.¹⁰

Há diferenças significativas em um modelo processo no qual a participação dos particulares é limitada à argumentação e à produção de provas e outro no qual sua função é negociar diretamente com a Administração Pública a prática do ato final. O administrativista espanhol Javier Barnés afirma, nesse sentido, que “as estratégias regulatórias baseadas na busca pelo consenso e na cooperação público-privada [...] requerem um esquema alternativo ao procedimento bilateral baseado no contraditório”.¹¹

Nessa linha, Juliana Bonacorsi de Palma propõe um “devido processo legal na consensualidade administrativa” que deve observar ao menos quatro deveres: (i) garantia do contraditório e da ampla defesa; (ii) direcionamento das cláusulas consensuais ao problema concreto; (iii) motivação; (iv) publicidade.¹² Mariana Carnaes ainda vai além e defende que o processo administrativo negocial deve se pautar “em critérios de incentivo ao fortalecimento da confiança entre as partes, na intensa troca de informações, no caráter cooperativo das partes e no aumento da participação de interessados”.¹³

O processo administrativo tradicional mantém uma posição de autoridade para a Administração e uma relação de verticalidade em relação aos particulares. Ainda que a Lei admita o formalismo moderado (art. 2º, parágrafo único, VIII e IX da Lei n.

⁹ CARNAES, Mariana. *Processo Administrativo Negocial: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório*. p. 69.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 80.

¹¹ BARNÉS, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. In: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNÉS, Javier (coord.). *La Transformación del Procedimiento Administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008. p. 23.

¹² PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRATO, Victor Rhein (coord.). *Estudos atuais sobre ato e processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 22-24.

¹³ CARNAES, Mariana. *Processo Administrativo Negocial: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório*. p. 74.

9.784/1999), o rito processual é pensado em etapas fixas, com prazos delimitados para cada manifestação do particular. O processo negocial, por outro lado, deve ser mais flexível, tendo com norte a efetiva colaboração que as partes podem oferecer uma à outra, em posição de legítima paridade e franco diálogo.

O processo administrativo negocial ainda terá a finalidade de “incrementar o *accountability* dos sujeitos envolvidos – e não apenas do administrador público –, uma vez que haverá expressa demanda pela exposição da compatibilidade do programa consensual aplicado ao caso frente o enredo legal que lhe subjaz”.¹⁴

4 O art. 26 da LINDB, o Decreto n. 9.830/2019 e o Projeto de Reforma da Lei n. 9.784/1999: o processo administrativo negocial no Direito brasileiro

Como dito, diferentemente do ocorrido em outros países, no Brasil a previsão legal para a Administração Pública realizar acordos com particulares não está na Lei de Processo Administrativo, mas, sim, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a LINDB. Refere-se aqui ao art. 26, inserido na LINDB pela Lei n. 13.655/2018, editada para aprimorar a interpretação e aplicação de normas de Direito Público.

A Nova LINDB, como ficaram conhecidos os 10 novos dispositivos inseridos pela Lei n. 13.655/2018, foi projetada com o ideal de pôr fim (ou, ao menos, de frear) à lógica de inatividade e submissão que caracteriza o Direito Administrativo do Medo,¹⁵ visando conferir aos agentes públicos uma maior proteção jurídica frente aos órgãos de controle e às múltiplas esferas de responsabilização.

Tais alterações “destinam-se preponderantemente a reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal”,¹⁶ sendo que tais mudanças foram pensadas a partir do reconhecimento de que “a forma como o direito brasileiro vem sendo interpretado e aplicado – principalmente, mas não exclusivamente, pelos controladores – têm gerado ineficiências gerenciais importantes”.¹⁷

O art. 26 é considerado cláusula geral autorizativa da realização de acordos pela Administração Pública,¹⁸ diante da amplitude de sua previsão: “para eliminar

¹⁴ MACHADO, Gabriel. *Acordos administrativos: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 114.

¹⁵ O sentido do termo é desenvolvido em: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. p. 15.

¹⁷ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. p. 65. Em sentido semelhante, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que “As alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/18 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei n. 4.657/1942) representam a positividade de um longo acúmulo das reflexões da doutrina sobre as novas conformidades da hermenêutica em geral e do direito público brasileiro em especial. Partem da premissa de que as chaves interpretativas da LINDB original (editada nos anos quarenta do século passado para uma configuração do Direito ainda de molde oitocentista) não são mais suficientes para os desafios nem do Direito contemporâneo, nem de sua aplicação”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018. p. 95.

¹⁸ FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO,

irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”.

Com efeito, não se pode extrair dele outra interpretação, tendo em visto que está previsto em norma genérica, aplicável a toda atividade administrativa, e que expressamente menciona que “para eliminar [...] situação contenciosa na aplicação do direito público, [...] a autoridade administrativa poderá [...] celebrar compromisso com os interessados”.

Ao comentarem a norma em questão, Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma concordam que, na esteira do que já ocorre em outras países, “a Lei n. 13.655/2018 expressamente confere competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro”, o que, na visão dos autores, representa “que qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso”.¹⁹

É interessante ressaltar que o tom de generalidade que caracteriza o art. 26 da LINDB possibilita não só que qualquer ente da Administração Pública possa realizar acordos, mas também sobre (em princípio) qualquer objeto e a qualquer momento. Assim, a Administração está autorizada a firmar acordos tanto em processos administrativos, como em processos judiciais, e tanto com cunho preparatório para a edição de algum ato administrativo posterior, como também para diretamente substituir determinado ato administrativo unilateral que poderia ser editado pela Administração.

Embora tenha sido relevante do ponto de vista do direito material ao garantir, em cláusula geral, a possibilidade de a Administração realizar acordos com particulares, a LINDB praticamente não tratou dos aspectos processuais inerentes às negociações desses acordos. Quanto a essa perspectiva, limitou-se a prever que para a realização de acordos é necessária prévia oitiva do órgão jurídico e que é possível, também, a realização de consulta pública para tratar dos temas do acordo.

A atuação do órgão jurídico será concretizada na elaboração de parecer que, embora não seja vinculante,²⁰ possui a importante função de verificar se o acordo observa os demais requisitos previstos na legislação, especialmente se a solução adotada é proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais (leia-se: interesse público)²¹ e se o termo prevê com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Quanto às consultas públicas, a Lei foi pragmática ao prever que não são obrigatórias, considerando os custos (financeiros, organizacionais, de tempo e de pessoal)

Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (org.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 141-169.

¹⁹ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. p. 146.

²⁰ MACHADO, Gabriel. *Acordos administrativos: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 85.

²¹ Quanto ao atingimento do interesse público através de acordos administrativos, ver: FARIA, Luzardo. O papel do princípio da indisponibilidade do interesse público na Administração Pública consensual. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 281, n. 3, p. 273-302, 2022.

envolvidos em suas realizações. Contudo, podem ser um instrumento relevante em determinadas negociações de acordo.²²

A Lei n. 13.655/2018 foi regulamentada pelo Decreto n. 9.830/2019. Boa parte do Decreto é mera repetição dos dispositivos legais. No entanto, na regulamentação do art. 26 destaca-se uma maior atenção aos aspectos processuais da negociação. O art. 10, §4º já merece ênfase pelo fato de prever, originalmente, o dever de procedimentalizar a série de atos que culminará na decisão final de formalização do acordo. Além disso, o dispositivo prevê que o processo deverá ser instruído com: (i) o parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e as obrigações orçamentário-financeiras advindas do acordo; (ii) o parecer do órgão jurídico; (iii) a minuta do acordo (chamado pelo Decreto de “compromisso”); (iv) cópia de outros documentos que possam auxiliar na decisão final.

A LINDB, como se vê, foi bastante contida na regulamentação dos compromissos a serem firmados pela Administração Pública. Embora haja quem entenda isso como adequado, tendo em vista a finalidade generalista da Lei,²³ respeitosamente diverge-se desse entendimento. Há muito ainda o que ser definido e é oportuno que isso seja feito em sede legislativa, inclusive para evitar regulamentações unilaterais de órgãos interessados, que podem optar por desenhar a dinâmica do processo administrativo negocial de modo a potencializar suas prerrogativas, sacrificando direitos fundamentais dos particulares interessados.

Lembre-se de que tramita em fase avançada no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.481/2022, que promove uma reforma substancial na Lei Federal de Processo Administrativo, inclusive tornando-a nacional. A atual versão do PL, contudo, trata de maneira muito superficial do tema dos acordos, apenas prevendo a possibilidade de sua utilização, sem avanços significativos em relação ao que já prevê a LINDB e seu decreto regulamentador.

Am se legislar sobre a utilização de instrumentos consensuais pela Administração Pública, é fundamental que se defina um rito adequado à natureza desse processo. Como os particulares podem propor o acordo e quais as exigências para um requerimento inicial ser recebido e instaurado o devido processo administrativo? Quantas rodadas de negociação deverá/poderá haver, inclusive como forma de garantir o contraditório e a ampla defesa do particular? Como funcionarão as audiências de negociação, que possuem uma dinâmica bastante diversa das audiências de processos contenciosos? Será possível e em que medida recorrer das decisões ao longo e ao final do processo administrativo? Quais são os limites e as condições para anulação, revogação e convalidação de acordos?

Em resumo, muitas são as questões ainda em aberto e que devem ser definidas a fim de que o Direito Administrativo brasileiro passe a fornecer à Administração Pública

²² Sérgio Guerra e Juliana Palma a recomendam nas seguintes situações: (i) negociação de altos valores; (ii) cláusulas com impactos concorrenciais, econômicos ou que importarem em escolha daqueles que se beneficiarão com o acordo; (iii) sensibilidade social, política ou humanitária; (iv) casos de cenário complexo e de difícil mapeamento dos interesses em jogo. GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. p. 156.

²³ É o caso de: SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 168.

e aos interesses um devido processo administrativo negocial, que respeite e potencialize os direitos e prerrogativas de todos os envolvidos na negociação.

5 O respeito aos precedentes como fator fundamental dos processos administrativos negociais

Os espaços de conformação que a Administração Pública detém para resolver conflitos pela via consensual, embora discricionário em grande medida, é limitado por determinados *standards* jurídicos. Entre eles está, segundo Noel Baratieri, “a observância obrigatória de precedentes criados durante negociações”. Sem isso, não haveria como se garantir o respeito à impessoalidade e à isonomia na atuação administrativa.²⁴

No Direito Administrativo brasileiro, não há regra específica impondo à Administração Pública um dever de observar precedentes. Todavia, essa é uma orientação que se extrai facilmente do ordenamento jurídico, seja de normas constitucionais ou de normas legais.

Em sede constitucional, o princípio da isonomia, insculpido no caput e no inciso I do art. 5º enquanto direito fundamental de todos os cidadãos, já é suficiente, por si só, para sustentar essa afirmação. O princípio da impessoalidade administrativa, previsto no art. 37, reforça a conclusão.

Em sede infraconstitucional, Daniel Wunder Hachem aponta o art. 50, VII da Lei n. 9.784/99 como fundamento para o dever administrativo de observância aos precedentes. Referido dispositivo prevê que devem ser motivados expressamente os atos administrativos que “deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”. A conclusão de Hachem, a partir disso, é a de que “se a mudança de orientação da Administração Pública em relação à sua jurisprudência haverá de ser especialmente motivada [...], pode-se concluir que, enquanto não houver uma justificativa robusta, derivada de fatos supervenientes capazes de modificar a interpretação administrativa acerca das normas jurídicas plicadas, o respeito aos precedentes será obrigatório”.²⁵

Outro dispositivo legal que fundamenta essa posição é o art. 30 da LINDB, também inserido pela Lei n. 13.655/2018. O dispositivo prevê que os agentes públicos devem atuar de maneira a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas de Direito Público, ressaltando expressamente que entendimentos consolidados em regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas tem caráter vinculante ao órgão ou entidade que os proferiram.

O dever de observância aos precedentes relaciona-se, também, com os princípios da publicidade e da motivação, na medida em que para o controle de tal obrigação “é fundamental que a Administração consensual veicule e publique de maneira prévia, acessível e transparente as decisões tomadas no âmbito negocial”. Nesse sentido,

²⁴ BARATIERI, Noel Antonio. *O Método de Negociação de Harvard na Administração Pública Consensual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. p. 162.

²⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015. p. 71.

“não há respeito aos precedentes administrativos sem que sejam respeitados os princípios da publicidade, da fundamentação e da isonomia”.²⁶

Como explica José Ortiz Díaz, em clássica lição sobre o tema, a noção de precedentes administrativos não pressupõe a existência de reiteradas decisões no mesmo sentido. É evidente que quanto maior o número de decisões em um mesmo sentido, maior será o grau de vinculação daquele entendimento. No entanto, uma vez que o que se pretende garantir com o respeito administrativo aos precedentes é, em última instância, a observância à isonomia no tratamento dado pela Administração aos particulares, a Administração deve se pautar por um critério qualitativo (de conteúdo das decisões anteriores) e não quantitativo.²⁷ Os precedentes, nesse sentido, passam a ser vistos inclusive como fontes do Direito Administrativo, na medida em que vinculam a Administração, criando para ela obrigação jurídica de decidir de uma determinada maneira.²⁸

Com base no princípio da isonomia, parece indiscutível que, no manejo de instrumentos consensuais, “se a Administração adota uma solução para um caso e não adota para outro, diante de situações absolutamente similares, ofendido restaria o princípio da isonomia”.²⁹

Noel Baratieri entende que “a Administração Pública consensual tem a obrigação de uniformizar as suas decisões quanto à atividade negocial”, de modo que “para situações administrativas iguais, o ente público não pode apresentar variações na forma ou no conteúdo de suas decisões”.³⁰ E, acrescenta-se, para situações semelhantes, deve ao menos o ente público utilizar o precedente como parâmetro, sendo que a adoção de decisão diversa deverá ser devida e detalhadamente motivada. Igor Sant’Anna Tamasauskas segue a mesma linha, afirmando que se deve “respeitar o conjunto de regras estabelecidas a partir dos precedentes firmados, quer em relação à construção das cláusulas propriamente ditas, quer em relação às soluções jurídicas construídas para casos similares”.³¹

Isso significa que a Administração não pode, por exemplo, aceitar fazer acordo com um particular que contra ela ajuíze ação de indenização por danos materiais decorrentes de falha na prestação de determinado serviço público e negar a mesma hipótese de acordo quando outro particular, nessa mesma situação, requer a realização da avença. Além do que não negar, o mais correto é que, uma vez realizado um acordo com um particular que se encontra em uma situação X, a própria Administração ofereça

²⁶ BARATIERI, Noel Antonio. *O Método de Negociação de Harvard na Administração Pública Consensual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. p. 166.

²⁷ ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 24, p. 75-116, sep./dic. 1957. p. 102-103

²⁸ ARROUY, Pedro Luis. Fuentes del Derecho Administrativo. La Costumbre y el Precedente Administrativo a la luz del principio Republicano de Gobierno. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, Buenos Aires, n. 16, p. 1-24, 2009; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. El precedente administrativo. *Revista de Derecho*, Montevideo, n. 5, p. 51-78, 2010.

²⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária*, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 469.

³⁰ BARATIERI, Noel Antonio. *O Método de Negociação de Harvard na Administração Pública Consensual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. p. 163.

³¹ TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. *O acordo de leniência anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes*. Curitiba: Appris, 2021. p. 156.

a transação, nesses mesmos termos, a outros particulares que também se encontrarem nessa situação X e moverem algum tipo de pretensão contra o Estado.

Em 2020, o Ministério Público, através de sua 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, editou a já mencionada Nota Técnica n. 01/2020 que visa a estabelecer fundamentos para atuação de membros do *parquet* sobre o regime jurídico aplicável aos acordos de leniência.

Entre os diversos temas tratados na referida nota técnica, está exatamente a preocupação do MPF com o respeito ao princípio da isonomia nos processos de negociação de acordos de leniência. A nota reconhece que para garantia a eficiência adequada de um programa de leniência, pressupõe-se o estabelecimento de uma desigualdade jurídica entre os colaboradores e não colaboradores, garantindo aos primeiros um tratamento mais favorável do que aos segundos. Afinal, é pela expectativa de obter uma situação jurídica mais favorável que os potenciais interessados buscam o Ministério Público para negociar acordos de leniência.

No entanto, a própria nota ressalta que tal desigualdade deve existir apenas entre colaboradores e não colaboradores. Quando se considera apenas o grupo daqueles que optaram pela colaboração, “deve haver tratamento isonômico e proporcional na concessão de benefícios, tendo em vista as circunstâncias de cada colaborador, elementos de corroboração apresentados, fatos ilícitos descortinados, e utilidade para as investigações”.³²

Registre-se, porém, que tais previsões não foram suficientes para garantir a desejada previsibilidade no que se refere à negociação de acordos de leniência. Nesse sentido, Valdir Moyses Simão e Marcelo Pontes Vianna, embora afirmem que “a Operação Lava Jato vem confirmando a eficiência dos instrumentos negociais como mecanismos de obtenção de provas e aprofundamento de investigações em casos complexos de corrupção”, não deixam de pontuar, contudo, que “os acordos de colaboração firmados pelo MPF com pessoas jurídicas sofrem com a insegurança jurídica provocada pela fragilidade normativa e pela ausência de articulação adequada entre os órgãos do Estado”. Os autores também reconhecem que “a insegurança decorrente da falta de previsibilidade nos parâmetros que serão adotados dificilmente gerará os incentivos necessários para que as empresas adotem comportamento espontaneamente colaborativo com o Estado”.³³

O respeito aos precedentes administrativos traz também ganhos institucionais para a Administração. Em primeiro lugar, porque confere boa reputação àquele órgão/ente administrativo, o que fundamental para gerar, entre os particulares, um sentimento de confiança a respeito dos processos negociais. E, em segundo lugar, porque os próprios agentes públicos com competência decisória em matéria consensual restam mais protegidos, do ponto de vista da segurança jurídica, se agirem de acordo com precedentes firmados anteriormente.³⁴

³² BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Nota Técnica nº 01/2020*. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1_2020_5ccr_05-05-redacao-final-nt-al-com-adesoes-ultima-versao.pdf. Acesso em 20 mar. 2024. p. 47-48.

³³ SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 218; 223.

³⁴ BARATIERI, Noel Antonio. *O Método de Negociação de Harvard na Administração Pública Consensual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. p. 166.

Por óbvio, com a defesa do dever de observância aos precedentes não se está pretendendo uma postura engessada da Administração Pública consensual.³⁵ Negociações de acordos administrativos pressupõe diálogos e flexibilidade. A observância aos precedentes, porém, em nenhum momento impede a evolução dos entendimentos administrativos, podendo eles serem superados (*overruling*)³⁶ quando presentes relevantes razões jurídicas para tanto.

6 Conclusões

O processo administrativo transcende a mera formalidade, tendo se tornado, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, um pilar para a democratização da Administração Pública. Ao assegurar contraditório, ampla defesa e participação popular, ele atua como antídoto contra práticas autoritárias, alinhando-se aos princípios do Estado Democrático de Direito.

O modelo adversarial tradicional do processo administrativo brasileiro, contudo, é incompatível com as demandas contemporâneas por cooperação. A flexibilização de ritos, a criação de espaços dialógicos e a priorização da negociação direta são essenciais para acordos eficazes. No Brasil, embora o art. 26 da LINDB autorize compromissos, a ausência de regras processuais específicas prejudica sua aplicação.

O Decreto n. 9.830/2019 e o PL 2.481/2022 tampouco superaram essa fragilidade, deixando em aberto uma série de questões imprescindíveis para o desenvolvimento de parâmetros de validade do devido processo administrativo negocial.

Por fim, defende-se o respeito aos precedentes como fator estruturante dos processos negociais. Demonstrou-se que a vinculação a decisões anteriores, embora não expressa em lei, deriva dos princípios constitucionais de isonomia e impessoalidade. Conclui-se que a sistematização de repositórios públicos de acordos e a motivação robusta para eventual superação de entendimentos consolidados são indispensáveis para evitar tratamento desigual e fortalecer a credibilidade da Administração Pública consensual.

Referências

ARROUY, Pedro Luis. Fuentes del Derecho Administrativo. La Costumbre y el Precedente Administrativo a la luz del principio Republicano de Gobierno. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, Buenos Aires, n. 16, p. 1-24, 2009.

BARATIERI, Noel Antonio. *O Método de Negociação de Harvard na Administração Pública Consensual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

BARNÉS, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. In: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNÉS, Javier (coord.). *La Transformación del Procedimiento Administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008.

³⁵ ROCHA, Daniel Favoretto. Acordos substitutivos como precedentes administrativos: desafios do CADE e lições para o direito concorrencial europeu. *Revista da Concorrência e Regulação*, Lisboa, ano 11, n. 41, p. 75-97, jan./mar. 2020. p. 89.

³⁶ Sobre a técnica de superação de precedentes, ver: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Nota Técnica n. 01/2020. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1_2020_5ccr_05-05-redacao-final-nt-al-com-adesoes-ultima-versao.pdf. Acesso em: 20 mar. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARNAES, Mariana. *Processo Administrativo Negocial: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. El precedente administrativo. *Revista de Derecho*, Montevideo, n. 5, p. 51-78, 2010.

FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (org.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FARIA, Luzardo. O papel do princípio da indisponibilidade do interesse público na Administração Pública consensual. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 281, n. 3, p. 273-302, 2022.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018.

LOUREIRO, Caio de Souza et. al. Análise dos Modelos de Regulamentação sobre Acordos Administrativos no Direito Comparado. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 473-496.

MACHADO, Gabriel. *Acordos administrativos: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB*. São Paulo: Almedina, 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.

MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Procedimento administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 24, p. 75-116, sep./dic. 1957.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRATO, Victor Rhein (coord.). *Estudos atuais sobre ato e processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

ROCHA, Daniel Favoretto. Acordos substitutivos como precedentes administrativos: desafios do CADE e lições para o direito concorrencial europeu. *Revista da Concorrência e Regulação*, Lisboa, ano 11, n. 41, p. 75-97, jan./mar. 2020.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da Administração Pública democrática: a conformação da administração pública consensual. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 80, n. 3, p. 69-95, jul./set. 2011.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *O acordo de leniência anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes*. Curitiba: Appris, 2021.

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

FARIA, Luzardo. Processo administrativo negocial: o processo como instrumento de garantia de direitos na negociação de acordos administrativos. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 201-214. ISBN 978-85-450-0925-2.

RESPONSABILIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DECORRÊNCIA DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS À LUZ DA LGPD

DANIEL FERREIRA

Pós-Doutor pelo IGC/FDUC.
Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP.
Professor Permanente e Coordenador do PPGD do Centro Universitário Internacional (UNINTER).

JOSÉ ANTONIO ASSAD E FARIA JÚNIOR

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER).
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Sumário: 1 Introdução. 2 A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Âmbito da Administração Pública. 3 Responsabilidade pelo Tratamento de Dados Pessoais no Âmbito da Administração Pública. 3.1 Responsabilidade Civil. 3.2 Responsabilidade Administrativa. 4 Conclusões. Referências.

1 Introdução¹

A crescente digitalização das atividades estatais e a intensificação do uso de tecnologias da informação e comunicação (TICs) têm conferido papel central aos dados pessoais, tornando imperiosa a adoção de salvaguardas jurídicas que protejam a privacidade dos indivíduos. Nesse contexto, a promulgação da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) representou um avanço – verdadeiro marco regulatório – no ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer regras e princípios gerais aplicáveis tanto ao setor privado quanto à Administração Pública.

¹ Bolsa PROSUP/CAPES: o presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001; “This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001.

No contexto do setor público, a aplicação da LGPD se impõe em razão do expressivo volume de informações pessoais tratadas pelos entes estatais no desempenho de suas atividades institucionais. A proteção da privacidade e o tratamento adequado desses dados tornam-se, assim, imperativos para a preservação da segurança jurídica e da confiança do cidadão no Estado.

A LGPD impõe à Administração Pública uma série de deveres, incluindo a adoção de medidas de segurança e transparência no tratamento de dados pessoais, além da necessidade de justificar a coleta e o processamento dessas informações com fundamento legal adequado. Ademais, a lei prevê a atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) como órgão regulador e fiscalizador, responsável por estabelecer normas complementares e supervisionar a implementação das diretrizes de proteção de dados pessoais no âmbito estatal.

Em âmbito estatal, o desafio de efetivar a proteção de dados torna-se ainda mais complexo diante de outras obrigações constitucionais, como o dever de publicidade e transparência previsto na Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI). A harmonização entre o acesso a informações públicas e a tutela do direito à privacidade exige que os órgãos públicos observem princípios fundamentais, como finalidade, necessidade, adequação e segurança.

Esta pesquisa tem por objetivo analisar as disposições da LGPD aplicáveis aos entes estatais e as implicações jurídicas decorrentes de eventuais violações, com destaque para os regimes de responsabilização civil e administrativa. Além disso, será abordada a interseção entre a proteção de dados pessoais e o direito de acesso à informação, aspecto fundamental para garantir a transparência na gestão pública.

Assim, ao explorar as obrigações da Administração Pública sob a LGPD e as consequências de seu descumprimento, este estudo busca contribuir para o aprimoramento das práticas de governança de dados e para a construção de um ambiente institucional mais seguro e transparente. A implementação efetiva da LGPD no setor público não apenas reforça a proteção dos direitos dos titulares de dados, mas também fortalece a confiança nas instituições estatais, promovendo uma cultura de respeito à privacidade e à segurança da informação.

2 A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Âmbito da Administração Pública

A promulgação da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) representa a instalação de um novo e significativo marco regulatório para o ordenamento jurídico brasileiro, inaugurando um regime geral de proteção de dados pessoais no país, o qual se mostrava urgente e necessário, conforme bem observado por Flávio Garcia Cabral². A norma tem por objetivo, de um lado, proporcionar garantias

² 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; GARBARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 132-141; p. 140.

aos direitos dos cidadãos; de outro, fornecer bases para o desenvolvimento da economia da informação, com base nos vetores da confiança, segurança e valor.³

Entre as garantias que a norma pretende resguardar estão os direitos fundamentais à liberdade, à privacidade e ao livre desenvolvimento da pessoa natural.⁴ A proteção de dados pessoais é um direito da personalidade derivado do princípio da dignidade da pessoa humana⁵ e, portanto, não se reduz à proteção da vida privada – apesar de se relacionar fortemente com ela.⁶

Segundo Laura Mendes e Danilo Doneda, a LGPD articula a proteção do titular de dados em torno de cinco eixos principais: “i) unidade e generalidade da aplicação da Lei; ii) legitimação para o tratamento de dados (hipóteses autorizativas); iii) princípios e direitos do titular; iv) obrigações dos agentes de tratamento de dados; v) responsabilização dos agentes”.⁷ Quanto ao primeiro eixo, refere-se ao âmbito de aplicação material da Lei, que incide tanto sobre os setores privado quanto público, além de abranger também o tratamento de dados realizado na internet.⁸

O segundo eixo, por sua vez, diz respeito ao pressuposto de que o tratamento de dados não pode ser realizado sem uma base normativa. A legitimidade do tratamento de dados pessoais depende de seu enquadramento em um dos casos previstos no art. 7º ou no art. 23 da LGPD, que preveem um total de 11 (onze) hipóteses autorizativas.⁹

Já o terceiro eixo da LGPD refere-se aos princípios e direitos do titular de dados. A norma estabelece uma série de princípios que orientam a atividade de tratamento de dados pessoais, fornecendo meios ao cidadão para efetivo controle do uso de seus dados por terceiros e conferindo unidade sistêmica à disciplina da proteção de dados pessoais. Dentre os princípios fundamentais, destacam-se a finalidade, livre acesso, segurança, transparência e qualidade.¹⁰

Quanto aos princípios que regem o tratamento de dados pessoais, destacam-se aqueles elencados no art. 6º, da LGPD: boa-fé (*caput*), finalidade (inc. I), adequação (inc. II), necessidade (inc. III), livre acesso (inc. IV), qualidade dos dados (inc. V), transparência (inc. VI), segurança (inc. VII), prevenção (inc. VIII), não discriminação (inc. IX) e da responsabilização e prestação de contas (inc. X). A grande quantidade de princípios enunciados na norma deve-se, entre outros, ao fato de que a proteção de dados pessoais era matéria relativamente nova e havia necessidade de estabelecer parâmetros para interpretação e aplicação dos dispositivos.¹¹

³ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018. Disponível em: <https://l1nq.com/AqePT>. Acesso em: 11 fev. 2025.

⁴ BUCHAIN, Luiz Carlos. A Lei Geral de Proteção de Dados: noções gerais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1010, p. 209-229, dez. 2019. Disponível em: <https://encr.pw/eqIzi>. Acesso em: 11 fev. 2025.

⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) e a sua principiologia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1027, ano 110, p. 203-243, maio 2021. Disponível em: <https://encr.pw/wPS0H>. Acesso em: 11 fev. 2025.

⁶ BUCHAIN, Luiz Carlos. A Lei Geral de Proteção de Dados: noções gerais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1010, p. 209-229, dez. 2019. Disponível em: <https://encr.pw/eqIzi>. Acesso em: 11 fev. 2025.

⁷ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018. Disponível em: <https://l1nq.com/AqePT>. Acesso em: 11 fev. 2025.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

O quarto eixo diz respeito às obrigações impostas aos agentes de tratamento. Além de impor limites ao tratamento de dados em si, a LGPD exige que esses agentes adotem procedimentos adequados para garantir a segurança das informações, prevenindo acessos indevidos, vazamentos e incidentes de segurança. Dentre as obrigações mais relevantes, destaca-se a necessidade de nomeação de um encarregado de proteção de dados, responsável por atuar como ponto de contato entre a organização, os titulares e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), recebendo reclamações, comunicando-se com a ANPD e orientando funcionários.¹²

Por fim, o quinto eixo aborda a responsabilização dos agentes de tratamento em casos de descumprimento da legislação ou ocorrência de danos aos titulares. A LGPD estabelece um regime de responsabilidade eminentemente objetiva e, como regra geral, o operador somente será responsabilizado por atos contrários à legislação ou às orientações fornecidas pelo controlador; enquanto o controlador será responsabilizado nas demais hipóteses. Há, contudo, situações nas quais controladores e operadores podem ser responsabilizados solidariamente, a fim de assegurar a indenização ao titular dos dados.¹³

O art. 5º, inc. VI, da LGPD define controlador como “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”; e o inc. VIII do mesmo dispositivo assim define o operador: “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”. A princípio, portanto, seria possível afirmar que o operador deve ser uma entidade jurídica distinta do controlador – portanto, dotada de personalidade jurídica – e que aja seu nome.¹⁴ Porém, no caso da Administração Pública, não há óbice ao exercício concomitante das duas funções pelo mesmo ente público, que decidirá sobre o tratamento de dados pessoais e o realizará.¹⁵

Em relação a seu campo de aplicação material, a LGPD se aplica a todas as operações de tratamento de dados pessoais realizadas por pessoa natural ou jurídica no território nacional, bem como nos casos em que os dados pessoais tenham sido coletados no Brasil e nos quais o tratamento é realizado com objetivo de oferecer ou fornecer bens e serviços ou tratar dados de indivíduos localizados no país. Por outro lado, a lei não se aplica nos casos em que seja realizado: por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; para fins exclusivamente jornalístico e artístico; para fins acadêmicos; e para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, atividades de investigação e atividades de repressão de infrações penais. Ainda, excepciona a regra geral a hipótese de tratamento de dados pessoais provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, se aquele país proporcionar grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD.

¹² Idem.

¹³ Idem.

¹⁴ BUCHAIN, Luiz Carlos. A Lei Geral de Proteção de Dados: noções gerais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1010, p. 209-229, dez. 2019. Disponível em: <https://encr.pw/eqIzi>. Acesso em: 11 fev. 2025.

¹⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey; HAHN, Tatiana Meinhart. Governança de dados no setor público brasileiro: uma análise a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 23, n. 129, p. 75-101, set./out. 2021. Disponível em: <https://11nq.com/rVXT8>. Acesso em: 6 fev. 2025.

O art. 23, da LGPD, determina que o tratamento de dados pessoais pelo poder público seja realizado pelas pessoas jurídicas referidas no art. 1º da Lei de Acesso à Informação (LAI), ou seja, por toda organização administrativa brasileira.¹⁶ Já o art. 24 da norma dispõe que empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares.

Não há dúvida, pois, de que as obrigações previstas na LGPD se aplicam aos órgãos públicos que realizem tratamento de dados pessoais. Inclusive, o capítulo IV da lei dispõe de forma específica sobre o tratamento de dados pessoais pelo poder público, que deve atender finalidade pública e preencher duas condições prévias: informar aos titulares de dados o fundamento legal e a finalidade da coleta e tratamento dos dados pessoais coletados; e indicar quem será o encarregado. O poder público não pode, portanto, exigir qualquer dado pessoal dos administrados, mas apenas aquele necessário ao exercício de suas atividades públicas.¹⁷ Daí que, tratando dos arts. 25 a 27 da LGPD, Daniel Ferreira e Jéssica Jane de Souza afirmam verificar-se

[...] a determinação de um tratamento compartilhado e harmônico dos dados no âmbito da administração pública, para o fim de proteger os dados e ao mesmo tempo viabilizar “a execução de políticas públicas, a prestação de serviços públicos, a descentralização da atividade pública e o próprio acesso às informações pelo público em geral.”¹⁸

De sua banda, os arts. 29 a 32, inseridos no capítulo IV da LGPD, tratam da atuação da ANPD perante a Administração Pública, atribuindo-lhe a responsabilidade pela fiscalização do tratamento de dados por meio de relatórios técnicos que podem ser solicitados aos órgãos e entidades públicos a qualquer tempo. A ANPD também possui a atribuição de estabelecer normas complementares para as atividades de comunicação e de uso compartilhado de dados pessoais, bem como solicitar a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo poder público. Além disso, quando constatar infração à LGPD, a autoridade poderá enviar informe aos órgãos e entidades da Administração, elencando as medidas cabíveis para cessá-la.

A propósito, a proteção de dados pessoais no âmbito da administração pública apresenta um desafio adicional: o direito à informação previsto no art. 5º, inc. XXXIII, no art. 37, §3º, inc. II, e no art. 216, §2º, todos da Constituição Federal, e regulado pela Lei de Acesso à Informação. No âmbito da LAI, a restrição de acesso a informações pessoais era tratada como uma exceção à regra geral de transparência.¹⁹

¹⁶ Ferreira, Daniel; Souza, Jéssica Jane de. Análise da aplicação da LGPD na administração pública brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 1033, ano 110, p. 21-42, novembro 2021. Disponível em: <https://l1nq.com/jKjLp>. Acesso em: 6 fev. 2025.

¹⁷ SCOPEL, Adriano Sayão. Breves considerações sobre tratamento de dados pelo Poder Público e meios de defesa dos dados pessoais por particulares. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 7/2020, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://encr.pw/a4lih>. Acesso em 6 fev. 2025.

¹⁸ Ferreira, Daniel; Souza, Jéssica Jane de. Análise da aplicação da LGPD na administração pública brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 1033, ano 110, p. 21-42, novembro 2021. Disponível em: <https://l1nq.com/jKjLp>. Acesso em: 6 fev. 2025.

¹⁹ GASIOLO, Gustavo Gil; MACHADO, Diego; MENDES, Laura Schertel. A Administração Pública entre transparência e proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 135, ano 30, p. 179-201, maio/jun. 2021. Disponível em: <https://encr.pw/genjB>. Acesso em: 6 fev. 2025.

Assim como a proteção de dados pessoais, o direito à informação é um fator fundamental para a garantia da democracia.²⁰ Ao mesmo tempo em que deve dar publicidade a seus atos e fornecer acesso às informações administrativas, a Administração Pública precisa garantir a proteção de dados pessoais contra qualquer operação de tratamento de dados ilegítima, no que se inclui sua divulgação.²¹

Bruno Bioni, Paula da Silva e Pedro Martins entendem que os deveres e obrigações previstos na LGPD para os agentes de tratamento, se observados, reforçam também as medidas da LAI. Segundo os autores, a lógica de ambas as leis é permitir que o indivíduo tenha acesso apenas aos dados pertinentes em cada caso concreto:

Por meio de diferentes dispositivos, como o princípio da minimização e da finalidade, ciclo de vida de dados e anonimização, a LGPD garante que haja o efetivo exercício do direito de acesso aos dados considerados relevantes, reforçando a ideia de acesso apenas aos dados relativos a esse titular ou a dados de interesse público, o que converge com as diretrizes da LAI.²²

Em síntese, a LGPD aplica-se integralmente à Administração Pública, impondo-lhe não apenas obrigações quanto ao tratamento de dados pessoais, mas também exigindo a adoção de medidas que visem à proteção efetiva dos titulares. Há, ainda, o desafio adicional de equilibrar a proteção de dados pessoais com o direito à informação.

Nesse contexto, é importante refletir sobre as consequências jurídicas da inobservância dos deveres legais pelos entes estatais. No tópico seguinte, serão analisados os institutos da responsabilização civil e administrativa de órgãos e entidades públicos em virtude da violação de dados pessoais.

3 Responsabilidade pelo Tratamento de Dados Pessoais no Âmbito da Administração Pública

A responsabilização pelo tratamento irregular de dados pessoais no âmbito do poder público pode ocorrer em múltiplas esferas, notadamente a civil e a administrativa. Na esfera civil, discute-se a obrigação de indenizar o lesado e o dever de regresso contra o agente que agiu com dolo ou culpa. Já na esfera administrativa, analisam-se as sanções e medidas aplicáveis pelos órgãos competentes – como a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) – e a atuação de entidades como tribunais de contas e controladorias.

²⁰ 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. *OGU – Cadernos Técnicos da CGU*, Brasília, v. 1, p. 8-19, 16 mar. 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU. Acesso em: 6 fev. 2025.

²¹ GASIOLO, Gustavo Gil; MACHADO, Diego; MENDES, Laura Schertel. A Administração Pública entre transparência e proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 135, ano 30, p. 179-201, maio/jun. 2021. Disponível em: <https://encr.pw/genjB>. Acesso em: 6 fev. 2025.

²² 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. *OGU – Cadernos Técnicos da CGU*, Brasília, v. 1, p. 8-19, 16 mar. 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU. Acesso em: 6 fev. 2025.

Cada esfera de responsabilização possui nuances específicas, mas todas convergem no objetivo de proteger o titular de dados e a coletividade contra violações que, em maior escala, podem comprometer a própria confiança no poder público e acarretar significativas perdas econômicas.

3.1 Responsabilidade civil

A responsabilidade civil do Estado decorre, em linhas gerais, do art. 37, §6º, da Constituição Federal, que institui a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviço público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Atualmente, a teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado se fundamenta na ideia de solidariedade social, que determina a distribuição dos encargos decorrentes dos prejuízos suportados.²³

Não há necessidade de comprovação de culpa do agente para que o Estado seja compelido a indenizar, bastando ao particular demonstrar o dano e o nexo causal entre a ação ou omissão estatal e o prejuízo sofrido. Tais conceitos – dolo e culpa – são relevantes apenas ao se analisar o cabimento de ação regressiva do ente estatal em face dos prepostos causadores do dano a particulares.²⁴

Mesmo pela prática de atos lícitos, o Estado poderá responder na esfera civil quando sua conduta acarretar indiretamente, como simples consequência, a lesão a direito alheio. Uma das hipóteses em que essa responsabilização pode ocorrer se relaciona com a LGPD:

[...] o Estado pode realizar tratamento de dados, o que implica, necessariamente, o sacrifício ao direito de outrem – tanto que a pessoa natural a quem pertence tais dados não precisa, nessa hipótese legal, consentir. No entanto, se o Estado [...] violar direito alheio, ainda que como simples resultado de uma conduta legítima, haverá a responsabilização estatal.²⁵

Carolina Pinto, Érica Andrade e Tailanna Carvalho observam que a LGPD não traz nenhuma previsão específica sobre a responsabilidade civil dos órgãos públicos, apenas dispondo que as sanções administrativas aplicadas pela ANPD não excluem o previsto na Lei n. 8.112/1990 (Estatuto do Servidor Público Federal), na Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e na Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). Ainda assim aplicam-se na esfera civil, as regras gerais previstas nos arts. 42 a 45, da

²³ SILVA, Andressa Carvalho da. Lei Geral de Proteção de Dados e a responsabilidade estatal: implicações no âmbito dos Tribunais de Contas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1028, ano 110, p. 21-40, jun. 2021. Disponível em: <https://encr.pw/oEUGE>. Acesso em: 6 fev. 2025.

²⁴ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (org.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 280.

²⁵ SILVA, Andressa Carvalho da. Lei Geral de Proteção de Dados e a responsabilidade estatal: implicações no âmbito dos Tribunais de Contas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1028, ano 110, p. 21-40, jun. 2021. Disponível em: <https://encr.pw/oEUGE>. Acesso em: 6 fev. 2025.

LGPD,²⁶ combinadas com as disposições dos arts. 186 e 187 da Lei n. 14.406/2002 (Código Civil brasileiro).²⁷

Em regra, nos termos do art. 42, *caput* e §1º, inc. II, o controlador é responsável pelo descumprimento das normas da LGPD e pelos danos causados aos titulares. Como exceção, o art. 42, §1º, inc. I, da LGPD prevê que o operador responderá solidariamente quando descumprir os deveres previstos na legislação de proteção de dados ou quando não seguir instruções lícitas do controlador.

Dentre as instruções lícitas do controlador, incluem-se as normas internas da organização – como códigos de conduta, políticas de privacidade e portarias, por exemplo – e outras medidas de segurança da informação, técnicas ou administrativas, relacionadas à proteção de dados ou à governança corporativa. Contudo, como visto, o mero atendimento de tais normas internas ou de outras ordens do controlador, se ilícitas, não exime o operador de responder solidariamente pelos danos causados.²⁸

Nos termos do art. 44, da LGPD, também haverá irregularidade e, portanto, responsabilidade civil quando o tratamento de dados pessoais não fornecer a segurança que o titular pode esperar, considerando circunstâncias como o modo pelo qual o tratamento é realizado, as técnicas de tratamento disponíveis à época, o resultado e os riscos razoavelmente esperados. O parágrafo único do artigo determina a responsabilização de controladores e operadores que não adotarem medidas de segurança, técnicas e administrativas, aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações – acidentais ou ilícitas – de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

Em síntese, o operador sempre responderá pelos danos causados ao titular em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, seja de forma isolada ou solidária com o controlador.²⁹ No caso das relações de consumo, a violação do direito do titular de dados permanece sujeita às regras de responsabilidade da legislação consumerista (art. 45, da LGPD).

Excepcionando a regra geral da responsabilização objetiva, o art. 43 da LGPD elenca causas excludentes da responsabilidade dos agentes de tratamento, semelhantes às excludentes da responsabilidade civil por defeito previstas no art. 12, §3º, do Código de Defesa do Consumidor – CDC.³⁰ Segundo Oscar Valente Cardoso, os incs. I a III do

²⁶ PINTO, Carolina Martins; ANDRADE, Érica Feitosa Coelho Marinho de; CARVALHO, Tailanna Thaís Costa de. A responsabilidade civil da Administração Pública sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 21, n. 247, p. 13-29, set. 2021. Disponível em: <https://l1nq.com/6QTy6>. Acesso em: 6 fev. 2025.

²⁷ FERREIRA, Daniel; REIS, Luciano Elias. O “vazio regulamentar” do artigo 53 e seus impactos na (in)efetividade da LGPD. In: Augusto Neves dal Pozzo; Ricardo Marcondes Martins (org.). *LGPD & Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 1. p. 675-694. p. 690.

²⁸ Cardoso, Oscar Valente. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 111, ano 23, p. 109-123, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://encr.pw/9nqIQO>. Acesso em: 6 fev. 2025.

²⁹ Idem.

³⁰ Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

art. 43 contemplam três hipóteses de exclusão de responsabilidade e uma de redução do valor da indenização.³¹

Quanto às hipóteses de exclusão, são elas: a) comprovação de que não foi realizado o tratamento de dados pessoais atribuído ao agente de tratamento; b) demonstração de que, embora o agente tenha realizado o tratamento de dados pessoais que lhe é atribuído, não violou as normas sobre proteção de dados; e c) comprovação de que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros. Já a hipótese de redução do valor da indenização é a demonstração de culpa concorrente da vítima (titular dos dados pessoais) ou de terceiros.³²

Como se observa, a responsabilidade civil pelo tratamento indevido de dados pessoais no âmbito da administração pública segue o regime da responsabilidade objetiva estabelecido no art. 37, §6º, da Constituição Federal, assegurando ao titular dos dados o direito à reparação dos danos sofridos, independentemente da comprovação de culpa do ente estatal. A LGPD reforça esse dever, impondo aos controladores e operadores – inclusive públicos – o ônus de adotar medidas de segurança adequadas para prevenir violações.

Já a responsabilização do agente público que deu causa ao dano dependerá da demonstração de dolo ou culpa, o que possibilita o ajuizamento de ação regressiva pelo Estado. Além disso, a legislação prevê excludentes de responsabilidade que podem afastar ou atenuar o dever de indenizar, reforçando a necessidade de análise em cada caso concreto. De todo modo, a responsabilização administrativa não terá espaço nos casos em que se demonstrar inexigibilidade de conduta diversa.³³

No próximo tópico, serão analisados os mecanismos de responsabilização administrativa dos órgãos e entidades públicos que descumprirem as diretrizes da LGPD, bem como as penalidades aplicáveis no contexto da administração pública.

3.2 Responsabilidade Administrativa

A própria ideia de um direito autônomo à proteção de dados pessoais carrega, em si, a necessidade de regular a responsabilização dos controladores e operadores na esfera administrativa. No Brasil, essa é uma das funções da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD – autarquia especial com independência administrativa e cujos membros do Conselho Diretor possuem mandato fixo e estabilidade.³⁴

Entre as competências atribuídas à Autoridade Nacional pela LGPD estão as de enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar infrações à lei em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos (art. 31); fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação (art. 55-J,

³¹ Cardoso, Oscar Valente. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 111, ano 23, p. 109-123, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://encr.pw/9nqIO>. Acesso em: 6 fev. 2025.

³² idem.

³³ FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 295-328.

³⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) e a sua principal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1027, ano 110, p. 203-243, maio 2021. Disponível em: <https://encr.pw/wPSOH>. Acesso em: 11 fev. 2025.

inc. IV); realizar auditorias – ou determinar sua realização – sobre o tratamento de dados pessoais efetuado por agentes de tratamento, inclusive o poder público (art. 55-J, inc. XVI); e, no caso de violação da lei por órgãos e entidades da Administração Pública federal, comunicar aos órgãos de controle interno (art. 55-J, inc. XXII). Já o art. 55-K, da LGPD dispõe que, no que se refere à proteção de dados pessoais e ao exercício de competências sancionatórias e normativas afetas ao tema, as competências da ANPD possuem prevalência sobre as de outras entidades e órgãos da Administração Pública.

De consequente, a LGPD deixa claramente estabelecido o órgão competente para fiscalizar e aplicar sanções na esfera administrativa em casos de infrações decorrentes do tratamento de dados pessoais. No art. 52, da lei, o legislador previu, também, as infrações passíveis de serem aplicadas aos agentes de tratamento de dados que infringjam dispositivos da norma:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; [...]

X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador;

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período;

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.³⁵

O parágrafo terceiro do mesmo art. 52 exclui apenas as multas simples e diária do rol de sanções aplicáveis aos órgãos e entidades públicos, mas, silenciosamente, afasta a real possibilidade de aplicação das mais gravosas,³⁶ dada a necessidade de preservação dos interesses públicos e dos direitos dos destinatários dos serviços prestados. A título de ilustração, o Instituto Nacional do Seguro Nacional (INSS) não pode ter seus dados eliminados, ter paralisado seu banco de dados ou proibido de tratar dados pessoais, sob pena de a população mais vulnerável ter seus direitos “de subsistência” tolhidos, dentre outros o de se aposentar, de perceber os proventos de aposentadoria ou de receber auxílio-acidente previdenciário.

³⁵ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 15 ago. 2018.

³⁶ CARDOSO, Raphael de Matos. A aplicação de sanções administrativas ao poder público pela ANPD. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; ZARDO, Francisco; VORONOFF, Alice (coord.). *Coleção de direito administrativo sancionador*: vol. 4. Rio de Janeiro, CEEJ, 2023. p. 342.

Contudo, apesar de indicar de forma expressa a entidade responsável pelo exercício da competência sancionatória e elencar o rol de sanções aplicáveis, a lei necessitava, *ab ovo*, de um regulamento sancionador específico, a fim de garantir segurança jurídica aos titulares de dados.³⁷

A regulamentação processual foi realizada, em um primeiro momento, por meio da Resolução n.º 1, de 28 de outubro de 2021, do Conselho Diretor (CD) da ANPD, que estabeleceu os procedimentos a serem observados nos processos de fiscalização e as regras a serem observadas no âmbito do processo administrativo sancionador pela ANPD.³⁸

Dita resolução, nos termos de seu art. 1º, §1º, é de aplicação compulsória para as pessoas jurídicas de direito público e estrutura a fiscalização em fases sucessivas de monitoramento, orientação, prevenção e repressão. A atividade repressiva, tratada especificamente a partir do art. 37 do diploma normativo, materializa-se na instauração de processos administrativos sancionadores, com lavratura de auto de infração, garantia do contraditório e da ampla defesa, culminando na possível imposição de sanções administrativas previstas na própria LGPD.

Em seu art. 35, §1º, a norma prevê, no âmbito da atividade preventiva da Autoridade, o uso de informe nos casos de infrações decorrentes do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos em situações de menor complexidade, quando a regularização deva ocorrer em prazo determinado.

Em um segundo momento – e já com alguma demora, diga-se – foi publicada a Resolução CD/ANPD n. 4, de 24 de fevereiro de 2023, que aprovou o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas.³⁹ A norma buscou estabelecer parâmetros e critérios para aplicação de sanções administrativas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), bem como as formas e dosimetrias para o cálculo do valor-base das sanções de multa.

O diploma, em seu art. 7º, infelizmente se limita a elencar os critérios a serem considerados para estipulação da sanção impositiva, reproduzindo, em sua quase totalidade, o art. 52, da LGPD, apenas desmembrando a reincidência em dois: reincidência específica (inc. V) e reincidência genérica (inc. VI). Em seu art. 8º, o diploma normativo prevê a classificação das infrações em leve, média ou grave com base, em linhas gerais, no potencial de prejuízo ao titular de dados, na extensão do dano e no comportamento do agente de dados. Todavia, os efeitos do “vazio regulamentar” outrora experimentado⁴⁰ persistem, dada a regulamentação malfeita (Resolução CD/ANPD n. 4) que repercute na

³⁷ Ferreira, Daniel; Souza, Jéssica Jane de. Análise da aplicação da LGPD na administração pública brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1033, ano 110, p. 21-42, nov. 2021. Disponível em: <https://11nq.com/jKjLp>. Acesso em: 6 fev. 2025.

³⁸ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. *Resolução CD/ANPD n. 1, de 28 de outubro de 2021*. Aprova o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no âmbito da ANPD. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 out. 2021. Disponível em: <https://acesse.one/vHsa2>. Acesso em: 25 fev. 2025.

³⁹ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. *Resolução CD/ANPD n. 4, de 24 de fevereiro de 2023*. Aprova o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 fev. 2023. Disponível em: <https://acesse.one/Prv1T>. Acesso em: 25 fev. 2025.

⁴⁰ FERREIRA, Daniel; REIS, Luciano Elias. O “vazio regulamentar” do artigo 53 e seus impactos na (in)efetividade da LGPD. In: Augusto Neves dal Pozzo; Ricardo Marcondes Martins (org.). *LGPD & Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 1, p. 675-694.

impossibilidade de válida imposição de sanções por violação escancarada ao princípio da tipicidade no que diz com as infrações. Afinal de contas, até hoje não se observou o seguinte:

A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para *não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável*, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja *objetivamente* reconhecível.⁴¹

De todo modo, a resolução ainda prevê circunstâncias agravantes (art. 12) e atenuantes (art. 13). Situações como reincidência específica e descumprimento de medidas preventivas elevam o valor da multa aplicada; em sentido inverso, a cessação espontânea da irregularidade, a existência de políticas de governança e a adoção de mecanismos de minimização de danos podem reduzir a penalidade. Essa estrutura objetiva, de fato, tem o potencial de reduzir arbitrariedades, pois cada etapa do cálculo possui percentuais bem delimitados.

Entretanto, ainda que a resolução estabeleça parâmetros e critérios de dosimetria, a ANPD mantém certa margem de subjetividade, o que reforça a ilegitimidade das sanções porventura aplicadas. A título de exemplo, embora tenha havido a necessária classificação das infrações a partir de sua gravidade (art. 8º e seus parágrafos), para assim se reconhecer seu grau de reprovabilidade e, pois, o sancionamento devido em cada caso, e se tenha indicado a vantagem econômica como parâmetro de dosimetria da sanção (art. 15, inc. I), ainda assim persistem dúvidas quanto ao impacto das infrações nos casos concretos. Igualmente, a possibilidade (*sic*) de afastar a metodologia de dosimetria em nome da proporcionalidade (art. 27) reflete a preocupação de ajustar a sanção à realidade dos fatos, mas, ao mesmo tempo, possibilita atuação discricionária, para não dizer verdadeiro arbítrio, salvo, é claro, se for para o devido abrandamento.

4 Conclusões

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representou um marco normativo no Brasil, estabelecendo um regime geral de proteção de dados pessoais e impactando tanto o setor privado quanto o público. No âmbito da administração pública, a LGPD impõe uma série de obrigações, exigindo a adoção de medidas para garantir a segurança das informações e a proteção dos direitos dos titulares de dados.

A norma estabelece princípios e diretrizes para o tratamento de dados pessoais, como finalidade, adequação, necessidade e transparência, e prevê sanções administrativas em caso de descumprimento. Embora a LGPD reconheça a relevância do interesse público na utilização de dados para formulação e execução de políticas governamentais, isso não autoriza a Administração a realizar qualquer forma de coleta, armazenamento e

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 812.

compartilhamento de informações pessoais. A lei impõe limites e procedimentos que exigem não só o controle e governança internos, mas também a observância de princípios constitucionais, como a publicidade e a eficiência.

A LGPD também impõe desafios à Administração Pública, como a necessidade de equilibrar a proteção de dados pessoais com o direito à informação, previsto na LAI. A norma busca garantir que o indivíduo tenha acesso apenas aos dados pertinentes em cada caso concreto, reforçando a ideia de acesso apenas aos dados relativos a esse titular ou a dados de interesse público.

Nesse sentido, a responsabilização pelo tratamento irregular de dados pessoais no âmbito estatal pode ocorrer tanto na esfera civil quanto na administrativa. Na esfera civil, discute-se a obrigação de indenizar o lesado e o dever de regresso contra o agente que agiu com dolo ou culpa. Já na esfera administrativa, analisam-se as sanções e medidas aplicáveis pelos órgãos competentes – como a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) – e a atuação de entidades como tribunais de contas e controladorias.

A responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal, é reforçada pela LGPD, que, ao elencar hipóteses de responsabilização de controladores e operadores, oferece um arcabouço normativo robusto para a proteção dos titulares. Na esfera administrativa, por sua vez, a ANPD desempenha papel central, não apenas na aplicação de sanções, mas também na normatização, orientação e fiscalização das práticas adotadas pelos órgãos e entidades públicos.

Em conclusão, a LGPD representa um avanço na proteção de dados pessoais no Brasil, impondo obrigações e responsabilidades aos órgãos e entidades públicos. A norma busca garantir a segurança das informações e a proteção dos direitos dos titulares de dados, bem como equilibrar a proteção de dados pessoais com o direito à informação. Somada à responsabilidade objetiva do Estado e à atuação fiscalizatória e orientadora da ANPD, a LGPD é um marco normativo importante para o desenvolvimento de uma cultura de proteção de dados, baseada em estratégias de segurança, prevenção de incidentes e promoção da transparência, favorecendo o fortalecimento da confiança do cidadão nas instituições.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 812.

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. *OGU – Cadernos Técnicos da CGU*, Brasília, v. 1, p. 8-19, 16 mar. 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU. Acesso em: 6 fev. 2025.

BUCHAIN, Luiz Carlos. A Lei Geral de Proteção de Dados: noções gerais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1010, p. 209-229, dez. 2019. Disponível em: <https://encr.pw/eqIzi>. Acesso em: 11 fev. 2025.

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; GARBARDO, Emerson (coord.). *Desafios da Administração Pública no mundo digital*: livro do XXXVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 132-141.

Cardoso, Oscar Valente. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 111, ano 23, p. 109-123, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://encr.pw/9nqIO>. Acesso em: 6 fev. 2025.

CARDOSO, Raphael de Matos. A aplicação de sanções administrativas ao poder público pela ANPD. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; ZARDO, Francisco; VORONOFF, Alice (coord.). *Coleção de direito administrativo sancionador*: vol. 4. Rio de Janeiro, CEEJ, 2023. p. 342.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey; HAHN, Tatiana Meinhart. Governança de dados no setor público brasileiro: uma análise a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 23, n. 129, p. 75-101, set./out. 2021. Disponível em: <https://l1nq.com/rVXT8>. Acesso em: 6 fev. 2025.

FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 295-328.

Ferreira, Daniel; Souza, Jéssica Jane de. Análise da aplicação da LGPD na administração pública brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1033, ano 110, p. 21-42, novembro 2021. Disponível em: <https://l1nq.com/jKjLp>. Acesso em: 6 fev. 2025.

FERREIRA, Daniel; REIS, Luciano Elias. O “vazio regulamentar” do artigo 53 e seus impactos na (in)efetividade da LGPD. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (org.). *LGPD & Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 1, p. 675-694.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (org.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 280.

GASIOLA, Gustavo Gil; MACHADO, Diego; MENDES, Laura Schertel. A Administração Pública entre transparência e proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 135, ano 30, p. 179-201, maio/jun. 2021. Disponível em: <https://encr.pw/genjB>. Acesso em: 6 fev. 2025.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) e a sua principiologia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1027, ano 110, p. 203-243, maio 2021. <https://encr.pw/wPS0H>. Acesso em: 11 fev. 2025.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018. Disponível em: <https://l1nq.com/AqePT>. Acesso em: 11 fev. 2025.

PINTO, Carolina Martins; ANDRADE, Érica Feitosa Coelho Marinho de; CARVALHO, Tailanna Thaís Costa de. A responsabilidade civil da Administração Pública sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 21, n. 247, p. 13-29, set. 2021. Disponível em: <https://l1nq.com/6QTy6>. Acesso em: 6 fev. 2025.

SCOPEL, Adriano Sayão. Breves considerações sobre tratamento de dados pelo Poder Público e meios de defesa dos dados pessoais por particulares. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 7, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://encr.pw/a4lih>. Acesso em: 6 fev. 2025.

SILVA, Andressa Carvalho da. Lei Geral de Proteção de Dados e a responsabilidade estatal: implicações no âmbito dos Tribunais de Contas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1028, ano 110, p. 21-40, junho 2021. Disponível em: <https://encr.pw/oEUge>. Acesso em: 6 fev. 2025.

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

FERREIRA, Daniel; FARIA JÚNIOR, José Antonio Assad e. Responsabilidades da administração pública em decorrência do tratamento de dados pessoais à luz da LGPD. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 215-228. ISBN 978-85-450-0925-2.

O MOTIVO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR E SEU CONTROLE JURISDICIONAL

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA

Advogado.

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.

Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Sumário: 1 Introdução. 2 Sanção administrativa disciplinar como ato jurídico. 3 O motivo da sanção administrativa disciplinar. 4 Controle dos motivos da sanção administrativa disciplinar pelo Poder Judiciário. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Para a proteção da eficiência e da moralidade administrativas,¹ o ordenamento jurídico vigente outorga ao Estado-administração o poder disciplinar em face de seus agentes.

Em rigor, o poder disciplinar compreende o direito de o Estado-administração punir seus por fatos lesivos àqueles bens jurídicos, quando esses agentes estão no exercício de função pública e numa relação de trabalho subordinado com o Estado.²

Por injunção do princípio da legalidade administrativa, tanto o fato ilícito disciplinar como a correspondente sanção deve ser tipificada por meio da lei ou de ato

¹ Vide o art. 37, *caput*, da Constituição da República.

² Numa acepção ampla, é possível se identificar também o poder disciplinar do Estado-administração sobre os administrados, quando se encontram no sistema público de ensino ou internados em estabelecimentos públicos, em ambos os casos sob a custódia do Estado.

normativo por ela previsto.³ E, por imposição do devido processo legal administrativo, o fato ilícito disciplinar deve ser processado e julgado por meio de um procedimento com a participação do acusado, com as garantias fundamentais que a Constituição da República lhe assegura.⁴

De fato, a sanção administrativa disciplinar é aplicada pelo próprio Estado-administração. Contudo, como todo e qualquer ato jurídico administrativo, ela se encontra sujeita ao controle de juridicidade do Poder Judiciário.⁵

O objetivo do presente artigo é examinar o controle jurisdicional da sanção administrativa disciplinar num de seus requisitos de validade: o motivo.

Para tanto, usa-se como base empírica a Lei Federal n. 8.112/1990.⁶ Embora nunca se deva olvidar o princípio federativo⁷ e o âmbito de incidência desse diploma legal,⁸ ela não deixa de ser uma espécie de lei geral para os regimes disciplinares dos agentes públicos, bem como fonte de inspiração para os legisladores dos demais entes federativos.

2 Sanção administrativa disciplinar como ato jurídico

Em regra, o exercício da função administrativa é feito por meio de atos jurídicos do Estado-administração, que servem de base para seus atos-fatos jurídicos.⁹ Somente situações excepcionais admitem a atuação material do Estado-administração sem prévio ato jurídico que lhe dê supedâneo.¹⁰

³ Vide o art. 5º, II e XXXIX, §§1º e 2º, o art. 37, *caput*, o art. 84, IV e VI, e o art. 87, parágrafo único, I e II, todos da Constituição da República.

⁴ Vide o art. 5º, LIII a LVII, LX, LXXVIII e LXXIX, §§1º e 2º, todos da Constituição da República.

⁵ Vide o art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

⁶ Como se sabe, pela perspectiva da Dogmática Jurídica, o ponto de partida da investigação científico-jurídica é o sistema do Direito Positivo.

O sistema do Direito Positivo é bidimensional: (i) há a dimensão normativa, composta pelo ordenamento jurídico, isto é, o conjunto de normas postas ou reconhecidas pelo Estado, que têm por fundamento último de validade, legitimidade e justiça a Constituição vigente; e, (ii) a dimensão fática, integrada pelos fatos jurídicos e correspondentes efeitos jurídicos, todos eles resultantes da incidência do ordenamento jurídico vigente.

Sobre o sistema do Direito Positivo, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Crise da legalidade e jurisdição constitucional: o princípio da legalidade administrativa e a vinculação do Estado-Administração aos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2023; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n de 1969 (arts. 1º - 7º)*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1.; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997;

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁷ Vide o art. 1º, *caput*, o art. 18, o art. 25, *caput*, o art. 29, *caput*, e o, art. 32, *caput*, todos da Constituição da República.

⁸ Vide os arts. 1º a 4º da Lei Federal nº 8.112/1990.

⁹ O ato jurídico é o fato jurídico que tem no cerne de seu suporte fático, uma exteriorização consciente de vontade ordenada à produção de efeitos jurídicos lícitos no sistema do Direito Positivo.

O ato-fato jurídico, por sua vez, é o fato jurídico cujo suporte fático tem em seu núcleo uma conduta humana na qual a vontade do agente é irrelevante ou se encontra ausente.

Sobre os atos jurídicos e os atos-fatos jurídicos, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. O fato jurídico no Direito Administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. São Paulo: v. 14/2020, p. 139-164, set. 2020; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte geral*. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. Campinas, Bookseller, 1999, v. 1.

¹⁰ Nessas situações, o interesse público impõe imediato o ato-fato jurídico do Estado-administração, que não se eximir ao jurídico posterior que lhe dê licitude nem a responsabilidade civil extranegocial do Estado no caso concreto.

O exercício do poder disciplinar, enquanto atividade administrativa, exige a prática de ato jurídico que dê aplicação à lei administrativa sancionadora. Sem sombra de dúvida, demanda-se *ato jurídico administrativo*.¹¹

Em rigor, a expressão “sanção administrativa disciplinar” pode designar: (i) a privação ou restrição de bem jurídico do agente público infrator; (ii) o ato jurídico administrativo que determina a medida prevista em (i); ou, (iii) o processo administrativo que precede o ato jurídico mencionado em (ii).

Por bem jurídico, entenda-se valor considerado relevante para o ordenamento jurídico vigente, que justifica axiologicamente os modelos jurídicos¹² que compõem essa dimensão do sistema do Direito Positivo e deve orientar a interpretação e a aplicação desses mesmos modelos.

Crê-se que a acepção (ii) acaba sendo mais útil para a presente exposição. E, de certo modo, é a acepção que se entende mais operativa para o exame do fenômeno jurídico em apreço.

Enquanto ato jurídico administrativo, a sanção administrativa disciplinar deve ser examinado nos planos da existência, da validade e da eficácia.¹³

No plano da existência, a sanção administrativa disciplinar tem os seguintes elementos: (i) o *sujeito*, a autoridade ou órgão hierarquicamente superior ao agente público infrator, no exercício da função administrativa; (ii) o *objeto*, na declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução em desfavor do agente público infrator; (iii) a *forma*, ou seja, o revestimento linguístico do ato e o modo como foi comunicado.¹⁴

¹¹ Como se disse em outra oportunidade:

“O ato jurídico administrativo apresenta um suporte fático cujo núcleo compreende uma exteriorização consciente de vontade do Estado (ou de quem esteja no exercício de prerrogativas públicas), realizada numa posição de autoridade, sujeito ao controle jurisdicional, que visa produzir efeitos jurídicos previstos no modelo jurídico administrativo. Por injunção do princípio da legalidade administrativa, é preciso que a expedição do ato jurídico administrativo esteja expressa ou implicitamente autorizada em lei” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. O fato jurídico no Direito Administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. São Paulo: v. 14/2020, p. 139-164, set. 2020. p. 7).

¹² O modelo jurídico é um subsistema do ordenamento jurídico. Os modelos jurídicos podem ser classificados em: (i) modelos jurídicos legislativos, veiculados por declarações escritas, expedidas pelo Poder Legislativo ou por outro Poder do Estado no exercício de competência normativa; (ii) modelos jurídicos jurisprudenciais, veiculados por declarações escritas expedidas pelo Poder Judiciário, ou por órgão estatal no exercício de competência judicante, que servem como precedentes para a disciplina de condutas futuras; (iii) modelos jurídicos negociais, que são aqueles estabelecidos pelos sujeitos de direito no exercício de poder negocial, e garantidos pelo Estado; (iv) modelos jurídicos consuetudinários ou costumeiros, identificados a partir da prática reiterada de padrão de conduta, considerado relevante para a promoção ou proteção de bem jurídico, e reconhecidos formalmente pelo Estado.

Não se pode descartar a possibilidade de modelos jurídicos mistos, especialmente com a expansão dos modelos jurídicos jurisprudenciais no sistema do Direito Positivo brasileiro. A Constituição brasileira, por exemplo, é composta pelos modelos jurídicos legislativos veiculados pela Constituição da República e suas emendas, e os precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o sistema do Direito Positivo brasileiro e seus modelos jurídicos, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Crise da legalidade e jurisdição constitucional: o princípio da legalidade administrativa e a vinculação do Estado-Administração aos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2023; REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹³ Sobre o modelo teórico aqui adotado, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007; FRANÇA, Vladimir da Rocha. O fato jurídico no Direito Administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. São Paulo: v. 14, p. 139-164, set. 2020; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Crise da legalidade e jurisdição constitucional: o princípio da legalidade administrativa e a vinculação do Estado-Administração aos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2023.

¹⁴ Vide o art. 104 e o art. 185, ambos do Código Civil.

No plano da validade da sanção administrativa disciplinar, afere-se o seguinte conjunto de pressupostos: (i) a *competência*, abrangendo-se (i.1) a competência da pessoa jurídica, (i.2) a competência da autoridade ou órgão e (i.3) a imparcialidade da autoridade ou órgão que emitiu o ato;¹⁵ (iii) a *licitude, a possibilidade e o caráter determinável do objeto*;¹⁶ (iv) a *existência dos motivos*, que diz respeito aos pressupostos de fato (*motivo fático*) e de direito (*motivo legal*) que autorizam ou exigem o ato sancionador e sua relação com o objeto e a finalidade;¹⁷ (v) os *requisitos procedimentais*, que são os atos jurídicos que devem preceder ou suceder o ato sancionador;¹⁸ (vi) a *finalidade*, o efeito social que se visa atingir com o provimento punitivo;¹⁹ e, (vii) a *formalização*, ou seja, o modelo que a forma do ato deve seguir.²⁰

Por fim, no plano da eficácia, investiga-se a eficácia jurídica da sanção administrativa disciplinar. Noutro giro: se o ato sancionador produziu ou não o efeito jurídico que se quis ao expedir-lo.

Enfim, a sanção administrativa sancionadora é juridicamente eficaz quando a declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução atinge o bem jurídico do agente público infrator na dimensão fática do sistema do Direito Positivo.

A eficácia social, por sua vez, representa a consequência social da sanção administrativa disciplinar. Como esse ato sancionador tem natureza retributiva, ele tem efeito social quando o agente público infrator é afligido em sua esfera jurídica em razão da antijuridicidade de sua conduta. Discussões em torno do caráter preventivo ou ressocializador da sanção dizem mais respeito à eficácia social global do modelo jurídico sancionador do que propriamente à eficácia social individual da medida punitiva.

¹⁵ Vide o art. 2º, *caput*, “a”, parágrafo único, “a”, da Lei Federal nº 4.717/1965.

Vide o art. 141 e o art. 149, §2º, ambos da Lei Federal nº 8.112/1990.

Vide o art. 1º, §2º, art. 2º, *caput*, parágrafo único, II, e os arts. 11 a 22, todos da Lei Federal nº 9.784/1999.

Vide o art. 104, I, os arts. 151 a 155, art. 166, I e VI, o art. 185, todos do Código Civil.

¹⁶ Vide o art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Vide art. 2º, *caput*, “c”, parágrafo único, “c”, da Lei Federal nº 4.717/1965.

Vide o art. 127 da Lei Federal nº 8.112/1990.

Vide o art. 2º, *caput*, parágrafo único, I, IV, e VI, da Lei Federal nº 9.784/1999.

Vide o art. 104, II, o art. 166, II, e o art. 185, todos do Código Civil.

¹⁷ Vide o art. 4º, e os arts. 20 a 30, todos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Vide o art. 2º, “d”, parágrafo único, “d”, da Lei Federal nº 4.717/1965.

Vide o art. 2º, *caput*, parágrafo único, VI e VII, da Lei Federal nº 9.784/1999.

Vide os arts. 138 a 144, e o art. 166, VII, e o art. 185, todos do Código Civil.

¹⁸ Vide o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Vide o Código de Processo Penal.

Vide o art. 2º, “b”, parágrafo único, “b”, da Lei Federal nº 4.717/1965.

Vide o art. 2º, *caput*, parágrafo único, IV, V, VIII a XII, da Lei Federal nº 9.784/1999.

Vide o art. 104, III, o art. 166, VII, e o art. 185, todos do Código Civil.

Vide o art. 8º e o art. 15, ambos do Código de Processo Civil.

¹⁹ Vide o art. 5º, o art. 20, e o art. 22, *caput*, §1º, todos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Vide o art. 2º, “e”, parágrafo único, “e”, da Lei Federal nº 4.717/1965.

Vide o art. 2º, *caput*, parágrafo único, II, III, e XIII, e o art. 11, ambos da Lei Federal nº 9.784/1999.

Vide os arts. 145 a 150, os arts. 158 a 165, art. 166, III e VI, o art. 167, e o art. 185, todos do Código Civil.

²⁰ Vide os arts. 20 a 22, todos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Vide art. 2º, “b”, parágrafo único, “b”, da Lei Federal nº 4.717/1965.

Vide o art. 2º, *caput*, parágrafo único, V e IX, e os arts. 22 a 25, todos da Lei Federal nº 9.784/1999.

Vide o art. 104, III, o art. 166, IV, e o art. 185, todos do Código Civil.

3 O motivo da sanção administrativa disciplinar

Como já asseverado, os motivos da sanção administrativa disciplinar são os pressupostos de fato e de direito que autorizam ou exigem a expedição desse ato jurídico administrativo.

Do ponto de vista lógico-jurídico, a sanção deve ser consequência de fato ilícito, tal como o fato somente é ilícito se ele for pressuposto de fato para a sanção. Não é diferente, claro, na sanção administrativa disciplinar.

O fato ilícito administrativo disciplinar constitui a conduta típica, antijurídica e culpável que constitui o pressuposto de fato para a privação ou restrição de bem jurídico de agente público, a ser aplicada pelo Estado-administração, no contexto de uma relação de trabalho subordinado.²¹

Inicialmente, convém registrar que é preciso advertir que, como todo e qualquer fato jurídico, o fato ilícito disciplinar existe quando há a incidência da norma jurídica sancionadora. Noutro giro: quando os aspectos pessoal, material, temporal e espacial do suporte fático do fato jurídico em apreço, demarcados na hipótese de incidência da norma jurídica sancionadora, encontram-se presentes na realidade.

Disseque-se então o suporte fático do fato ilícito disciplinar.

A tipicidade constitui a descrição normativa da conduta. Compreende os aspectos pessoal (quem realizou), material (o que se realizou), temporal (quando se realizou) e espacial (onde se realizou) a conduta que se declara como lesiva ao Direito.

Por injunção do princípio da dignidade da pessoa humana,²² exige-se no tipo infracional no Direito Administrativo Sancionador Disciplinar que esteja presente o dolo ou culpa do agente. Recorde-se que não há espaço para responsabilidade objetiva dos agentes públicos nem na esfera penal, nem na esfera civil. Não há bem jurídico que justifique a responsabilidade objetiva do agente público na esfera administrativa.

Isso afasta desse campo do Direito Administrativo Sancionador os fatos ilícitos *stricto sensu*²³ e os atos-fatos ilícitos.²⁴ Logo, somente se admite aqui o ato ilícito e, por conseguinte, o tipo tem dimensão objetiva e dimensão subjetiva.

²¹ Recorde-se, mais uma vez, que se adota aqui uma concepção estrita de poder disciplinar. Vide nota 2.

²² Vide o art. 1º, III, da Constituição da República.

²³ Trata-se de fato jurídico cujo suporte fático tem em seu cerne um evento da natureza (força maior) ou de causa desconhecida (caso fortuito) que atinge bem jurídico de determinado sujeito de direito, e há uma relação jurídica negocial ou extranegocial na qual outro sujeito de direito tem o dever de repará-lo, independentemente de conduta deste no momento da lesão. Tem mais cabimento no âmbito da responsabilidade civil, uma vez que tanto no Direito Penal como no Direito Administrativo Sancionador, faz-se necessária que haja uma conduta humana que, aliada à força maior ou caso fortuito, seja causa imediata da lesão ao Direito. Pensar o contrário, com a devida vênia, seria um sério atentado à dignidade humana e um imenso retrocesso civilizacional. Afinal, crê-se que se tenha superado a concepção que a simples existência do ser humano, sem qualquer ação ou omissão de sua parte, poderia ensejar uma sanção penal ou sanção administrativa. Sobre essa questão no âmbito do Direito Penal, consultar: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁴ Nessa espécie de fato jurídico, o núcleo do suporte fático é composto por uma conduta humana que seja lesiva a bem jurídico, não sendo levado em consideração a vontade consciente ao realizá-la. Mas se faz necessário aqui que o agente tenha se conduzido de forma autônoma, sem ter sido fisicamente compelido a agir ou deixar de agir.

Embora não adotem o conceito fato jurídico adotado, Celso Antônio Bandeira de Mello, Carolina Zancaner Zockun e Weida Zancaner alertam com precisão:

A antijuridicidade envolve lesão a bem jurídico. No caso em apreço, procura-se proteger a eficiência²⁵ e a moralidade²⁶ administrativas. Razão pela qual se faz necessário que a conduta tipificada realmente coloque em risco esses bens jurídicos.

A culpabilidade, por sua vez, abrange: (i) a imputabilidade ou capacidade delitiva, que diz respeito à capacidade potencial de o agente realizar a conduta típica; (ii) a potencial consciência da ilicitude do ato, ou seja, se no caso concreto o agente tinha o discernimento do caráter antijurídico de sua conduta; e, (iii) a possibilidade e exigibilidade de conduta diversa da realizada pelo agente, isto é, se havia a permissão ou obrigação legal de realizar a conduta típica.²⁷

Em rigor, o motivo da sanção administrativa é composto pelo fato ilícito administrativo disciplinar. Isso pressupõe que: (i) todos os elementos do suporte fático, demarcado na hipótese de incidência da norma sancionadora, estejam presentes na realidade (*existência do motivo fático*); (ii) a norma sancionadora que serve de base

“O Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos, ao passo que outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer. Donde, é de meridiana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração quando inexistir a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções, para tal caso previstas. Note-se que aqui não se está a falar de culpa ou dolo, mas de coisa diversa: meramente do *animus* de praticar dada conduta” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Mauricio; ZANCANER, Weida. *Curso de Direito Administrativo*. 37. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 741).

Pode ou não estar presente no Direito Administrativo Sancionador, conforme a liberdade do Estado-legislação. No Direito Penal, poder-se-ia cogitar dela na hipótese da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Sobre a matéria, consultar: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

²⁵ Vide o art. 37, *caput*, o art. 41, §1º, III, o art. 70, *caput*, o art. 74, II, o art. 144, §§7º e 10, I, todos da Constituição da República.

Vide o art. 2º, *caput*, da Lei Federal nº 9.784/1999.

Vide os arts. 4º e 5º da Lei Federal nº 13.460/2017.

O princípio da eficiência administrativa determina que a atividade do Estado-administração ter efetiva repercussão social (a *eficácia social*), seja no que diz respeito à concretização de interesse público, seja no que for concernente à harmonização dos direitos fundamentais.

A eficiência administrativa abrange: (i) a real satisfação do interesse público ou do direito fundamental sob tutela do Estado-administração (a *eficácia administrativa*); (ii) o pleno e otimizado emprego dos recursos públicos na busca desses objetivos (a *economicidade administrativa*); (iii) a eleição das melhores modelos de gestão das utilidades e comodidades públicas, dentre as existentes no atual contexto técnico-científico (a *eficiência administrativa em sentido estrito*).

Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

²⁶ Vide o art. 5º, LXXIII, o art. 12, II, “a”, o art. 14, §9º, o art. 37, *caput*, §3º, o art. 55, II, §1º, o art. 77, §1º, II, o art. 94, *caput*, o art. 101, *caput*, o art. 103-B, XIII, o art. 104, parágrafo único, o art. 111, *caput*, o art. 119, II, o art. 120, §1º, III, o art. 130-A, VI, o art. 131, §1º, todos da Constituição da República.

Vide o art. 2º, *caput*, parágrafo único, IV, e o art. 3º, I, da Lei Federal nº 9.784/1999.

Vide o art. 4º, e o art. 5º, I a III, e XII, ambos da Lei Federal nº 13.460/2017.

O princípio da moralidade administrativa prescreve a subordinação da atividade do Estado-administração aos preceitos morais positivados pela Constituição da República.

Esse princípio abarca: (i) a *boa-fé administrativa*, tanto objetiva como subjetiva; (ii) a *probidade administrativa*; (iii) a *ética profissional*, que por sua vez engloba o *decoro administrativo*; e, (iv) a *integridade moral*, parâmetro para o exame da idoneidade moral e da reputação ilibada.

Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

²⁷ No caso dos fatos ilícitos *stricto sensu* e dos atos-fatos ilícitos, a culpabilidade se restringe à imputabilidade.

para o ato sancionador seja válida (*validade do motivo legal*); (iii) a incidência da norma sancionadora no caso concreto (*incidência do motivo legal sobre o motivo fático*); e, conforme a norma sancionadora e o caso concreto, (iv) a relação entre os motivos e o objeto, tendo em vista a finalidade (*ponderação do motivo fático*).

Anote-se que a ponderação do motivo fático²⁸ tem sentido quando a dosimetria da sanção fica sujeita ao juízo de conveniência, oportunidade e prognose da autoridade competente; ou quando esta pode escolher entre expedir ou não o ato sancionador no caso concreto. Esse espaço de discricionariedade administrativa depende da lei que institui o modelo jurídico sancionador que deve ser aplicado à situação sob exame do Estado-administração e, naturalmente, dos modelos jurídicos jurisprudenciais que tratam da matéria.²⁹

Nesse diapasão, observe-se que a existência ou não do fato ilícito administrativo disciplinar está sujeita ao juízo de juridicidade da autoridade competente para reprimi-lo mediante a sanção administrativa disciplinar. Como se trata do exame da incidência da norma sancionadora, não há espaço para discricionariedade administrativa, pois essa questão é um problema de interpretação.

O emprego de conceitos jurídicos fluidos nos tipos disciplinares³⁰ não pode ser visto como outorga de competência discricionária.³¹ Afinal, não cabe à autoridade, na aplicação do modelo jurídico sancionador, empregar juízo de conveniência, de oportunidade ou de prognose para se identificar a incidência ou não da norma jurídica. O mesmo raciocínio quanto às circunstâncias agravantes, às circunstâncias atenuantes e aos antecedentes do agente.³²

Configura-se a nulidade conhecida como *inexistência de motivos*, “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”.³³ Em termos práticos, isso significa

²⁸ Sobre a inclusão da ponderação do motivo fático no mérito administrativo, consultar: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

²⁹ No caso da pena de demissão, por exemplo, a Súmula nº 650 do Superior Tribunal de Justiça obriga a expedição da sanção administrativa disciplinar quando há o fato ilícito que a lei estabelece como pressuposto de fato para aquela penalidade.

Não se olvide que os modelos jurídicos jurisprudenciais alcançaram atualmente um nível hierárquico que se rivaliza com o dos modelos jurídicos legislativos, no contexto do sistema do Direito Positivo brasileiro.

Vide art. 102, *caput*, I, “a”, III, §§, os arts. 103 e 103-A, o art. 105, III, §§2º e 3º, e o art. 114, II, §§, todos da Constituição da República.

Vide os arts. 926 a 928, o art. 932, IV e V, os arts. 948 a 950, os arts. 976 a 993, e os arts. 1.029 a 1.041, todos do Código de Processo Civil.

³⁰ Por exemplo, vide o art. 116, XI, e o art. 117, V e XV, ambos da Lei Federal nº 8.112/1990.

³¹ Como se disse em trabalho anterior:

“[a] elucidação dos conceitos jurídicos fluidos constantes da hipótese de incidência está sujeita integralmente ao juízo de juridicidade. E, por conseguinte, o Estado-jurisdição tem a palavra final sobre a incidência ou não da norma jurídica aplicada pelo Estado-administração.

É possível que o Estado-jurisdição tenha maior deferência ao Estado-administração quando se trata de elucidação dos conceitos jurídicos teóricos, e se sinta mais tentado a exaurir a discussão em torno de conceitos jurídicos práticos ou proporcionais. Mas se isso ocorre, é porque o Estado-jurisdição reconheceu que o juízo de juridicidade do Estado-administração não deve ser substituído na situação que esteja sob apreciação daquele. Ou seja: a norma jurídica aplicada pelo Estado-administração incidiu” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Crise da legalidade e jurisdição constitucional: o princípio da legalidade administrativa e a vinculação do Estado-Administração aos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2023, p. 138) (grifos no original).

³² Vide o art. 22, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

³³ Vide o art. 2º, parágrafo único, “d”, da Lei Federal nº 4.717/1965.

a ausência do fato ilícito administrativo disciplinar, ao se examinar a validade da sanção administrativa disciplinar.

Destaque-se que a ausência do motivo fático, a invalidade do motivo legal, e a não incidência do motivo legal no motivo fático, *são questões de prova e de interpretação jurídica*. E, no que concerne à ponderação do motivo fático, *a discricionariedade administrativa tem como limite a razoabilidade em todas as suas dimensões*.³⁴

O motivo não se confunde com a motivação.

A motivação compõe a formalização do ato sancionador. Recorde-se que o dever de motivação (ou fundamentação) dos atos administrativos constitui princípio constitucional implícito, e assume uma relevância ainda maior quando se trata do Direito Administrativo Sancionador.³⁵

No caso da sanção administrativa disciplinar, a motivação deve ser composta: (i) a exposição do motivo fático, com todos os seus elementos pessoal, material, temporal e espacial (o suporte fático da norma administrativa sancionadora); (ii) a exposição do motivo legal (a norma administrativa sancionadora que demarca o suporte fático em apreço e prevê a punição constante do objeto); (iii) a demonstração da incidência do motivo legal sobre o motivo fático (a comprovação da presença de fato ilícito administrativo disciplinar); e, (iv) nas hipóteses de discricionariedade administrativa, a ponderação realizada no motivo fático (a comprovação da individualização da penalidade na forma do ordenamento jurídico vigente).³⁶

Como no processo administrativo disciplinar brasileiro há a distinção entre a autoridade competente para instaurar o procedimento e julgá-lo, e a autoridade que deve realizar a sua instrução e efetivar o contraditório, assevere-se que a motivação da sanção administrativa disciplinar deve ser feita por referência ao relatório oferecido pela comissão de inquérito (ou sindicância); salvo, se a autoridade competente para aplicar a penalidade divergir desse ato consultivo, situação que lhe obriga a fundamentar diretamente o ato sancionador que entende devido no caso concreto.³⁷

No Direito Administrativo Sancionador Disciplinar, a ausência de motivação ou a motivação deficiente enseja a nulidade do ato jurídico administrativo punitivo.³⁸

³⁴ A razoabilidade tem as seguintes dimensões: (i) a *equidade*, na qual se examina se aplicação da lei administrativa lesionará direito fundamental no caso concreto; (ii) a *congruência*, onde se verifica se há condições materiais para a aplicação da lei administrativa ao caso concreto; (iii) a *equivalência*, em que se contrapõe o objeto do ato com os parâmetros da lei administrativa que lhe justifica; (iv) a *adequação*, ou seja, se o objeto do ato é apto para se atingir a finalidade; e, (v) a *necessidade*, isto é, a aferição se o objeto do ato, dentre as providências legais admitidas, é o que tem menor repercussão negativa na esfera jurídica do administrado.

Sobre a concepção adotada, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Crise da legalidade e jurisdição constitucional: o princípio da legalidade administrativa e a vinculação do Estado-Administração aos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2023.

³⁵ Vide o art. 1º, II, o art. 5º, LIV e LV, §§1º e 2º, o art. 37, *caput*, o art. 93, X, todos da Constituição da República.

Vide o art. 2º, *caput*, parágrafo único, VII, e o art. 50, ambos da Lei Federal nº 9.784/1999.

Nesse sentido, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

³⁶ Vide o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Vide o art. 2º, *caput*, parágrafo único, VII, e o art. 50, II, §1º, ambos da Lei Federal nº 9.784/1999.

³⁷ Vide o art. 143, o art. 149, e os arts. 165 a 169, todos da Lei Federal nº 8.112/1990.

Vide o art. 50, §1º, da Lei Federal nº 9.784/1999.

³⁸ Vide o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

4 Controle dos motivos da sanção administrativa disciplinar pelo Poder Judiciário

Se há um consenso entre os conceitos de função administrativa disponíveis na doutrina, é que a atividade administrativa se encontra sujeita ao controle de juridicidade do Poder Judiciário. Afinal, o direito à tutela jurisdicional em face de lesão ou ameaça a direito por parte do Estado-administração é uma das garantias fundamentais do administrado no sistema do Direito Positivo brasileiro.³⁹

Por força do princípio da separação dos poderes,⁴⁰ a autoridade judicial não deve substituir a autoridade administrativa, quando esta está no exercício regular de suas competências constitucionais e legais. A intervenção do Estado-jurisdicção na atividade administrativa somente é constitucionalmente devida quando o administrado exerce o seu direito à tutela jurisdicional na forma da lei. Razão pela qual o Estado-jurisdicção tem competência para invalidar ou inibir atos jurídicos administrativos, mas jamais para substituir ato administrativo por ato jurisdicional.

Encontra-se em vigor a Súmula nº 665⁴¹ do Superior Tribunal de Justiça que, aparentemente, prejudica o controle jurisdicional do motivo da sanção administrativa disciplinar.

O referido enunciado jurisprudencial determina que o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar deve se restringir à “regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal”. Mais adiante, prescreve que não é possível a “incursão no mérito administrativo” pelo Estado-jurisdicção, ao examinar esse processo administrativo.

Contudo, no mesmo enunciado jurisprudencial, ressalva-se a “flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada”.

Inicialmente, registre-se que se tem entendido por mérito administrativo tudo aquilo que é resultado da aplicação regular do juízo de conveniência, oportunidade ou prognose no exercício da função administrativa.⁴² Partindo-se dessa premissa, siga-se a análise desse enunciado jurisprudencial.

Em rigor, há espaço para discricionariedade administrativa no exercício do poder disciplinar em duas situações: (i) na escolha entre expedir o ato sancionador, observado o devido processo legal, ou celebrar compromisso processual na forma da lei;⁴³ ou, (ii) na

Vide o art. 2º, “b”, parágrafo único, “b”, da Lei Federal nº 4.717/1965.

Vide o art. 2º, *caput*, parágrafo único, VII, e o art. 50, II, §1º, todos da Lei Federal nº 9.784/1999.

Vide a Súmula nº 672 do Superior Tribunal de Justiça.

³⁹ Vide o art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

⁴⁰ Vide o art. 2º da Constituição da República.

⁴¹ “O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada”.

⁴² Nesse sentido, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Crise da legalidade e jurisdição constitucional: o princípio da legalidade administrativa e a vinculação do Estado-Administração aos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2023.

⁴³ Vide os art. 26 e 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

fixação do objeto, quando a lei abre espaço para a dosimetria da sanção pela autoridade competente.⁴⁴

No entanto, recorde-se mais uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não tem reconhecido discricionariedade administrativa na aplicação da demissão, consoante a sua Súmula 650.⁴⁵

Visto como ato jurídico administrativo, a sanção administrativa disciplinar deve ter sua nulidade decretada quando se encontra eivada do vício da inexistência dos motivos. Ademais, não há como se identificar a “flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada” sem o exame do motivo do ato sancionador em apreço.

Caso se interprete a Súmula 665 do Superior Tribunal de Justiça como um precedente judicial que impede a aferição judicial da configuração ou não do fato ilícito administrativo disciplinar, especialmente quando os tipos infracionais empregam conceitos jurídicos fluidos, chegar-se-ia à conclusão de que a incidência normativa não é incondicional,⁴⁶ pois caberia ao Estado-administração escolher se a norma administrativa sancionadora incidiu ou não no caso concreto.

O que pode e deve ser preservado como mérito administrativo pelo Estado-jurisdição é a ponderação do motivo fático, que por sua vez somente se justifica quando cabe à autoridade administrativa competente fazer a individualização da penalidade no caso concreto.

Se, por outro lado, entenda-se por mérito administrativo a culpabilidade ou não do agente público no processo administrativo disciplinar, estar-se-ia a submeter todo juízo de juridicidade que a matéria exige ao juízo de conveniência, oportunidade e prognose do Estado-administração, criando-se uma zona de imunidade jurisdicional que vai de encontro com o direito fundamental à tutela jurisdicional.

5 Considerações finais

Ao se recusar a examinar a existência do motivo fático da sanção administrativa disciplinar, quando o administrado exerce o direito fundamental à tutela jurisdicional, o Estado-jurisdição chancela integralmente o juízo de juridicidade do Estado-administração. Por mais que, enfatize-se, que se coloque indevidamente a incidência da norma administrativa sancionadora como uma questão de discricionariedade administrativa.

Com efeito, não cabe ao Estado-jurisdição reavaliar a ponderação do motivo fático feita pelo Estado-administração, sob pena de enfraquecimento do princípio da separação dos poderes. Mas como foi visto, a ponderação do motivo fático somente tem sentido quando a lei outorga espaço para discricionariedade administrativa.

⁴⁴ Vide o art. 130 da Lei Federal nº 8.112/1990.

Pode-se afirmar que, quando a lei deixa à discricção da autoridade competente a fixação da extensão ou intensidade da sanção a ser aplicada, há a dosimetria aberta. Se, ao contrário, a lei já previamente dita a extensão e a intensidade da sanção a ser imposta, sem espaço para discricionariedade para a autoridade competente na fixação da pena, uma vez comprovado o fato ilícito, tem-se uma dosimetria fechada.

⁴⁵ “A autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caracterizadas as hipóteses previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990”.

⁴⁶ Sobre as características da incidência, consultar: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

De todo modo, enquanto vigorarem os precedentes judiciais que praticamente passam um cheque em branco para o Estado-administração no Direito Administrativo Sancionador Disciplinar, o direito fundamental à tutela jurisdicional permanecerá com sua efetividade reduzida em face do arbítrio de maus gestores públicos.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício; ZANCANER, Weida. *Curso de Direito Administrativo*. 37. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. O fato jurídico no Direito Administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. São Paulo: v. 14, p. 139-164, set. 2020.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Crise da legalidade e jurisdição constitucional: o princípio da legalidade administrativa e a vinculação do Estado-Administração aos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2023.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n de 1969 (arts. 1º - 7º)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Atualização de Wilson Rodrigues Alves*. Campinas, Bookseller, 1999, v. 1.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2025.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. UNIÃO. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 24 mar. 2025.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. UNIÃO. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2025.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. UNIÃO. LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965. Regula a ação popular. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm. Acesso em: 24 mar. 2025.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. UNIÃO. LEI Nº 8.112, DE 11 DE SETEMBRO 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/18112cons.htm. Acesso em: 20 mar. 2025.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. UNIÃO. LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 24 mar. 2025.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. UNIÃO. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2001. Institui o Código Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 24 mar. 2025.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. UNIÃO. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 24 mar. 2025.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. UNIÃO. 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. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em: 26 mar. 2025.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. UNIÃO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 650. Publicada em 27 de setembro de 2021. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=650>. Acesso em: 27 mar. 2025.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. UNIÃO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA Nº 665. Publicada em 14 de dezembro de 2023. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=665>. Acesso em: 26 mar. 2025.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. UNIÃO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA Nº 672. Publicada em 16 de setembro de 2024. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=672>. Acesso em: 26 mar. 2025.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

FRANÇA, Vladimir da Rocha. O motivo da sanção administrativa disciplinar e seu controle jurisdicional. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 229-240. ISBN 978-85-450-0925-2.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E CONVENCIONALIDADE

FELIPE KLEIN GUSSOLI

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela

Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

Sumário: 1 Introdução. 2 A vinculação administrativa à legalidade estrita no Estado Legislativo superada pela vinculação aos tratados de direitos humanos no Estado Convencional. 3 Aplicação direta de normas de tratados e controle de convencionalidade pela função administrativa. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Diferentemente do paradigma vigente há 50 anos, hoje a convencionalidade é conceito jurídico complexo que obriga a compreensão do fenômeno jurídico além das fronteiras estatais. Conquanto ainda em construção, ela dirige o reconhecimento de que as nações pertencem a uma comunidade dialogante de Estados que existem com um objetivo comum: a proteção e garantia de existência digna e plena dos seres humanos.¹

¹ Quem até o momento mais acuradamente pesquisou e teorizou a convencionalidade como paradigma jurídico foi Santofimio Gamboa: “O conceito de convencionalidade é um conceito amplo, omnicompreensivo, complexo e em processo de consolidação no âmbito do direito, que envolve, dada sua configuração, um claro e inobjetable elemento amplificador do ordenamento jurídico vigente em cada Estado, não só pelo fato do pertencimento desses à comunidade internacional, senão também, e adicionalmente, por estar ligados a ela, através de instrumentos jurídicos vinculantes como poder ser, entre outros, os tratados, convênios, protocolos e acordos internacionais de toda ordem. O só fato de pertencer à comunidade de Estados significa a afirmação dos princípios gerais de direito a toda comunidade civilizada e na qual se assentaram os ordenamentos jurídicos, e a defesa e cumprimento das obrigações internacionalmente imperativas (*ius cogens*), que produzem efeitos *erga omnes*, se encontrem positivadas ou não. 2. Nessa linha de pensamento a convencionalidade é uma estrutura substancial e material de direito, nutrida de princípios, valores, regras e normatividade imperativa e preponderante, surgida do fato da existência mesma de um conjunto de nações, assim como de exercício pleno da boa-fé objetiva (*pacta sunt servanda*) entre elas, que se faz acompanhar dos instrumentos adjetivos e processuais para sua devida aplicação, o cabal cumprimento de seus propósitos e o logro das finalidades que

No Direito Administrativo, é paradigma de enfrentamento à soberania absoluta dos Estados e que amplia a base das normas jurídicas cogentes às autoridades públicas para além daquelas produzidas internamente, e pela via de seus princípios orientadores conectados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) reestrutura as bases de normas jurídicas caras aos ordenamentos ocidentais, como a da legalidade administrativa. Abre portas, inclusive, para o controle de convencionalidade pela função administrativa.

2 A vinculação administrativa à legalidade estrita no Estado Legislativo superada pela vinculação aos tratados de direitos humanos no Estado Convencional

No Direito pré-moderno ocidental não existia monopólio do Direito pelo Estado, cuja produção e aplicação era compartilhada entre múltiplas ordens concorrentes.² O Estado de Direito nasce na Era Moderna com a negação da concorrência entre ordens jurídicas, quando a lei é definida como critério exclusivo de identificação do Direito válido e justo por emanar da autoridade estatal competente. É a primeira fase do positivismo jurídico e a fase do Estado Legislativo de Direito, com afirmação do princípio da legalidade.³

No Estado Legislativo de Direito a partir do século XVIII na Europa ocidental, aqui traduzido como Estado Liberal,⁴ a lei produzida pelo Poder Legislativo era a garantia de liberdade dos particulares e de não interferência arbitrária na esfera jurídico patrimonial dos cidadãos, notadamente a propriedade privada.⁵ O Direito Administrativo nas suas origens modernas e a supervalorização do princípio da legalidade são frutos

dela se desprendem, em cada caso, para cada um dos setores da atividade pública ou privada na qual devam surtir plenamente seus efeitos, configurando essencialmente um todo normativo e de princípios que exclui qualquer leitura dualista dos ordenamentos; pelo que rompe com conceitos absolutos de soberania nacional, adequando-a às necessidades próprias de estruturas estatais sociais e democráticas de direito que tem como curso e finalidade a integração, reciprocidade e universalidade em favor do ser humano, o que se convencionou chamar, de maneira recíproca, de internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional." (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El concepto de convencionalidad*: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 27-30).

² Cf. GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

³ "Se compararmos o código civil de Napoleão ou o código civil italiano com as *Instituciones* de Gaio, as diferenças substanciais podem parecer relativamente escassas. O que muda é o título de legitimação, que já não é a autoridade dos doutores, mas a autoridade da fonte de produção; não a verdade, mas a legalidade; não a substância, é dizer, a justiça intrínseca, mas a forma dos atos normativos." (FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. *Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP)*, n. 17, p. 31-45, 2001. p. 32-33).

⁴ A ideia de Direito, que infundia a Revolução Francesa, assinalava-se, desse modo, pela preocupação com a liberdade, que se tornou notória como 'liberal', rendendo ensejo ao designativo 'Estado Liberal' como o cognome mais conhecido do primeiro estágio do Estado de Direito." (ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 7-8).

⁵ Acompanhado disso, não houve preocupação com a regulação do funcionamento interno da Administração Pública: "O Estado de Direito liberal garantiu a liberdade individual e a propriedade privada, fazendo incidir, a pouco e pouco, o princípio da legalidade nas relações entre particulares e Estado, mas deixando à margem o espaço da organização administrativa, matéria que teve suas virtualidades jurídicas subestimadas pelos teóricos do Estado de Direito, especialmente no campo da atividade administrativa interna. [...] Em síntese, os primeiros tempos da organização administrativa liberal se caracterizaram por uma administração externa marcadamente autoritária e uma administração interna extrajurídica." (BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 44-45).

da visão liberal de Estado, que via nas ações positivas da Administração Pública riscos à atuação livre e desimpedida de direitos de liberdade do particular.⁶ Já no século seguinte, no século XIX, o Estado de Direito “se afirma mediante o princípio da legalidade [...], síntese da ideia que fundamenta o chamado Estado liberal de direito.”⁷ A liberdade passa a ser, conforme proposto pelos teóricos iluministas, a liberdade dentro da lei, segundo o que a lei editada pelos representados do povo conforma.⁸ No Direito Público, a razão de ser do princípio da legalidade administrativa foi e ainda é proteger o cidadão de investidas arbitrárias do Poder Público. Ao exigir que restrições à liberdade e propriedade fosse autorizadas sempre pelo Poder Legislativo em caráter antecedente à atuação administrativa estava-se garantindo a preservação dos direitos fundamentais do cidadão na medida em que as restrições só seriam legítimas quando aprovadas pelos representantes eleitos do povo.⁹ É usual, nesse sentido, a lição assaz repetida no campo do Direito Administrativo com base no art. 37, *caput* da Constituição de que “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.¹⁰ Trata-se essa de uma concepção forte de legalidade administrativa, em seu sentido positivo, que mais drasticamente que seu sentido fraco¹¹, conforma rigorosamente o administrador público a ponto de proibir sua atuação quando não existir lei produzida pelo Poder Legislativo que viabilize o agir administrativo.

Entretanto, compreendida literalmente, a clássica lição de que a Administração só pode fazer estritamente o que a lei autoriza está ultrapassada. Haverá casos em

⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 211-212, 223.

⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichikesnki. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez., 2016. p. 147.

⁸ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 9-15.

⁹ A utilidade do princípio da legalidade como garantia da manifestação da vontade geral é em si mesma posta em xeque. Para uma crítica às bases do princípio da legalidade, à ideia da lei como manifestação da voz popular através dos representantes eleitos, e à lei direcionada ao real atendimento do interesse público, com a demonstração de que “a lei destinada a vincular positivamente o administrador público: (I) não é a cristalização da vontade geral do povo brasileiro, (II) tampouco fruto de um colégio coeso e representativo.” Cf. a análise que André Cyrino faz mediante instrumental da teoria da *public choice*. (CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo-RDA*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017. p. 179). Em complemento, Paulo Otero expõe as fissuras da legalidade e defende a Constituição “como fundamento directo e imediato do exercício de poderes decisórios por parte dos órgãos administrativos, marginalizando-se a necessidade de intervenção do legislador, e permitindo o exercício de poderes contra a lei e em vez da lei” (OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativo à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 740).

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 85.

¹¹ Que vincularia a Administração à legalidade, mas não a impediria de agir, discricionariamente, nos espaços em que a lei não a proibisse. Se foi esse o sentido da legalidade administrativa em algum lugar e tempo, não é o que vige hegemonicamente sob a ordem constitucional brasileira. Fabrício Motta sintetiza essa diferenciação proposta para a legalidade administrativa no Estado Liberal: “Em um primeiro momento, prevaleceu a vinculação negativa à lei (*negative bindung*), associada ao poder discricionário, entendendo que a Administração possuiria espaço livre para atuar à margem de expressa previsão legal. Essa concepção inicial refletia ainda resquícios do ‘princípio monárquico’ que pretendia justificar na condição histórica do monarca como Chefe do Executivo um maior grau de autonomia para dispor sobre o funcionamento e organização administrativa. O surgimento e a consagração da *vinculação positiva* da Administração à lei, por seu turno, ligam-se à doutrina positivista de Hans Kelsen, que não admite nenhum poder jurídico não provindo de norma anterior que contenha habilitação para tanto” (MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 33-34).

que a Administração pode, sim, agir na ausência de lei ou mesmo contra a lei.¹² Desde que se atente para a finalidade do princípio da legalidade torna-se ilógico proibir a atuação administrativa na ausência de lei em sentido estrito quando a consequência do agir for a expansão da esfera de direitos do cidadão e o cumprimento das normas constitucionais e/ou previstas em tratados de direitos humanos. No atual paradigma passa-se a compreender que “o cumprimento da lei não é garantia de que os mais importantes direitos humanos serão respeitados pelo Estado-Administração. Aliás, é justamente essa a razão de ser do Direito Internacional dos Direitos Humanos: evitar, mediante a assunção de compromissos político na ordem internacional, que um Estado viole direitos humanos em seu território sob o argumento de que sua atuação está em desconformidade com uma lei interna”.¹³

A partir da segunda metade do século XX o Estado de Direito recepcionou uma formatação distinta, em que a legalidade estaria a partir de então subordinada a constituições rígidas, hierarquicamente superiores. A validade da lei não dependeria mais só do fato de que emanou da autoridade estatal competente, mas dependeria desde então também da compatibilidade de seu conteúdo com a Constituição.¹⁴ Configura-se na formulação típico-ideal o chamado Estado Constitucional de Direito, em que o legislador ademais de tudo está obrigado a legislar para satisfazer os direitos individuais e sociais previstos constitucionalmente.¹⁵ O Poder Executivo divide, a partir de então, protagonismo com o Legislativo em um modelo de Estado intervencionista que, para combater as desigualdades¹⁶ e alavancar a dignidade humana, também por satisfação de direitos sociais, age de modo incisivo.¹⁷ Assim, na segunda metade do século XX observa-se o advento do Estado Social de Direito (Estado de Bem-Estar) marcado pelas características da juridicidade, democracia e socialidade,¹⁸ e simultaneamente a ele o

¹² Cf., para um panorama sobre a possibilidade de atuação *contra legem* e *prater legem* do Estado-administração em função da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o capítulo 7 de HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 321-442.

¹³ HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021. p. 212.

¹⁴ O horror nazista foi definitivo para a percepção de que a lei editada legitimamente pelos representantes eleitos não era garantia de condutas estatais legítimas. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in comparative perspective. *California Law Review*, n. 5, v. 58, p. 1017-1053, out. 1970. p. 1032-1033.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP)*, n. 17, p. 31-45, 2001. p. 34.

¹⁶ “A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação.” (PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 123-124).

¹⁷ “É possível notar, na evolução das concepções de Estado, o reforço da tendência de participação do Executivo no processo de edição de atos normativos, sobretudo primários. O questionamento da adequação da clássica teoria da separação é reforçado diante do Estado intervencionista, que surgiu em razão da necessidade de regulação social, de um poder público atuante e preocupado com a vida socioeconômica da sociedade. Sem qualquer pretensão de investigar, com profundidade, a evolução e o sentido das funções do Estado, pode-se, sem dúvida, afirmar que não persistiu por muito tempo a característica de comedimento nas intervenções estatais, típica do Estado Liberal.” (MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 48-49).

¹⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 71-110.

reconhecimento da força normativa da Constituição e da possibilidade de proteção dos direitos através das garantias previstas nas Leis Fundamentais, fenômeno que provocou uma verdadeira revolução jurídica.¹⁹ Essa radical alteração do sentido da legalidade administrativa no Estado de Direito se intensificou a ponto de se cogitar a atuação administrativa contra a lei em sentido estrito que se faça necessária para garantir a efetividade dos direitos fundamentais e humanos, esses últimos contemporaneamente, no século XXI, lidos e interpretados desde uma disciplina autônoma, o DIDH, que informa a lógica principiológica e jurídica do Estado Convencional de Direito.²⁰

As bases do Direito Internacional contemporâneo e o reconhecimento de ordenamentos públicos globais²¹ superam a discussão da preferência por modelos diferentes de Estados e, muito mais radical, põem em “crise a concepção de *legalidade* desenvolvida como base do Estado de Direito”.²² O princípio da legalidade administrativa se transformou.²³ O esquema clássico de divisão de poderes remete ao Executivo a função de administrar o aparelho de Estado e executar leis criadas pelo Legislativo. Mas mesmo sem considerar a influência dos tratados internacionais, esse esquema é relativizado na contemporaneidade. Há atos administrativos editados com regressão direta à Constituição, sem que o Legislador tenha participado da criação da norma que lhes

¹⁹ A doutrina administrativista francesa há décadas percebeu a noção alargada do princípio da legalidade conducente da atividade administrativa. Transcreve-se a análise Eisenmann, quem, todavia, é adepto do sentido clássico do princípio da legalidade: “Mas é um fato: hoje, a maioria da doutrina administrativa, ao que parece, e, em todo o caso, os seus representantes mais marcantes, perfilham outros caminhos. Para eles, o princípio da legalidade define uma relação entre os atos - ou as ações da Administração e não mais tão-sómente as normas legislativas, mas, no mínimo, o conjunto dessas normas oriundas de fontes diversas”. (EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, abr. 1959. p. 49).

²⁰ Cyrillo, Fuentes-Contreras e Legale sustentam a preferência pelo termo “Estado Interamericano de Direito”, cuja vantagem seria alargar, inequivocamente, os parâmetros normativos que informam a atuação estatal para além das convenções firmadas, inclusive no exercício do controle de convencionalidade. Os autores defendem, expressamente, o “Inter-American Rule of Law” aplicável a todos os Poderes de Estado. Cf. CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán; LEGALE, Siddharta. Inter-american Rule of Law in South American. *Sequência*, Florianópolis, v. 42, p. 1-27, 2021.

²¹ Na Europa a resignificação mais intensa da legalidade administrativa decorre do estabelecimento de um Direito Comunitário europeu a partir da criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Tratado de Paris de 1951) e, mais tarde, da União Europeia (Tratado de Maastricht de 1992). Fausto de Quadros aponta desde a interação do Direito Comunitário e Direito Administrativo de cada país uma reestruturação da legalidade, que ressoa fortemente no Caso Simmenthal julgado pelo Tribunal de Justiça em 1978. Segundo ele, duas consequências daquela interação e integração merecem destaque: “[...] por um lado, o alargamento do bloco de legalidade à luz do qual se demarca o conteúdo do princípio da legalidade da actividade administrativa na Ordem Jurídica de cada Estado, porque às fontes internas de proteção dos direitos fundamentais se soma a sua fonte comunitária; depois o robustecimento da jurisdição dos tribunais administrativos nacionais, na medida em que eles passam a actuar também como tribunais comuns do contencioso comunitário, para garantir a eficaz aplicação do Direito Comunitário na respectiva ordem interna”. (QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do Direito Administrativo: o Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 44-45).

²² MORAS, Juan M. González. Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. *Documentación Administrativa*, n. 267-268, set. 2003/abr. 2004. p. 57.

²³ “O princípio da *legalidade* administrativa encontra suporte no art. 37, *caput*, da Constituição, representando a subordinação dos atos administrativos aos ditames da lei em sentido formal, impondo uma exigência de atuação *secundum legem*, ao passo que o princípio da *juridicidade*, igualmente condicionante do agir administrativo, extrai-se de todo o tecido constitucional e do ordenamento jurídico globalmente considerado - aí incluídos os direitos humanos e os princípios constitucionais não expressos - traduzindo-se como o dever de obediência do poder público à integralidade do sistema jurídico.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169).

apoia. Trata-se de uma transformação em direção à juridicidade,²⁴ norma a partir da qual se reconhece que “a atuação da Administração Pública não pode ser inteiramente livre, mas vinculada pela totalidade do ordenamento jurídico”.²⁵

Hoje, a interpretação constitucionalmente adequada²⁶ e *convencionalmente* adequada ressignificam o sentido clássico do princípio da legalidade.²⁷ Como manifesta Jesús M. Casal Hernández, o “Direito Constitucional, que em alguns casos era um apêndice ou um argumento de reforço dentro do acervo dos estudiosos ou aplicadores do Direito Administrativo, passa a ganhar autonomia científica e espaço próprio no foro, o que influencia na formação dos juristas.”²⁸ A Administração Pública continua se sujeitando ao princípio da legalidade, mas a norma constitucional e o DIDH acarretam sua *releitura*.²⁹ As bases do Direito Administrativo se alteram, regendo-o não somente a lei produzida pelo Legislativo, mas também as próprias normas de origem pública ou privada, nacionais ou *internacionais*, às quais a Administração se vincula, de forma espontânea ou não.³⁰

3 Aplicação direta de normas de tratados e controle de convencionalidade pela função administrativa

O princípio da juridicidade altera a concepção clássica da legalidade administrativa e faz *desnecessária* “regra legal específica (leia-se: lei formal) para habilitar toda e qualquer ação administrativa”.³¹ É evidente que com isso não se assume a desnecessidade de vetores normativos que orientem a ação administrativa, o que de resto seria incompatível com a lógica assumida no ordenamento jurídico de que o motor do Poder Público é o

²⁴ REGUEIRA, Enrique Alonso. *El control de convencionalidad de la actividad administrativa*. Buenos Aires: Lajouane, 2017. p. 24-26.

²⁵ MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 132.

²⁶ “Não se pode, assim, empregar o princípio da legalidade tal qual foi concebido em sua construção originária no constitucionalismo oitocentista, impondo-se, portanto, a sua adequação às transformações operadas na concepção de Constituição dos Estados Democráticos contemporâneos.” (HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 199-219, out./dez. 2011. p. 217).

²⁷ “O Estado passa a ser operados de um direito que já não é lei (porque perde seus atributos de coerência e unidade), senão ordenamento jurídico aberto, no qual os direitos fundamentais do homem em face do próprio Estado estão definidos e garantidos por ordenamentos jurídicos internacionais que obrigam ao Estado tanto nacional como internacionalmente.” (MORAS, Juan M. González. Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. *Documentación Administrativa*, n. 267-268, set.2003/abr. 2004. p. 58).

²⁸ HERNÁNDEZ, Jesús M. Casal. El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina. *Rechtsgeschichte*, v. 16, p. 212-241, 2010. p. 214.

²⁹ “O Estado se transforma, assim, em um dos mais variados ‘operadores jurídicos’ de um ordenamento que já não se pode mais definir nem conformar de maneira uniforme e exclusiva. O Estado passa a ser operador de um Direito que já não é lei (porque perde seus atributos de coerência e unidade), senão ordenamento jurídico aberto, no qual os direitos fundamentais do homem frente ao próprio Estado estão definidos e garantidos por ordenamentos jurídicos internacionais que obrigam ao Estado tanto nacional quanto internacionalmente.” (MORAS, Juan M. González. La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, a. XXIX, n. 348, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-53, set. 2007. p. 20).

³⁰ Para uma introdução sobre a autovinculação da Administração à normas oriundas de diversas fontes, cf. SADDY, André. Administração pública e os códigos de conduta. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 233-261, jan./abr. 2013.

³¹ MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 129.

Direito, e não a vontade arbitrária de alguém.³² A função administrativa acontece segundo o ordenamento jurídico, mas nem sempre segundo uma lei em sentido estrito.³³ Embora em relação a algumas matérias, como por exemplo aquelas de natureza sancionatória, a Administração ainda esteja vinculada à existência de lei em sentido estrito, produzida pelo Poder Legislativo,³⁴ está sepultado o entendimento segundo o qual a Administração Pública só pode fazer aquilo o que a lei formal determina. Em alguns casos poderá, aliás, agir na ausência de lei, com apoio e regressão direta na Constituição ou em tratados internacionais (comuns ou de direitos humanos).

As interpretações dos Tribunais internacionais passam a influenciar e também a obrigar os Estados na aplicação dos tratados, com destaque para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito da América Latina e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.³⁵ Faria sentido, assim, falar em constitucionalismo latino-americano, com compartilhamento de normas internacionais de direitos humanos entre países da região que possuem constituições abertas aos direitos humanos convencionais e que dividem o desejo comum de superar o passado autoritário e a corrupção e implementar a justiça social.³⁶ Defende-se que é inevitável a integração do ordenamento jurídico e do Direito Administrativo à normatividade internacional. Senão inevitável, é desejável e benéfico, atualmente, a recepção dos tratados internacionais e dos entendimentos oriundos de órgãos internacionais como a Corte IDH e Comissão IDH. Há um Direito supranacional e internacional em constante construção que obrigam todos os Poderes e órgãos dos

³² “Em síntese, se a juridicidade pode ser definida como uma legalidade ampliada, enriquecida e multinível, independentemente de um protagonista visível do Governo na definição de meios e modos da concretização da Administração de bem-estar, não se pode prescindir, na linha assinalada por Sérvulo Correia, ao menos de uma reserva de norma jurídica, em outras palavras, de uma vinculação à juridicidade.” (BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 76).

³³ As fontes últimas de atuação do Estado são os direitos humanos e fundamentais: “As Constituições europeias do segundo pós-guerra e, sob sua matriz, a brasileira de 1988, consagram um princípio geral de socialidade, fundado, de modo explícito ou implícito, em direitos fundamentais cuja vocação principal é assegurar prestações materiais oponíveis ao Estado. Daí que, num primeiro momento, especialmente a partir de meados do último século, tal princípio geral gerou a consolidação e expansão de amplo aparato estatal responsável por sua concretização” (BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017. p. 292).

³⁴ “O princípio da legalidade não fica imune ao ambiente em transformação, deixando de conter somente a sujeição do Estado à lei para abarcar também preceitos valorativos e éticos, além de sujeitar a atividade administrativa à observância dos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição, que passam a ser vetores indicativos e interpretativos daquela atividade. Em atenção a esse estado de coisas, agravado pelo contínuo crescimento das demandas sociais, diversas técnicas são utilizadas pelo Legislativo, sempre por intermédio da lei, como ausência de definições rigorosas, enumerações exemplificativas, presunções, conceitos fluidos e cláusulas abertas. O conceito clássico de lei, que servia à proteção de liberdade e propriedade e pressupunha vocação de generalidade e permanência, atualmente é mais aberto. [...] No cenário do pós-positivismo, antes comentado, o princípio da legalidade deve ser visto sob um prisma diferenciado que abranja a totalidade do ordenamento, notadamente dos princípios e valores constitucionais. Ao lado da exigência de lei em sentido formal para a disciplina de determinadas matérias e para a habilitação à prática de determinados atos pela Administração, devem coexistir outras formas de manifestação da legalidade.” (MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 89-90).

³⁵ “A própria compreensão dos direitos na atualidade deixar de ser um fenômeno puramente estatal para internacionalizar-se.” (BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 50-53).

³⁶ BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 50-55.

Estados. O regramento internacional transcende o regramento nacional ao menos em um mínimo normativo de direitos humanos que se pretende universal.³⁷

Nesta quadra o que importa é afastar entendimentos reducionistas de que a Administração só poderia agir caso autorizada expressamente por lei formal editada pelo Legislativo nacional, o que termina por excluir muitas das normas convencionais vigentes e imediatamente aplicáveis. A juridicidade informante do renovado princípio da legalidade administrativa obriga a que todo órgão da Administração se abstenha de atuar contra o bloco de convencionalidade, edite normas e atue em conformidade com os tratados de direitos humanos.³⁸ Obriga que a Administração da mesma forma recuse aplicação de normas e as práticas contrárias aos tratados de direitos humanos. A mudança, é importante ressaltar, exige a leitura das normas administrativas e a compreensão do agir administrativo à luz “dos critérios, opiniões e decisões emanadas de quem aplica as normas constitucionais do Pacto de São José da Costa Rica na esfera internacional: Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos.”³⁹

O princípio da legalidade, apesar da inegável importância e indiscutível força normativa,⁴⁰ agora é só mais um dos condicionantes do atuar administrativo. A atuação administrativa está abrangida pelo princípio da juridicidade.⁴¹ A juridicidade leva à legalidade em sentido amplo, diretriz normativa que obriga o respeito à Constituição, à lei, aos próprios atos administrativos e aos tratados de direitos humanos. Leva à necessidade, como reconhecido pela Corte IDH, de que os agentes públicos responsáveis pela concretização da vontade legal plasmada nas normas de diversas origens e naturezas exerçam plenamente as técnicas garantidoras de direitos de estatura elevada, como são os direitos humanos convencionais. Entre essas técnicas está o controle de convencionalidade nacional, a cargo não só da função jurisdicional, mas também da função administrativa.⁴²

O princípio da legalidade não pode servir de empecilho ao controle de convencionalidade pela função administrativa. As leis devem ser compatíveis com a Constituição e conforme o “princípio da convencionalidade”, pois os Estados se comprometeram a

³⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. III-21-22.

³⁸ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, H; VALADÉS, D. (org.). *Formación y perspectiva del Estado mexicano*. Ciudad de Mexico: El Colegio Nacional-UNAM, 2010. p. 151-188. p. 184.

³⁹ COLANTUONO, Pablo Á. Gutiérrez. *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. p. 4.

⁴⁰ “Embora o *mundus iuris* não deva ficar estéril às suas necessárias mudanças, donde a importância das críticas doutrinárias à lei, não se pode esquecer de que os artigos 5º, inciso II; 37, *caput*; e 84, inciso IV, da Constituição consagram com luminosa clareza o princípio da legalidade, reservando ao corpo legislativo a expedição de normas constitutivas, modificativas ou extintivas de direitos e obrigações, não sendo factível propugnar que críticas doutrinárias desconstituam as suas características constitucionalmente delineadas. [...] Inegável a importância do Congresso enquanto espaço privilegiado de debate e confrontação política. É local onde os trâmites são públicos, não libertos à fiscalização ou controle da sociedade e dos segmentos sociais interessados na matéria. A sua existência, enfim, é imperiosa ao funcionamento da máquina estatal democrática” (ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 161-162).

⁴¹ ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Controle de convencionalidade de políticas públicas*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 45.

⁴² GUSSOLI, Felipe Klein. *Controle de convencionalidade pela função administrativa do Estado*. 2023. 466 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.

cumprir de boa-fé os tratados de direitos humanos e a dar-lhes efetividade (*effet utile*). Esse é um dos principais fundamentos do controle de convencionalidade, conforme manifestado desde a Opinião Consultiva n. 14/1994 pela Corte IDH.⁴³

O Direito Administrativo deve ter um compromisso com a liberdade humana muito além daquele enunciado em declarações solenes.⁴⁴ Desde os grandes até os pequenos problemas da vida cotidiana que envolvem a disciplina jurídico-administrativa, todos devem ser resolvidos sob a orientação de que os direitos do indivíduo frente ao Estado devem ser harmonizados com o exercício do poder.⁴⁵ Está com a razão Alianak, para quem “Vivemos em uma época em que o sistema interamericano e o *corpus iuris* internacional de direitos humanos impacta e atravessa de modo transversal e de forma relevante a disciplina que nos convoca, o Direito Administrativo, em aspectos substantivos, procedimentais e processuais”.⁴⁶ As normas convencionais e a jurisprudência da Corte IDH servem de critério normativo para atuação do Estado-Administração via atos e processos administrativos.⁴⁷ Nesse sentido, a interação entre o princípio da legalidade e os tratados de direitos humanos foi analisada pela Corte IDH no Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011), em que foi reconhecida a vinculação dos órgãos estatais àquele parâmetro de atuação, mas indicado ao mesmo tempo, e indubitavelmente, a impossibilidade de recusa de aplicação das normas de tratados de direitos humanos internalizados com primazia.⁴⁸

⁴³ “Segundo o Direito Internacional as obrigações que este impõe devem ser cumpridas de boa-fé e não se pode invocar para seu descumprimento o direito interno. Essas regras podem ser consideradas como princípios gerais do direito e foram aplicadas, ainda que tratando-se de disposições de caráter constitucional, pela Corte Permanente de Justiça Internacional e pela Corte Internacional de Justiça [...]. Do mesmo modo, essas regras foram codificadas nos arts. 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.” (CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 14/1994. Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção (Arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Publicada em 9 dez. 1994. §35).

⁴⁴ “Mas de que valem essas declarações, se quando se trata de dar uma solução a um problema concreto – a uma pequena questão que não decide a vida ou a morte de um indivíduo, mas que resguarda um verdadeiro conflito entre autoridade e indivíduo –, se esquecem as declarações e se resolve facilmente que *esse* indivíduo *nesse* caso não tem razão?” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. III-2).

⁴⁵ “A Constituição e a ordem jurídica supraconstitucional oferecem um equilíbrio das atribuições que outorgam; reconhecem atribuições ao Estado, mas também direitos inalteráveis aos indivíduos. Nem um nem outros podem ter supremacia; ambos devem harmonizar-se dentro da ordem jurídica.” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. III-22-III-23/ III-31).

⁴⁶ ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 30.

⁴⁷ COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019.

⁴⁸ “164. Por otra parte, la Corte resalta que el Tribunal Supremo de Justicia, la Comisión Judicial y los demás órganos disciplinarios deberán velar por la salvaguarda de los derechos de los jueces provisorios y temporales. Al respecto, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mercados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino

4 Conclusão

O dogma da legalidade como motor exclusivo de atuação da Administração nunca passou disso, de dogma.⁴⁹ O aceite da convencionalidade como paradigma de um novo Estado Convencional de Direito, impensável há 50 anos, exige hoje a submissão de todos os Poderes de Estados e autoridades públicas aos princípios de DIDH, incluso o *jus cogens*, e normas convencionais internalizadas por ratificação.⁵⁰

Em primeiro plano já a *aplicação* direta das normas de tratados de direitos humanos pela Administração Pública é impositiva.⁵¹ Ela carece de “intermediários normativos”, como descreve Agustín Gordillo.⁵² Se não há lei ou ato administrativo que regule o modo de aplicação do direito humano previsto em tratado internalizado, será aplicado diretamente pelo agente público (o que vale também para a técnica de controle de convencionalidade nacional. O que não pode haver é a negativa de eficácia da norma sob o pressuposto de que lhe carece regulamentação.

As convenções internacionais mudam as Administrações Públicas e passam-lhes a exigir uma conduta ativa em direção à efetivação verdadeira dos direitos humanos, no plano da realidade. A aplicação dos direitos convencionais deve ser direta por parte das Administrações Públicas em seus processos administrativos, tal como a replicação da jurisprudência internacional.⁵³ Não há, por outro lado, que se fazer qualquer distinção quanto ao destinatário, já que os direitos humanos são direitos exigíveis por qualquer pessoa. Pouco importa sua nacionalidade, origem, ou situação legal no país em que reside ou transita.

A juridicidade assim demanda, ao mesmo tempo que enobrece a atividade administrativa.⁵⁴ Esta, de mera preparação para uma eventual judicialização, se transforma

también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (CORTE IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentença de 1 jul. 2011).

⁴⁹ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 224.

⁵⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Fundamentos convencionales para el control de la arbitrariedad de la Administración: instrumento idóneo en los países signatários de la Convención Americana de Derechos Humanos. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María (org.). *Control Administrativo de la Actividad de la Administración*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 221-222.

⁵¹ A Constituição do Equador é exemplo do renovado paradigma na medida em que reconhece expressamente a aplicabilidade direta de tratados internacionais por agentes públicos: “Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

⁵² GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. VI-27.

⁵³ COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del control. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María (org.). *Control Administrativo de la Actividad de la Administración*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 275-276.

⁵⁴ “Procedimentos legais, tradições políticas e contingências históricas podem fazer parte da sua constituição, mas os direitos humanos mantêm uma distância crítica da lei e alargam fronteiras e limites. Na verdade, a natureza

na principal função a efetivar, de ofício, os direitos humanos por meio de decisões, processos administrativos, atos, e políticas públicas.⁵⁵

Outros efeitos da convencionalidade podem ser descritos além da aplicação direta das normas convencionais pela Administração Pública. No Estado Convencional de Direito, que integra a efetivação dos direitos fundamentais e humanos como prioridade do corpo estatal, é destinatário e competente para exercício do controle nacional de convencionalidade “qualquer pessoa que tenha a seu encargo aplicar uma norma jurídica”.⁵⁶ Por conseguinte, uma vez que o exercício da função administrativa é, por definição, aplicar as normas em busca da efetivação dos objetivos constitucionais e convencionais, cumpre não só à função jurisdicional, mas também à função administrativa realizar “o teste de convencionalidade como pedra angular em seu trabalho”,⁵⁷ já que sua atividade está direcionada à realização do interesse público conforme identificado pelos valores constitucionais e convencionais. Não fosse assim, nunca é demais lembrar, o Estado (constituído por todos os seus Poderes e órgãos autônomos) veria sua responsabilidade internacional comprometida.⁵⁸ E pior do que isso: veria comprometida a finalidade última de seu existir, que é a proteção e garantia da dignidade dos seres humanos.

A vigência inequívoca dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro permite classificá-lo como um Estado Constitucional e Convencional de Direito. Nele, os tratados de direito humanos e demais normas internacionais do bloco de convencionalidade obrigam diretamente todas as funções de Estado e todos os agentes públicos, relativa a leitura clássica do princípio da legalidade, e abre espaço, portanto, ao controle de convencionalidade pela função administrativa, com os efeitos próprios que a declaração de inconvencionalidade por essa função produz.⁵⁹

retórica, a enunciação proclamatória e o desafio regular à lei do Estado constituem aspectos da sua capacidade de transcender e redefinir suas fronteiras contextuais.” (DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 350).

⁵⁵ COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del control. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (org.). *Control Administrativo de la Actividad de la Administración*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 280-281.

⁵⁶ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 155.

⁵⁷ GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016. p. 23.

⁵⁸ GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016. p. 23-24.

⁵⁹ Segundo Viñas, “a extensão progressiva impulsionada pela Corte por meio de seus julgados desde os juízes – como aplicadores do Direito e eventualmente com faculdades para não aplicar uma norma em exercício do controle difuso de constitucionalidade – a toda autoridade pública posiciona a ampliação das faculdades de todos os órgãos de Estado, os quais, a partir deste controle, terão atribuições jurisdicionais com competências invalidatórias ou de inaplicação. O efeito descrito contradiz o princípio da legalidade que vige em todo Estado de Direito, segundo o qual as competências dos órgãos de Estado – e fundamentalmente daqueles que exercem jurisdição – só podem ser fixadas pela Constituição ou pela lei.” (VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 125).

Referências

- ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 30.
- ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Controle de convencionalidade de políticas públicas*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.
- BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in comparative perspective. *California Law Review*, n. 5, v. 58, p. 1017-1053, out. 1970.
- COLANTUONO, Pablo Á. Gutiérrez. *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.
- 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; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María (org.). *Control Administrativo de la Actividad de la Administración*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019.
- CORTE IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Sentença de 1 jul. 2011.
- CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 14/1994. Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção (Arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Publicada em 9 dez. 1994.
- COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019.
- CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Édgard Hernán; LEGALE, Siddharta. Inter-american Rule of Law in South American. *Sequência*, Florianópolis, v. 42, p. 1-27, 2021.
- CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo-RDA*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, abr. 1959.
- ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP)*, n. 17, p. 31-45, 2001.
- GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.

GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

GUSSOLI, Felipe Klein. *Controle de convencionalidade pela função administrativa do Estado*. 2023. 466 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.

HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 199-219, out./dez. 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HERNÁNDEZ, Jesús M. Casal. El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina. *Rechtsgeschichte*, v. 16, p. 212-241, 2010.

HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, H; VALADÉS, D (org.). *Formación y perspectiva del Estado mexicano*. Ciudad de Mexico: El Colegio Nacional-UNAM, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAS, Juan M. González. La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, a. XXIX, n. 348, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-53, set. 2007.

MORAS, Juan M. González. Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. *Documentación Administrativa*, n. 267-268, set. 2003/abr. 2004.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativo à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

REGUEIRA, Enrique Alonso. *El control de convencionalidad de la actividad administrativa*. Buenos Aires: Lajouane, 2017.

QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do Direito Administrativo: o Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*. Coimbra: Almedina, 2001.

SADDY, André. Administração pública e os códigos de conduta. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 233-261, jan./abr. 2013.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos*. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Fundamentos convencionales para el control de la arbitrariedad de la Administración: instrumento idóneo en los países signatários de la Convención Americana de Derechos Humanos. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (org.). *Control Administrativo de la Actividad de la Administración*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichikesnki. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez., 2016.

VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014.

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

GUSSOLI, Felipe Klein. Princípio da Legalidade Administrativa e convencionalidade. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 241-254. ISBN 978-85-450-0925-2.

OPORTUNIDADE DE NEGÓCIOS E EMPREENDEDORISMO ESTATAL

CAROLINA REIS JATOBÁ

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Consultora Jurídica da Caixa Econômica Federal, atuando em temas estratégicos
de contratações públicas.
Professora do Centro Universitário de Brasília.

Sumário: 1 Introdução. 2 A empresa estatal como instrumento de atuação desenvolvimentista da Ordem Econômica Constitucional. 3 Espécies de inaplicabilidade de procedimento licitatório. 4 A possibilidade de previsão, via regulamentação interna, de critérios para definição das hipóteses fáticas de oportunidades de negócio. 5 Conclusões finais. Referências.

1 Introdução

A Lei das Estatais foi formulada na intenção de proporcionar procedimentos particulares de contratação para as estatais, certamente mais flexíveis do que os exigidos para a Administração Pública em geral e vinculados aos mecanismos de mercado que lhe dão identidade perante sua inexorável forma empresarial.

Ganha relevo, no contexto, as formas de inaplicabilidade de procedimentos licitatórios às situações de exploração direta da atividade finalística pela estatal, conforme parágrafo 3º, I, da Lei n. 13.303/16, bem como o estabelecimento de parcerias destinadas à atuação concorrencial estatal, hipótese prevista nos parágrafos 3º, II, e 4º do mesmo artigo 28.

Este trabalho reflete a Oficina sobre oportunidades de negócios ministrada pela autora no 38º Congresso de Direito Administrativo, ocorrido em João Pessoa/PB. Para um alcance didático do objetivo de expor e comentar os temas correlatos aos comentários que foram ditos no evento, dividiu-se o trabalho em três partes.

Na primeira, identifica-se a empresa estatal como instrumento do Poder Público para realização de valores da Ordem Econômica Constitucional, apresentando pré-compreensões necessárias que dialogam com necessidade da existência do instituto jurídico da oportunidade de negócios como instrumento para tal.

A segunda parte rapidamente distingue a oportunidade de negócios do conceito de atividade finalística, que foi desenvolvido muito antes da vigência da Lei n. 13.303/16, pela doutrina e pelos julgados do TCU. Este aparte é importante para diferenciá-lo das hipóteses permitidas de estabelecimento de parcerias visando posicionamento concorrencial.

Na terceira parte, pretende-se alcançar o sentido e alcance do conceito de “oportunidades de negócio” vinculadas à atuação concorrencial, com enfoque para as formas previstas no parágrafo 4º.

Por fim e em conclusão, considerando as premissas já expostas, estabelece-se e sugere-se formas exemplificativas da formalização de tais parcerias, destacando a possibilidade de que a estatal possa fixar parâmetros em seus regulamentos de compras para identificar e caracterizar as situações de sua ocorrência

2 A empresa estatal como instrumento de atuação desenvolvimentista da Ordem Econômica Constitucional

Muito se têm questionado sobre a intervenção estatal na economia, tema que ocupa, ainda hoje, um dos *loci* centrais da organização política e do Direito. Para além das regulares ações de fiscalização, incentivo e planejamento dos fatores de produção, funções típicas do Estado, a história brasileira demonstrou experiências anteriores de nacionalização, monopólios, privatização, desestatização, aumento e diminuição do rol de atividades inseridas na intervenção para exploração da atividade econômica de forma direta.

Sobre as promessas da Carta, utilizando-se da expressão de Modesto Carvalhosa,¹ a Constituição “é depositária dos objetivos socioeconômicos do Estado”, uma diretriz que deixa de ser apenas formal para atribuir materialmente à Ordem Econômica a função histórica de levar ao homem a satisfação de suas necessidades essenciais e ao pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Nesta perspectiva, a ingerência do Estado na economia, portanto, deixa de ser uma mera opção política de um grupo de poder, para ser uma baliza constitucional do Estado Democrático de Direito. A Carta, em suas bases, pretende atender ao desiderato de estimular e apoiar a livre iniciativa com fundamento na finalidade desenvolvimentista do mercado, o que justificaria a existência de uma “liberdade econômica socialmente vinculada dentro de uma ordem econômica constitucionalmente definida”.

Neste espaço em que as entidades privadas atuam na perseguição do princípio da maximização dos lucros, próprios da sua gênese e natureza, exige-se também delas esforço para compatibilizar o lucro com o interesse coletivo da atividade econômica enquanto consecução da justiça social e do desenvolvimento.

O artigo 170 da Constituição é fundamentado nestes postulados. Não há somente a livre iniciativa ou a livre concorrência como princípios isolados e estanques, talvez paralelos ou opostos, como se supõe. Ao contrário, além de serem compatíveis, ao lado desses se harmonizam a soberania nacional, a busca do pleno emprego, a função social

¹ CARVALHOSA, Modesto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: RT, 1972. p. 4.

e defesa do meio ambiente e do consumidor. O atingimento do lucro até pelos agentes de mercado passa a ser finalístico e determinado às conjunções de tais outros iguais princípios.

Este objetivo desenvolvimentista da Ordem Econômica não é completo se o Estado, além de orientar, formatar, dirigir e limitar a atividade privada, também não atuar de forma direta nas etapas do processo produtivo em setores estratégicos e relevantes para instrumentalizar tais princípios que servem à realização do modelo adotado de Estado Democrático de Direito, em vias de construção na nossa tão jovem sociedade.

Particularmente, sobre a forma direta de intervenção pela exploração estatal da atividade econômica no Brasil, a definiu-se, no marco da Carta de 1988 definiu, que, muito além da mera descentralização de atividades da Administração Pública, a prestação de objetos comerciais e industriais com intuito de lucro pelo próprio Estado seria uma materialização dos conceitos de imperativo de segurança nacional ou relevante interesse público definido em lei.

Destinam-se a cumprir esse desiderato constitucional dois modelos, na dupla formação jurídicos-institucionais destinadas ao cumprimento do desiderato constitucional: Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, ambas regidas pelo de natureza de direito privado, mas pertencentes à Administração Pública e vinculadas, desde sua existência, às inexoráveis premissas constitucionais de segurança nacional e relevante interesse coletivo que devem estar não só presentes na sua criação, mas permearem de modo irrestrito toda sua atuação.

Em outras palavras, por princípio constitucional, o setor público só poderia atuar para corrigir distorções de mercado ou para instrumentalizar os fins do próprio Estado, não devendo atuar onde a presença do particular fosse ineficiente ou ineficiente ou insuficiente e, mesmo assim, de forma excepcional, já que a atividade econômica é prerrogativa de entes particulares.

Para dotar as estatais de instrumentos de atuação, pode-se citar as previsões do texto constitucional, tornando-se inquestionável que a própria Carta, após a vigência da Emenda Constitucional n. 19/98 atribuiu prerrogativa às estatais para receberem tratamento normativo distinto, em claro regime jurídico próprio, justificado pelas suas peculiaridades, que o faz de forma expressa e inequívoca ao prever um estatuto jurídico próprio.

Vejamos que o Estado Brasileiro se propõe a preservação da concorrência, como princípio e postulado da Ordem Econômica em duas perspectivas: i) a primeira ligada à manutenção da livre concorrência dos agentes privados perante as estatais, em especial diante da regra de que as estatais não devem gozar de quaisquer privilégios não extensíveis ao setor privado e ii) as estatais, como entes da Administração que são, mas ao meu tempo são os dois aspectos a preservar a concorrência.

E foi neste contexto que a Lei n. 13.303/2016 surgiu: no tumultuado ano político de 2016, com o aqodamento do trâmite do PLS n. 555/2015 que reuniu aos enxertos do trabalho do então DEST - Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais – DEST, hoje Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais – SEST, o resultado das ações de uma comissão relâmpago, instalada em 18/06/2015 que atuou até 10/07/2015.

Isso explica por que os eixos de governança corporativa e do propalado combate à corrupção sobrepuseram-se às discussões que vinham sendo tratadas para aperfeiçoar a visão empresarial das estatais, dotando-as de instrumentos para tal.

E em que pese não se poder olvidar da governança e combate à corrupção, os mecanismos de contratação mais adequados à realidade das estatais igualam sua capacidade de competição com o mercado. O regime mais flexível deve atender, portanto, os parâmetros do mercado para atender a competitividade esperada, que também estão atentos à governança e integridade.

3 Espécies de inaplicabilidade de procedimento licitatório

Antes de mais nada, um adendo a respeito da terminologia adotada nesta parte da obra trabalho faz-se necessário. O caput do parágrafo 3º do Artigo 28 – previsão conceitual que se estende também para o parágrafo 4º - afirma, categoricamente, que as estatais são “dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações”.

Porém, neste trabalho, não serão utilizados os termos “licitação dispensada ou dispensável” para que não se confundam tais hipóteses com aquelas previstas na Lei Geral de Licitações.

Vê-se, ainda, que a Lei n. 13.303/2016 reproduziu a terminologia clássica nas situações de licitação dispensável e inexigível, motivo pelo qual se entende mais didático o uso da terminologia “inaplicabilidade de licitação” utilizada pelo Prof. Marçal Justen Filho, mostrando-se mais adequada do que o termo “licitação dispensada” que pode ser confuso.²

A terminologia “inaplicabilidade” foi amplamente adotada pelo Prof. Marçal Justen Filho³. De forma ampla, para muitos que a interpretam, ela reflete uma outra espécie de afastamento da licitação, ao lado da dispensa e inexigibilidade.

Porém, diferentemente das demais, para além de afastar a licitação, o que se sugere é a utilização de um rito mais afeito aos modelos privados de contratação. Do contrário, não se estaria diante de um instrumento concorrencial.

Ora, se alguma estatal, em seu regulamento de compras, utiliza um processo seletivo demasiado demorado e burocrático de nada adiantaria reproduzir as dificuldades da aplicação da legislação pública. O que se pretende é avançar com mecanismos mais afeitos à atividade econômica, que por natureza é mais dinâmica, objetiva e prática, e, por isso, distinta dos parâmetros publicistas.

De forma didática, para compreendermos quais mecanismos legais se destinam a melhorar os aspectos concorrenciais das estatais, voltemos ao artigo 28 da Lei n. 13.303/2016:

Lei n. 13.303/2016

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.

²

³ JUSTEN FILHO, Marçal. A Contratação sem licitação nas Empresas Estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/16*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 287.

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

[...]

§3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo. (grifo nosso)

3.1 Atividade finalística: execução direta ou contratação de atividades de suporte/apoio

Pode-se dizer que o inciso I trata da própria execução da atividade fim da estatal, seja pela comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus objetos sociais previstos em Estatuto.

Sob essa perspectiva, vale lembrar que o legislador foi muito feliz em conceituar a atividade finalística. Embora seu significado possa ser facilmente apreendido do escopo para o qual a estatal fora criada e extraído do objeto social da Empresa Estatal, muitas vezes não se tinha a percepção de tal obviedade.

Ao comparar a atuação direta de atividades que constituem a essência do ente com daquelas contratações de terceiros que somente auxiliam no atingimento de tais objetos, verificamos que i) a forma direta é a execução, pela própria estatal e ii) se houver contratação ela apenas complementa a execução, mas de forma muito tênue e acessória.

A atividade finalística geralmente é executada de forma direta. Não implica na contratação de terceiro. Quando acontece, decorre da mera execução das situações atividades finalísticas presentes no objetivo social da empresa estatal que são inerentes à condição de sua criação e exercidas em caráter personalíssimo. São atividades da expressão para qual a empresa foi criada. Se, do contrário, demanda auxílio de terceiro para execução da atividade concorrencial (e não para a manutenção da sua atividade administrativa propriamente dita) não se está diante de atividade finalística, mas sim de necessidades decorrentes da decorrentes da atuação finalística, para atingimento de melhor performance concorrencial.

Como a execução é direta, em princípio não há que se pensar em contratação ou auxílio de terceiros, na maioria dos casos a realização do objeto social ocorre de forma exclusiva pela estatal pública.

Vale dizer que antes mesmo da edição da lei, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União já havia firmado entendimento de que, no exercício de suas atividades fins, as empresas estatais estão sujeitas ao regime jurídico do direito privado.

Esta solução lhes desobrigava – apenas no que toca ao exercício das atividades fins – de observar os procedimentos ou formalidades da então vigente Lei n. 8.666/1993, mas não de serem fiscalizadas e de terem que justificar as soluções adotadas em função dos princípios constitucionais, em especial o da eficiência.

Portanto, a distinção entre atividade-fim e atividade-meio era um critério relevante para afastamento dos procedimentos públicos. Para quaisquer atividades que não fossem consideradas fins, o procedimento licitatório era exigido.

Atualmente, o critério para distinguir atividade-meio e atividade-fim não é mais relevante, assim como também não é importante demonstrar o que seria o óbice intransponível à realização da atividade da estatal, presente na jurisprudência do TCU.

Entendemos que atualmente outros critérios seriam relevantes. Dentre eles, a diferenciação entre execução de atividade finalística propriamente dita e contratação para suporte à atividade finalística faz mais efeito na discussão atual.

Para deixar claro essa evidência, trazemos um exemplo para mesa. Trata-se da impossibilidade de imobilização de bens pertencentes às instituições financeiras, o que decorre da própria essência do negócio bancário que tem como objetivo a intermediação de recursos financeiros, sendo a imobilização de capital um entrave, caracterizando risco operacional diante da baixa liquidez de tais ativos, com claro impacto negativo no balanço.

A venda de tal ativo é a mera excussão da garantia contratual e por isso é decorrente do mútuo financeiro. Neste ponto, inspirada na diretriz de Basileia III, vale destacar que o prazo máximo para permanência de tais bens no acervo das instituições financeiras no Brasil é de, no máximo, 01 ano. Segundo a alínea “b” do item IV da Circular BACEN n. 909, de 11 de janeiro de 1985, esgotado tal prazo, após as eventuais prorrogações concedidas pelo Banco Central, sem que tenha sido alienado o bem, deverá a instituição providenciar a realização de leilão, dentro do prazo máximo de 60 (sessenta) dias, não podendo este exceder o prazo de 03 (três) anos na disponibilidade da instituição.

Ora, ao alienar o bem imobilizado presente no estoque de bens excutidos, a instituição financeira apenas cumpre seu objeto social na recuperação do crédito concedido. O imóvel, ao se vincular à garantia, faz parte da cadeia já existente de mútuo financeiro e, portanto, é a realização da sua finalidade, a intenção para a qual foi criada.

No entanto, a realização do objeto social pode depender de auxílio de terceiros em menor medida, como suporte à atividade. Neste caso, trata-se de prestação de serviço complementar à atividade finalística, em menor escala e de forma indireta. É o caso, por afinidade, de atividades correlatas ao objeto social. Por exemplo, para manter o segmento do mercado financeiro já mencionado abaixo, a emissão de cartão é objeto social de banco, mas a contratação de bandeira, com determinadas peculiaridades, pode ser complementar e não necessariamente indicar a contratação via licitação.

É possível pensar em credenciamento de várias bandeiras, mas a prestação de serviço de benefícios exclusivos por uma delas, com vantagens e exclusividades, apenas seria possível em uma negociação específica, com objetivo comum entre os parceiros.

A diferença é tênue e constitui o *discrímen* entre a execução direta de atividades finalísticas *strictu sensu* de modo próprio pela estatal ou da necessidade da contratação de um terceiro em para receber auxílio ou seu suporte na atuação concorrencial final no mercado, gerando daí, igualdade ou vantagem concorrencial com os demais atores

econômicos do mercado, o que denominamos de contratação de terceiros parceria para fins de suporte à atuação concorrencial.

Neste caso, também ter-se-ia a execução de atividade finalística, mas com o suporte ou auxílio de terceiro, para que o resultado final seja adequado. Os objetos sociais devem ser próximos ou complementares e a natureza do contrato é sinalagmática, de prestação de serviços, mas nas quais se verificam peculiaridades.

Não se busca contratar quem melhor oferece o produto ou o serviço, do ponto de vista da vantajosidade a ser aferida de forma objetiva em Edital com Termo de Referência. O que se busca é um contrato com objeto de auxiliar na execução da atividade finalística com um objeto muito próximo dela e de forma complementar.

É claro que o objetivo final da contratação é viabilizar, ainda que de maneira indireta, a execução da atividade para qual a empresa foi criada (indiretamente há auxílio na prestação da atividade finalística), mas, como se disse, essa atividade do terceiro é de suporte, acessória, e não essencial ou principal, tendo um papel secundário, de que meramente agregaria um valor determinável e tangível à atividade principal da empresa pública.

Assim, ter-se-ia duas possibilidades de enquadramento no inciso I, segundo sua interpretação: i) o exercício direto da atividade, sem contratação de nenhum outro agente auxiliar e ii) a contratação de um terceiro que auxiliaria o exercício direto da atividade por uma prestação de serviço complementar/acessório à tal atividade.

Assim, um dos critérios diferenciais entre os enquadramentos acima parece remeter para a pessoalidade da atividade da estatal, tornando a prestação direta ou indireta. Ora, se a atividade faz parte do rol presente no objeto social ou decorre dele, a empresa estatal terá duas formas de viabilizá-lo: ou ela própria o executa, no mero e natural exercício de suas atividades finalísticas ou ela se utiliza de estratégia empresarial, compondo contrato de prestação de serviços de forma colaborativa com o resultado da prestação de sua atividade, utilizando-se do apoio ou suporte de terceiro na execução do seu próprio objeto.

Na primeira situação, a estatal naturalmente exerce diretamente sua atividade prevista no objeto social. Trata-se de comercialização, prestação ou execução, de forma direta, respectivamente de produtos, serviços ou obras no cumprimento do seu objeto social.

Já a segunda situação, denominada de “oportunidades de negócios” consiste na implementação de ações de diferencial competitivo pelo estabelecimento de contratação de terceiros destinadas ao desenvolvimento da atuação concorrencial, ou, em outras palavras, é um suporte ou apoio de terceiro – numa típica associação estratégica empresarial – para executar seu próprio objeto.

3.2 Parcerias por oportunidades de negócios

Já o inciso II refere-se às contratações que implicam em parcerias por oportunidades de negócio. Não se trata de contrato de prestação de serviço, mas um contrato associativo, com fim em resultados comuns, que melhorem as capacidades concorrenciais de ambos os parceiros. É a melhor realização do objeto social de cada um dos parceiros.

Diferentemente do inciso anterior, os objetos sociais não podem ser próximos. Ao contrário: é interessante que sejam diferentes, pois é o diferencial da associação que trará o resultado concorrencial distinto. Ao continuar com o segmento do mercado financeiro, pode-se associar-se, por exemplo, a empresas diversas que possam reformatar o serviço ou o produto de uma maneira inovadora, gerando verdadeiramente uma nova forma de apresentação de um produto ou serviço. Ainda no âmbito das instituições financeiras, muitas tem inovado ao fazer parcerias com empresas que tem objeto social completamente diverso do seu, como plataformas de *market place*, executoras de brindes etc.

Assim, resumidamente, tem-se:

- a. Art. 28, p. 3º, I - Execução da atividade finalística
- a.1 Art. 28, p. 3º, I – Contratação de serviços de suporte ou apoio à atividade finalística
- b. Art. 28, p. 3º II e p. 4º - contratação vinculada à atuação concorrencial nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas

No último item, o parágrafo 4º do mesmo artigo acrescenta que se inclui no conceito de oportunidades de negócios a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

De acordo com a leitura do parágrafo 4º do artigo 28, da Lei n. 13.303/2016 é possível depreender que o legislador, ao permitir a inaplicabilidade da licitação, exigiu a presença simultânea de três requisitos: a) que o parceiro escolhido possua características particulares determinantes para a sua escolha; b) que a parceria se mostre uma oportunidade de negócio definida e específica; e c) que esteja justificada a inviabilidade do procedimento competitivo. Entretanto, ressalta-se mais uma vez a imprescindibilidade, mesmo na presença desses requisitos, da observância dos princípios constitucionais.

I Sobre o primeiro requisito, vê-se que a obtenção de um resultado de sucesso, nas hipóteses de parcerias com terceiros, depende, nesses casos, da escolha de parceiro adequado. Isso envolve não apenas a titularidade de recursos econômicos, mas também a presença de outros requisitos, inclusive a expertise e o domínio das técnicas pertinentes ao objeto a ser executado em conjunto. Em muitos casos, o sucesso da associação pressupõe níveis comuns de experiência, práticas empresariais similares, situações de mercado específicas. São situações fáticas abertas impossíveis de serem pré-determinadas previamente em uma licitação.

II A parceria deve ser uma oportunidade de negócios não só para um parceiro, mas para ambos e o negócio deve ser definido e específico. Em outras palavras, embora não precise ser necessariamente de certo lucro (a atividade empresarial pressupõe risco e com ele a obtenção ou não de lucro), mas deve ser precificado, viável, atingível.

III Sobre a inviabilidade do procedimento competitivo, deve-se considerar a interpretação não de forma semelhante à inviabilidade de competição, modelo para inexigibilidade de licitação, mas sim uma singularidade tal na associação e contratação que não justificaria competição sob critérios objetivos. Ora, a escolha do parceiro não

pode se dar por critérios de vantajosidade parecidos ao que se vê na especificação de produtos ou serviços.

Nesse sentido, a celebração de acordos de parceria traduz-se em contrapartida para obrigação do particular de contribuir para o aprimoramento da gestão e do funcionamento da empresa com conhecimentos, técnicas, *know-how* etc. que detenha no setor econômico específico, em situação de ganha-ganha para ambos os parceiros.

O parágrafo 4º não excluiu as demais opções de arranjos societários e associações empresariais presentes no mercado, reconhecendo que uma das principais formas de viabilizar esta parceria é com a participação e ingerência estatal na empresa privada revelando-se dupla vantagem: a) na incorporação de boas práticas de competição específicas, tendo o acordo de acionistas a função de servir de veículo para tal, tornando mais empresariais as relações entre os entes; b) no controle inerente à participação, que tem reflexo nos contratos de prestação de serviços etc., efetivando-se seu melhor conceito de eficiência.

Por intermédio de acordo de acionistas, por exemplo, o Estado injeta recursos no ente particular, recebe dele dividendos e melhores técnicas de gestão para tornar sua atividade mais adequada às práticas de mercado, em ganho de eficiência de suas atividades-fim.

Partindo-se da premissa que tais alianças e parcerias foram alinhadas para fins de alcançar uma posição de liderança de mercado em relação aos seus principais concorrentes, é imprescindível que os contratos de prestação de serviços e de fornecimento com os parceiros sejam também pautados no posicionamento concorrencial com arranjos que decorram do processo privado de atuação. Identifica-se, por isso mesmo, uma inquestionável afinidade com a exploração das atividades econômicas previstas na concepção finalística.

Neste cenário, entende-se conjunturalmente necessário e adequado que empresas estatais estabelecessem verdadeiras parcerias público-privadas (em sentido lato) para se fortalecer e alcançar o patamar concorrencial exigido na economia globalizada, com a racionalização das práticas, a diminuição de custos e o aperfeiçoamento de suas técnicas.

Não se pode olvidar que a determinação legal incluiu, ainda, a previsão de parcerias com ramos de atividades complementares às atividades finalísticas das estatais, nas situações em que os parceiros se mostram destacados por suas particularidades.

Aqui, à guisa de exemplo, podem-se citar, no segmento bancário, os serviços ligados à tecnologia, vínculo indispensável aos numerosos serviços prestados pelas instituições financeiras, tornando este um fator de produção preponderante para o devido posicionamento dos bancos públicos diante da concorrência. Observa-se pelo menos uma empresa prestadora de serviços de TI pertencente aos seus conglomerados.

As instituições financeiras buscam aumentar o volume e a capacidade de TI para responder com velocidade adequada aos desafios do negócio e atingir melhores condições de atender a grande demanda por disponibilização de novas soluções. Também não se podem esquecer os entraves burocráticos e o difícil acompanhamento de um contrato de TI.

Na gestão privada, o administrador sopesa riscos, analisa cenários, vislumbra oportunidades e precifica suas atividades, mas nem por isso ele deixa de arriscar, baseado em suas experiências (*seu feeling*). Utilizando-se de critérios subjetivos, sua tomada de

decisão nem sempre é meticulosamente calculada, como sói acontecer ao administrador que lida com a coisa pública.

Muitas vezes, o talento do bom gestor privado revela-se na qualidade de correr alguns riscos, ainda que conhecidos, o que é premissa para atuação concorrencial. É a base da atividade empresarial. É do jogo da concorrência.

Tais parcerias assemelham-se ao que se chama de *joint venture*. Em nossa opinião, as *joint ventures*, assim conhecidas como “modelos estratégicos de parceria empresarial, as quais consistem, de modo geral, “na conjugação de esforços em prol da realização de um objeto econômico comum” são agora previstas legalmente nos termos das parcerias descritas no artigo 28, §3º, inciso II, da Lei 13.303/2016.

O estabelecimento de uma negociação comercial desse tipo compõe-se dentre os elementos do objeto social da empresa. A aproximação com o modelo concorrencial dos demais agentes de mercado não é, entretanto, razão suficiente para afastar a aplicação do regime jurídico público, mas sim somente justificar a incidência temporária e excepcional de regra de direito privado.

4 A possibilidade de previsão, via regulamentação interna, de critérios para definição das hipóteses fáticas de oportunidades de negócio

Como decorrência do princípio da legalidade e a reserva de lei, a concepção do regulamento no Brasil limita-se à execução de lei com natureza subalterna e subordinada, dependente da vontade legislativa, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello.

Não fora desse contexto conceitual, a Lei n. 13.303/2016 estabeleceu hipóteses de regulamentação pelas estatais, visando atender as particularidades de cada setor e contexto mercadológico que se encontram, respeitando-se também as realidades da sua organização interna.

Em maior medida tais regramentos estão relacionados às atividades de licitação, que exigem rito administrativo procedimental bastante peculiar, pressupondo uma “interferência de órgãos administrativos para aplicação do que nelas se dispõe, sem entanto predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata da atuação administrativa pressuposta”, sob pena de incorrer em vício de competência.

Esta espécie de guia de determinação do agir administrativo não é senão uma forma desejável de estabelecer homogeneidade na forma de pensar e determinar comportamentos, mas sobretudo fixar condições para cumprir a vontade da lei de forma adequada no âmbito interno, gerando a governança necessária, com base nos vetores de interpretação legal e constitucional devidos.

Ainda citando Celso Antônio, “ditas normas são requeridas para que se disponha sobre o modo de agir dos órgãos administrativos, tanto no que concerne aos aspectos procedimentais de seus comportamentos, quanto no que respeita aos critérios que devem obedecer em questões de fundo, como condição para cumprir a lei”.

Neste ponto é que entendemos desejável que se estabeleça vetores de interpretação para situações diversas, claro, dentro dos limites legais e constitucionais estabelecidos. Assim é que defendemos a utilização do regulamento de compras para estabelecer critérios de enquadramento do conceito indeterminado e aberto de “oportunidades de negócio”, relacionados ao afastamento de licitação.

Neste ponto do capítulo, sai de cena a teorização dos comentários legais para ingressar no campo das sugestões pragmáticas, exemplificativas, que longe serem verdade absoluta, constituem produto da experiência prática vivenciada pela autora na condição de membra do grupo de empregados públicos responsáveis pela elaboração e implementação do regulamento de compras da Caixa, na primeira e segunda edição. Na última, na condição de Superintendente de Compras em 2021, acompanhou a delegação da atividade a um coordenador que conduziu os trabalhos técnicos, mas assegurou-se de que estavam atendendo às finalidades de atualização e novidade que o tema merece.

O passo-a-passo das necessidades encaminhadas ao grupo contemplou as seguintes etapas: i) conceituar a oportunidade de negócios vinculando-a a um diferencial competitivo e a e consideração da existência de um ou mais critérios relacionados à resultados empresariais; ii) apontar tais critérios para caracterização das situações de oportunidades de negócios; iii) reforçar a necessidade de verificação dos elementos legais de escolha do parceiro, definição e especificação da oportunidade de negócio e a inviabilidade de procedimento competitivo; iv) fixar que a formalização da parceria utiliza-se de um amplo rol de instrumentos e objetos, dentre os quais se destacam efetivamente o estabelecimento de parceria comercial, mas também a aquisição e alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais, as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente e a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais.

Por fim, a redação ficou estabelecida da seguinte forma:

REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DA CAIXA

Regulamenta as licitações e contratos para aquisição de bens e serviços pela Caixa Econômica Federal e suas subsidiárias, e dá outras providências

[...]

TÍTULO III - DOS MECANISMOS DE POSICIONAMENTO CONCORRENCIAL

Capítulo I - Atividade finalística e Oportunidade de negócios

[...]

Art. 11 - Para alcançar diferencial competitivo em regime concorrencial, os seguintes mecanismos de posicionamento concorrencial são regidos pelas normas de Direito Privado, pelas condições do mercado e atendidos os princípios aplicáveis às Empresas Estatais, sendo admitidos padrões de ajustes, contratos, instrumentos e mecanismos próprios do regime concorrencial:

I - a comercialização, prestação ou execução de produtos, serviços ou obras, de forma direta, especificamente relacionados com o objeto social da Caixa;

II - a contratação, pela Caixa, de produtos, serviços ou obras necessárias à consecução de atividades previstas em seu estatuto social, quando houver incompatibilidade do desempenho deste na contratação específica com licitação ou hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação e com as regras contratuais de regime administrativo.

III - escolha de parceiro vinculada à oportunidade de negócios;

Parágrafo primeiro - O inciso I do caput se aplica à própria execução direta do objeto social pela Caixa, situação em que não é necessária contratação de terceiro, ao passo que o inciso II se aplica ao suporte à atividade finalística por intermédio de contratação de terceiro com objetivo de posicionar concorrencialmente a estatal.

Parágrafo segundo – Aplica-se o inciso II às contratações da Caixa que se refiram à execução do seu objeto social relacionado à administração de fundos e programas delegados pelo Governo Federal ou concedidos mediante contrato ou convênio firmado com outros entes e entidades da federação, bem como administração de fundos de governo, quando necessário ao alcance de diferencial competitivo.

Art. 12 - A oportunidade de negócios consiste na implementação de ações de diferencial competitivo com vistas ao estabelecimento de parcerias com terceiros destinadas ao desenvolvimento da atuação concorrencial da Caixa, considerando-se pelo menos um dos seguintes critérios, dentre outros:

I – retorno em receitas financeiras;

II - acesso a soluções melhores e inovadoras;

III - ganho operacional e de eficiência;

IV - promoção de empreendedorismo visando adoção de novos modelos ou procedimentos de mercado;

V - melhoria de performance na execução de suas atividades finalísticas.

Parágrafo Primeiro – Na hipótese referida no caput deste artigo, os elementos legais para enquadramento serão interpretados a partir das seguintes orientações:

I - demonstração de que o parceiro possui características peculiares relativamente aos negócios propostos que justifiquem sua escolha em relação aos demais agentes que atuam no mercado;

II - a descrição da oportunidade de negócio e eventuais expectativas de ganhos para ambas as partes;

III – demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, o que poderá ser verificada a partir da singularidade que decorre da sinergia empresarial dos parceiros;

IV – demonstração da vantagem comercial, competitiva ou de mercado para a Caixa, decorrente da parceria a ser entabulada.

Parágrafo Segundo – A oportunidade de negócio instrumentaliza-se por meio de contrato livremente pactuado, no qual os signatários envidam esforços de forma cooperativa e contributiva para viabilização de negócios.

Parágrafo Terceiro – A pretensão de construção de parcerias, negociais ou societárias, voltada à viabilização de mera prestação de serviços, sem a necessária presença dos requisitos que caracterizam a oportunidade de negócios, não autoriza o afastamento das normas relativas às licitações, sem prejuízo da avaliação da aplicação do inciso II do artigo 11.

Parágrafo Quarto - A oportunidade de negócio dar-se-á em ambiente de livre negociação, e poderá, exemplificadamente e sem limitação, ser materializada por intermédio de uma das seguintes formas:

I – estabelecimento de parceria negocial, cujo fundamento vise à atuação concorrencial;

II - aquisição e alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, sejam elas de natureza societária ou contratual;

III - operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente;

IV - formação e extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais independentemente da natureza de tais ganhos, a exemplo de arranjos operacionais, administrativos, logísticos, financeiros e outros que possam imprimir melhoria do posicionamento concorrencial.

Parágrafo Quinto – Os incisos II, III e IV são disciplinados por normas específicas.

Art. 13 - As contratações de que tratam os incisos II e III do art. 11 são realizadas por meio de procedimento de seleção competitiva, diferente do procedimento licitatório ordinário, justificada sua impossibilidade, se for o caso, respeitando os princípios aplicáveis às Empresas Estatais.

Parágrafo Único - Os procedimentos a serem observados no processo seletivo simplificado deverão ser previamente definidos.

Art. 14 - As hipóteses de mecanismos concorrenciais deverão ser devidamente fundamentadas pelo gestor técnico na instrução do processo de contratação.

Assim, o regulamento interno reproduziu nossa teoria de considerar três hipóteses de inaplicabilidade, sendo i) execução direta; ii) contratação de terceiro para suporte à execução direta; iii) escolha de parceiro para formalização de oportunidades de negócios.

Ademais, os regulamentos podem contemplar também o acolhimento de práticas de *compliance* ou normas gerais relacionadas ao processamento das demais compras ordinárias.

Tais pontos não passam de diretrizes, orientações e caminhos a permitir ao gestor aplicador um norte para interpretar a realidade fática e circunstancial, mas são prática bastante exemplificativa de como a regulamentação pode contribuir para melhorar o conceito legal, sem descurar dos limites da lei e da Constituição Federal.

5 Conclusão

A criação e utilização de empresas estatais é identificada como uma das formas estatais de atuação na Economia, que oscila entre momentos históricos de máxima e mínima intervenção do Estado, passando pelas zonas cinzentas. Em especial posição para cumprimento dos fins desenvolvimentistas da Ordem Econômica Constitucional, a empresa estatal é configurada de modo a cumprir seu desiderato atuando concorrencialmente para atingir o interesse público.

Após muitos anos de espera, a Lei n. 13.303/2016 veio a lume e no que diz respeito às contratações públicas, o novo marco legislativo, para além de estabelecer procedimentos específicos de contratação para estatais, certamente avançou muito em contemplar expressamente as hipóteses de inaplicabilidade de procedimentos de licitação para exploração de atividade econômica e atuação concorrencial nos parágrafos 3º e 4º do artigo 28.

O inciso I do parágrafo 3º do artigo 28 trata do conceito de atividade finalística, avançando em relação ao contexto anterior, pois seu devido enquadramento e a consequente indicação do regime aplicável diferenciado em relação à aplicação do regime público (regime misto ou estritamente privado) perfaziam uma seara jurídica carente de limites claros, cujo teor impunha fixação de premissas e diretrizes claras para fins de evitar responsabilização de gestores por parte de órgãos de controle.

A doutrina e jurisprudência já entendiam que a execução direta da própria atividade finalística da empresa não exigiria procedimento licitatório. Não se pode pensar em licitação nesta hipótese, pois a execução direta de atividade finalística é a própria essência da empresa estatal, tratando-se da materialização de sua criação e de sua finalidade que toma curso por intermédio das suas atividades desempenhadas.

Já o inciso II do parágrafo 3º, bem como o parágrafo 4º, ambos também do artigo 28 preveem contratações/parcerias com terceiros que oportunizem negócios fundadas na atuação concorrencial da estatal. Esta situação contempla a prerrogativa empresarial de livre eleição dos instrumentos de competição no mercado em que atuam, mas com a ressalva de que não há liberdade ampla e irrestrita aos gestores, já que a observância de princípios da Administração Pública e o regime jurídico público é decorrência da característica pública da empresa.

Antes mesmo da positivação, a jurisprudência e a doutrina brasileiras sinalizavam pela possibilidade de se considerar a contratação direta pela inaplicabilidade das normas licitatórias, quando o escopo da contratação se desse sob a justificativa do contexto concorrencial, desde que a utilização das regras públicas prejudicasse o livre desenvolvimento da atividade finalística. O TCU, em seus julgados, ora se posicionava pela imprescindível comprovação fática de existência de óbices intransponíveis na aplicação da legislação de regência (Lei de Licitações), pelos gestores públicos, o que constituía uma árdua tarefa, ora fazia diferenciação entre atividades fim e meio.

O novo marco legislativo traz outros parâmetros. Não se impõe mais a demonstração do óbice intransponível à atividade e pouco importa a natureza da atividade: fim ou meio. Efetivamente, a licitação é afastada mediante o reconhecimento de elementos existentes na norma, a saber: i) vislumbre de oportunidades de negócios definidas e específicas, o que implica em considerar o contexto concorrencial já desenvolvido acima; ii) escolha estratégica do parceiro, vinculada a características particulares; iii) justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Neste sentido, a celebração de acordos de parceria também se traduz em contrapartida para obrigação do particular de contribuir para o aprimoramento da gestão e do funcionamento da empresa estatal com conhecimentos, técnicas, *know-how* etc. que detenha no setor econômico específico.

A exegese do parágrafo 4º não excluiu as demais opções de arranjos societários e associações empresariais presentes no mercado, reconhecendo que uma das principais formas de viabilizar esta parceria é com a participação e ingerência estatal na empresa privada revelando-se dupla vantagem: a) na incorporação de boas práticas de competição específicas, tendo o acordo de acionistas a função de servir de veículo para tal, tornando mais empresariais as relações entre os entes; b) no controle inerente à participação, que tem reflexo nos contratos de prestação de serviços etc., efetivando-se seu melhor conceito de eficiência.

Identificou-se, portanto, de modo geral, a interpretação dos parágrafos 3º e 4º do artigo 28 do novo marco legislativo das estatais, a Lei n. 13.303/2016. Ele consolida alguns conceitos extraídos da interpretação da doutrina e jurisprudência pátria, mas avança em: i) reconhecer que a execução direta de atividade finalística não requer contratação pública de terceiro e que por isso não está sujeita à licitação; ii) admitir que o conceito de demonstração de óbice intransponível à atuação concorrencial era de difícil conformação prática, motivo pelo qual a lei inseriu questões relativas à oportunidades de negócios, incluindo as parcerias e arranjos associativos que advém da reestruturação empresarial.

Em suma, uma organização comercial tem que se comportar como tal, quem quer que seja seu dono e esta interpretação visa tornar efetiva esta premissa. Pensar diferente é deixar de aparelhar estatais com a “paridade de armas” que lhes são necessárias para

competir em igualdade com demais *players* privados do mercado, que se organizam por conglomerados e grupos financeiros e vislumbram oportunidades de negócios em formatos jurídicos livres.

Para construir conceitos indeterminados criados pela legislação, em especial “oportunidades de negócio” e “parcerias” os intérpretes terão que se valer de critérios fáticos que se relacionam ao contexto concorrencial, sem se deixar incorrer no risco de ultrapassar as barreiras da lei e da Constituição, nem sequer do sentido teleológico da empresa estatal, na sua formatação finalística empresarial para atingir o interesse público na esfera econômica.

O desafio interpretativo pode ser minimizado, diante da fixação de diretrizes e vetores que decorrem do poder regulamentar da autoridade da Estatal, tese que defendemos neste capítulo. No ponto, é a contribuição da autora em trazer para o debate resultado de normatização da qual participou na elaboração e implementação do Regulamento de Compras da CAIXA, na condição de advogada da empresa estatal e membra de grupo composto por profissionais destinado a lhe dar contornos normativos e jurídicos.

Referências

BRASIL. Lei n. 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. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 1 jul. 2016

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 1º abr. 2021.

CARVALHOSA, Modesto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: RT, 1972.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Contratação sem licitação nas Empresas Estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/16*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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

JATOBÁ, Carolina Reis. Oportunidade de negócios e empreendedorismo estatal. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 255-269. ISBN 978-85-450-0925-2.

A EFETIVIDADE DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA: FERRAMENTA DE ENFRENTAMENTO DOS ILÍCITOS GOVERNATIVOS

ROGÉRIO GESTA LEAL

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Professor Titular da UNISC e FMP.

Doutor em Direito.

Sumário: 1 Notas Introdutórias. 2 Contornos teóricos e pragmáticos do AL no sistema jurídico brasileiro e na LAC. 3 Cláusulas explícitas e implícitas do AL e a tutela dos bens públicos indisponíveis da LAC. 4 Notas Conclusivas. Referências.

1 Notas introdutórias

Algumas matérias jornalísticas têm dado conta de que vários acordos de leniência – AL, previstos na Lei Anticorrupção brasileira (n. 12.846/2013) – LAC, devidamente homologados, assim como delações premiadas e repatriação de ativos, já oportunizaram a devolução de 25 bilhões de reais aos cofres públicos brasileiros.¹

Em especial o instrumento do AL, previsto no art. 16, e seguintes, da LAC, após estes primeiros dez anos de existência da norma, apesar de ter contribuído à recuperação de patrimônio público desviado por atos corruptivos, ainda carece de aprimoramentos substanciais, tanto em face da ausência de regulamentação da matéria nos Estados

¹ Ver <https://veja.abril.com.br/politica/a-conta-da-corrupcao-r-25-bilhoes-ja-retornaram-aos-cofres-publicos>. Informa a matéria que a Petrobras, até agora, é uma das maiores beneficiárias da devolução de recursos, tendo recebido em caixa a quantia de 6,28 bilhões de reais, a partir de acordos da Lava-Jato firmados com empresas, empresários e diretores que participaram do esquema de corrupção na estatal. Para além disto, foram fechados 43 acordos de leniência com empresas envolvidas em esquemas de corrupção. Estes acordos representam a recuperação de 24,5 bilhões de reais, valores não corrigidos. No mesmo sentido, ver: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/07/26/lei-anticorrupcao-devolve-bilhoes-aos-cofres-publicos.ghtml#>.

brasileiros, como no que diz respeito a procedimentos e processos administrativos qualificados e eficientes, até em face das condições e possibilidades impostas na espécie, dentre as quais: (i) que a empresa beneficiada colabore efetivamente com as investigações e o processo administrativo apurador; (ii) que resulte de tal colaboração a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; (iii) e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.²

Ao lado destas premissas, há também requisitos a serem preenchidos para que se viabilize o AL, a saber: (i) que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (ii) que cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (iii) que a admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.³

O problema que pretendemos indagar neste texto é o de saber se há, em face dos escopos do AL indicados, outros elementos – para além dos normativos explícitos – necessários à sua constituição e legitimidade, nomeadamente considerando os bens jurídicos públicos indisponíveis tutelados pela LAC.

Nossa hipótese é a de que o AL reclama observar, ao lado das cláusulas explícitas, também algumas implícitas no sistema jurídico vigente, necessárias a tutelar os interesses das empresas envolvidas, mas fundamentalmente aqueles bens e interesses públicos indisponíveis referidos e, por conta disto, urge demarcá-las de modo claro e imperativo.

Para sustentar nossa hipótese de trabalho, elegemos desenvolver este texto a partir dos seguintes objetivos específicos: (i) identificar os contornos teóricos e pragmáticos do AL no sistema jurídico brasileiro e na LAC; (ii) identificar quais são as cláusulas explícitas e implícitas do AL necessárias a tutelar, para além dos interesses das empresas envolvidas, os bens e interesses públicos indisponíveis alcançados pela LAC.

2 Contornos teóricos e pragmáticos do AL no sistema jurídico brasileiro e na LAC

Vários mecanismos jurídicos e políticos têm sido criados ao longo do tempo para o enfrentamento de patologias corruptivas as mais diversas, o que envolve tanto políticas públicas, instituições, como ferramentas legislativas específicas para tais fins, o que, quando são efetivas e prestam resultados, podem gerar redes de *accountability*,⁴ voltadas a atuarem cooperativamente para os fins de monitorar, investigar e mesmo punir gestores públicos e privados que depredam os interesses e bens estatais e da Comunidade.⁵

² Art.16, caput e incisos I e II, da LAC.

³ Art.16, §1º, incisos de I a III, da LAC

⁴ POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. Introduction: Accountability Institutions and Political Corruption in Brazil. In: POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. (org.). *Corruption and Democracy in Brazil: The struggle for Accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011. p. 1-28.

⁵ Podemos citar aqui exemplificativamente a estruturação e o aperfeiçoamento de instituições importantes para perseguir aqueles escopos, tais como: Ministério Público, Controladoria-Geral da União (CGU), tribunais de contas, Advocacia-Geral da União (AGU) e mecanismos de transparência e controle social pela via das mídias, redes sociais e conselhos.

Possibilidade de acordos pactuados entre Poder Público e terceiros para fins de abrandamento de penas já foram previstos por normativas pretéritas, como a Lei Antitruste, n. 12.529/2011 – nomeadamente em seu art.86, e seguintes; também pelos acordos específicos em sede de regulação financeira e do mercado de capitais, instituídos pela Lei n. 13.506/2017, chamados de acordos administrativos em processo de supervisão (art.30, e seguintes da Lei).⁶

De igual sorte a Lei de Improbidade Administrativa (n. 14.230/2011, reformatada), Lei de Licitações (n. 14.133/2011, reformatada), regulam possibilidades de responsabilidades administrativas, civis e penais, negociadas, mas nenhuma delas tratou pontualmente da responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção como a LAC.⁷

Qualquer possibilidade de composição negocial de conflitos pela via do AL, envolvendo o Poder Público, necessariamente vai contar com juízos prévios sobre as condições e possibilidades deste negócio e, nomeadamente quando se fala do AL no âmbito da LAC, para os fins de que sejam alcançados a colaboração efetiva com as investigações e com o processo administrativo, tendo como escopo a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sobre apuração.⁸

E isto se dá por conta de que o AL configura típico ato administrativo (negocial), absolutamente vinculado aos termos da norma que o autoriza e regula; ou seja, *a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção*.⁹ Daí porque, tratando-se de ato administrativo negocial, que envolve interesse de terceiros, mister é que suas bases constitutivas estejam muito bem alinhadas com os fins (públicos em primeira linha) que a LAC pretende alcançar com o uso desta ferramenta.

Por tais fundamentos desde logo o art.16, e seguintes, da LAC, combinado com o art.32, e seguintes, do Decreto n.11.129/2022 – DLR, determinam os escopos e requisitos para que o AL ocorra, os quais, quando não observados, podem gerar situações de desconstituição/nulificação.¹⁰

Esta compreensão da norma vem ratificada pelo DLR, que regulamenta a LAC, nomeadamente em seu art.32, ao referir que o AL é ato administrativo negocial decorrente do exercício do poder sancionador do Estado, que visa à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira, devendo buscar: (i) o incremento da capacidade investigativa da

⁶ Registre-se que na Lei Antitruste as vantagens do AL são estendidas igualmente às pessoas físicas e jurídicas, pois, quanto mais colaborarem, mais benefícios poderão ter, nos termos dos seus artigos 86 e 87. Na LAC, entretanto, somente as pessoas jurídicas contam com fomentos à colaboração, enquanto que as físicas (responsáveis pelas empresas) poderão eventualmente ser processadas por múltiplas responsabilidades – criminal, administrativa e cível; mas ela poderia ter tratado de forma diversa tais questões, já que possibilitou facilidades às empresas que formam o mesmo grupo econômico da corporação que levou a cabo o AL (art.16, §5º).

⁷ Neste sentido ver o resgate de normas que faz o texto de: ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência. *Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 181, 2017.

⁸ Nos termos do art.16, da LAC.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 102.

¹⁰ Conforme o disposto nos arts.138 e 139, do CCB.

administração pública; (ii) a potencialização da capacidade estatal de recuperação de ativos; e (iii) o fomento da cultura de integridade no setor privado.¹¹

No plano doutrinário Marçal Justen Filho adverte para o fato de que:

O acordo de leniência não padece de inconstitucionalidade. Não traduz violação a qualquer princípio constitucional, inclusive da segurança jurídica e o da isonomia. A leniência não implica a ausência de sancionamento. Não há eliminação da responsabilidade do sujeito pela infração cometida. A punição é atenuada em vista da contrapartida de benefícios auferidos pela comunidade em geral. O acordo de leniência previne litígios intermináveis, antecipa o encerramento de controvérsias, assegura a adoção de condutas empresarialmente saudáveis e permite a revelação de ilícitos que, de outro modo, permaneceriam ocultos. A dimensão expiatória da sanção é reduzida e compensada por uma eficácia de cunho de prevenção.¹²

Desconsiderar em sede de AL os elementos recém sublinhados implica banalização e mesmo o esvaziamento dos bens e interesses públicos indisponíveis que a norma de regência pretende tutelar, fragilizando ainda mais o sistema normativo violado e fomentando a quebra de fidedignidade por parte da Sociedade neste instrumento. Mas não é só, pode transformar o AL em: (i) medida de fomento para imprimir níveis de disponibilidade predatória daqueles bens e interesses e (ii) níveis progressivos de impunidade pelas depredações provocadas.

Temos que a Operação Lava a Jato, envolvendo o escândalo da Petrobras, por ter tomado impulso efetivo a partir do início de 2014, portanto, já na vigência da LAC, contou com ao AL para fins de: (i) obtenção de provas, (ii) recuperação de ativos e (iii) ressarcimento de danos por atos de corrupção, (iv) alterar o comportamento das empresas para o futuro, podendo-se aqui já vislumbrar algumas dificuldades de sua operacionalização. E estes elementos contribuíram para sedimentar alguns conceitos estruturantes da LAC e do próprio AL.¹³

Entre as críticas que se tem feito a estes AL, em especial na Lava-jato, toma relevo a de que alguns autores têm chamado de disputas de protagonismos ou poder entre as instituições envolvidas em situações desta natureza (AGU, CGU, MPF, TCU).¹⁴ Soma-

¹¹ O art.45, deste mesmo Estatuto, determina como obrigatória ainda cláusulas do AL que versem sobre: (i) o compromisso de cumprimento dos requisitos previstos nos incisos II a VII, do caput, do seu art.37; (ii) a perda dos benefícios pactuados em caso de descumprimento do acordo; (iii) a natureza de título extrajudicial do AL, o que evidencia a proeminência do interesse público sobre o da empresa envolvida nestas situações.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: RT, 2016, p.1.382.

¹³ Vários veículos de imprensa no país divulgaram notas sobre acordos de leniência de inúmeras empresas envolvidas na Lava a Jato, dentre as quais: (i) Grupo Setal, conforme portal da Revista Valor Econômico, disponível em: www.valor.com.br/politica/3828010/mpf-faz-acordo-de-leniencia-com-seis-empresas-do-grupo-setal. Acesso em: 14 ago. 2023; (ii) Camargo Córrea, *G1*, 31 jul. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/07/camargo-correa-fecha-acordo-de-leniencia-com-o-cade-e-o-mpf.html>. Acesso em: 14 ago. 2023; (iii) Andrade Gutierrez, Estadão, 8 maio 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,andrade-gutierrez-fecha-acordo-de-leniencia-e-se-compromete-a-pagar-indenizacao-de-r-1-bi,10000049809>. Acesso em: 14 ago. 2023; (iv) ODEBRECHT. *Folha de São Paulo*. Disponível em: www.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1837429-odebrecht-assina-acordo-de-leniencia-com-procuradores-da-lava-jato.shtml. Acesso em: 14 ago. 2023.

¹⁴ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A Leniência Anti- corrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 239. A LAC

se a isso os riscos de negociações e acordos sem critérios e parâmetros muito claros – nomeadamente em face dos escopos da LAC, no particular –, gerando níveis de insegurança jurídica muito elevados.

A verdade é que nestes anos de experimentação dos AL inúmeros aprendizados têm se forjado, dentre os quais: (i) que os agentes públicos responsáveis pela operacionalização dos acordos precisam equalizar mais seus protagonismos para não gerar sobreposições ineficazes e insegurança jurídica, desestimulando as empresas de levarem a cabo tal possibilidade;¹⁵ (ii) que é preciso aprimorar os métodos de aferição dos danos causados pelos atos corruptivos praticados, a fim de tornar mais efetiva a busca do seus ressarcimentos já pela via dos AL; (iii) que é fundamental constituir o que se tem chamado de governança dos recursos recuperados pelos AL, nomeadamente no que tange as distribuições e usos de tais receitas;¹⁶ (iv) que o AL precisa dimensionar equilibradamente os elementos de informação célere para a responsabilização administrativa, reparação dos danos causados e alteração da conduta corruptiva empresarial em face da troca de redução de sanção.

Partimos da premissa de que o AL, em sede de LAC, reclama atribuição de sentido contextual, pois ele está sendo previsto a partir de uma política de enfrentamento da corrupção contra interesses públicos indisponíveis que são os da Administração Pública, devidamente demarcados em estatuto normativo vinculante (LAC).¹⁷

Tenhamos presente que a corrupção, enquanto fenômeno multifacetado, se encontra em inúmeros cenários e conjunturas políticas, econômicas, institucionais e culturais do cotidiano (de pessoas físicas e jurídicas), em todo o globo, decorrentes, dentre outras coisas: (i) da lógica de lucro e rendas associada à acumulação desordenada de capital e riqueza que identifica o modelo estrutural de mercado e da economia capitalista que temos; (ii) da articulada rede organizacional e funcional de ilicitudes cada vez mais sofisticadas envolvendo setores públicos e privados, que especializam as ações delinquentes e multiplicam seus protagonistas em inúmeros centros de decisão e operação; (iii) da diversificação imensa das contrapartidas retroalimentadoras dos

atribui à CGU a competência para firmar os AL, todavia, a Constituição Federal atribui tarefas similares ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da União (arts. 70 e 129).

¹⁵ Podemos lembrar aqui os desentendimentos entre TCU com a CGU e o MPF, envolvendo diversos AL levados a efeitos por estes dois (Andrade Gutierrez e Odebrecht), a ponto de o STF ter deferido, em 22/02/2016, medida cautelar em Mandado de Segurança n.34.031/DF, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, impetrado pela CGU contra ato de Ministro do TCU que teria determinado o envio de todas as informações sobre AL ainda em negociação, entendendo a impetrante que deveria fazê-lo somente após o encerramento das negociações. Ver TCU manda governo mudar leniência com empreiteiras. *Revista Exame*, 17 mar. 2017, Disponível em: <https://exame.com/brasil/tcu-manda-governo-mudar-leniencia-com-empreiteiras/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

¹⁶ Lembremos da Ação de Descumprimento Fundamental -ADPF n.569/2019, Rel. Min. Alexandre de Moraes, intentada justamente para debater a destinação final dos recursos provindos dos acordos (criminais, cíveis e administrativos) com autoridades públicas.

¹⁷ E ao lado desta política há outras, tanto que a LAC se preocupa em ressaltar no seu texto que a aplicação das sanções nela previstas não pode afetar os processos de responsabilização decorrentes de infrações apuradas perante as Leis de Improbidade Administrativa, Licitações e Contratos Administrativos, e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas; ou seja, a LAC admite a possibilidade de cumulação de sanções sem que isso implique violação ao princípio do *non bis in idem* (art.30). No ponto ver o texto de CAMPOS, Patrícia Toledo de. *Comentários à Lei n.12.846/2013 – Lei anticorrupção*. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 172-173. Abordamos em extensão maior estes temas na obra: LEAL, Rogério Gesta. *Aspectos Polêmicos da Lei Anticorrupção no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

fenômenos que cria, haja vista que a moeda corrente não é a mais corriqueira forma de pagamento de suas investidas, porque é fácil rastreá-la (*follow the money*), tendo sido substituída por modalidades diversas de vantagens, como troca de favores, serviços, presentes, promessas futuras, favorecimento de terceiros etc.¹⁸

Por conta disto, a LAC resolveu demarcar, de modo estruturante, os bens jurídicos que visa tutelar através dos conceitos jurídicos determináveis de patrimônio público, princípios da Administração Pública e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (art. 5º, da Lei n. 12.846/2013). E o fez bem justamente para dar o relevo necessário aos seus escopos, mantendo tais prioridades do início ao fim da norma, o que deve se aplicar também para os casos de AL.

Esses elementos precisam estar presentes quando tratamos das cláusulas normativas implícitas e explícitas necessárias do AL na LAC, o que passamos a fazer no particular.

3 Cláusulas explícitas e implícitas do AL e a tutela dos bens públicos indisponíveis da LAC

Na medida em que a LAC estabelece os objetivos que pretende alcançar no corpo integral de seu texto – assim como no DLR –, estes passam a integrar quaisquer possibilidades de interpretação e aplicação de tais normas. Isso implica reconhecer, como premissa fundante da norma, que tal estatuto pretende, acima de qualquer coisa, responsabilizar objetiva, administrativa e civilmente as pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira (art.1º, da LAC). Os atos a serem punidos, todavia, precisam ser lesivos (art. 5º, da LAC)! E o que isso significa? O próprio dispositivo responde: são aqueles que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, definidos em termos de espécies nos incisos I a V.

Queremos sustentar aqui que ato lesivo atentatório significa qualquer ação ou omissão juridicamente relevante que coloque em risco, ou que lesione, o patrimônio público, os princípios da Administração Pública e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, no âmbito específico das condutas detalhadas pelo art.5º da Lei.

E aqui temos uma cláusula implícita da LAC, ou seja, não é necessário para caracterizar o comportamento atentatório que ele consolide dano material; basta que apresente risco proibido a tais bens e interesses. E isso se dá porque essa legislação representa verdadeira norma de combate à corrupção, com caráter também de prevenção geral, haja vista a gravidade e tragicidade das lesões que tenta coibir e responsabilizar, evidenciadoras de comportamentos defraudadores de expectativas legitimamente constituídas na Sociedade e no Estado, com tal intensidade e frequência, que foi necessário reconhecer serem seus autores, modo geral e mediante adequada demonstração probatória no devido processo legal, portadores de níveis de consciência e vontade dirigida a delinquência.

¹⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

Outra cláusula implícita que a LAC nos traz é a que diz com sua temporalidade constitutiva, na medida em que condiciona a celebração do AL tão somente com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo (art.16, caput, LAC), e isto porque estes dois momentos procedimentais e processuais se prolongam no tempo, já que dizem respeito ao âmbito interno da Administração Pública (e seus protocolos de apuração dos ilícitos demarcados pela LAC).

E neste aspecto, temos que a disposição do art.38, §2º, do DLR, o qual prevê que a proposta poderá ser feita somente até a conclusão do relatório a ser elaborado no Procedimento Administrativo de Responsabilização -PAR, não afasta a possibilidade de eventual revisão ou renegociação dos termos avençados com a empresa no AL, visando alcançar com maior efetividade aos fins que se destina, e isto em face do que dispõe o art.26, da Lei Federal n.13.655/2018 (LINDB).¹⁹

Em ambos os cenários, cumpre lembrar que o AL configura instrumento de investigação condicionado também a sua efetividade na identificação dos demais envolvidos (quando couber), e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. (art. 16, incisos I e II, da LAC).²⁰ Por ser assim, entendemos que o AL não pode se constituir em direito subjetivo público da corporação, pois depende de juízo e valoração detalhados e fundamentados – também na LAC – do Poder Público, por mais que a empresa pretendente tenha elementos de identificação dos demais envolvidos, ou informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, e os queira prestar a Administração Pública; isto porque esta pode também já possuir todos estes elementos consolidados e entender por bem que as medidas sancionatórias e indenizatórias sejam necessárias e adequadas a espécie, tendo em vista o caráter gravoso do ocorrido.²¹

¹⁹ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. §1º O compromisso referido no caput deste artigo: I- buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

²⁰ Interessante o registro adequado do Ministério Público federal sobre o ponto, ao afirmar que: O sentido e o alcance da leniência, contudo, não se esgotam tão somente em oferta de benefícios à pessoa jurídica que, após corromper, coopera. Trata-se, em sua essência, de instituto de corte dúplice. De um lado, consiste em técnica especial de investigação, que visa permitir que o Estado se valha da colaboração ativa, livre e voluntária de infrator, que, antes de deflagrada uma investigação ou, embora iniciada, mas durante seu curso, traga relevantes e inéditas informações sobre práticas delitivas, sua autoria e materialidade, além da indicação de meios probatórios. Justifica-se francamente na constatação pragmática e simples de que, muitas vezes, o desbaratamento de delitos organizacionais é tarefa complexa, que envolve a custosa e improvável identificação de atuação ilícita coordenada e organizada, com liame de confiança e sigilo entre os perpetradores. Ou seja, o instrumento de consensualidade encerrado no acordo de leniência é algo mais que uma simples confissão, já que exige entrega, sem reserva mental, de dados mais amplos e sensíveis sobre condutas de terceiros, além da própria, bem como indicação e fornecimento de provas e de caminhos probatórios, e, por isso mesmo, pode ensejar significativas mitigações das penas ou, em casos isolados, sua remissão total. In <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>, site institucional da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, do Ministério Público Federal, acesso em 08/08/2023. Grifos nossos.

²¹ DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 136. Estamos cientes de posições contrárias, defendendo a tese de que a Administração não possui qualquer liberdade para celebrar ou não o acordo de leniência quando preenchidos todos os requisitos e pressupostos legais estabelecidos LAC. ZOCKUN, Maurício. *Vinculação e discricionariedade no acordo de leniência*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 22 ago. 2023.

Ultrapassada esta questão, temos que a previsibilidade mínima de alguns resultados predeterminados (efetividade na identificação do que a lei exige para que o AL ocorra²²), deve operar, num primeiro momento, como condição de possibilidade do acordo; e num segundo momento, como parâmetro contratual/negocial suspensivo do AL, haja vista que, verificada a inefetividade dos escopos pactuados no documento negocial, por injustificado descumprimento ou inefetividade, é possível termos situação em que reste configurada a ausência de elemento substancial do negócio e, por conta disto, resulte caracterizada a invalidade superveniente do avençado, passível, pois, de desconstituição pela via da rescisão – observado, claro, o devido processo legal e o amplo direito de defesa.²³

E isto porque o art. 16 da LAC traz verdadeiros pressupostos de validade deste, os quais compõem a chamada finalidade (pressuposto teleológico) da norma, e como refere Celso Antônio Bandeira de Mello: *Finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, constituindo o alcance dos objetivos por ele comportados. Em outras palavras: é o objetivo inerente à categoria do ato.*²⁴

Em ocorrendo a desconstituição do AL por aqueles motivos, a pessoa jurídica contratante não se verá livre (isenta) de responsabilidades prevista pela LAC, dentre as quais as previstas no inciso II, do artigo 6º (publicação extraordinária), e no inciso IV, do artigo 19 (proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 e máximo de 5 anos).²⁵

Para além disto, como a celebração do AL interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado em relação aos atos ilícitos objeto do acordo até o cumprimento dos compromissos firmados – ou até sua rescisão –, frustrado o negócio entabulado, impõem-se a retomada da responsabilização prevista pela LAC.²⁶ Mas tal vai se dar levando em conta as disposições do art.21, da Lei n. 13.665/2018 (LINDB).

Diante destes cenários, devem os envolvidos (poder público e empresa) no AL prospectar, como condição prévia de possibilidade deste, com muita responsabilidade e máxima precisão possível, os potenciais envolvidos nos ilícitos sob apuração, os marcos temporais à obtenção célere de informações e documentos que os comprovem,

²² Inclusive as demandas perquiridas pelo art.37, do DLR.

²³ Consoante o disposto no art. 53, do DLR, com diversas consequências à empresa beneficiada, ficando ainda impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 anos, contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento, nos termos do art.16, §8º, da LAC.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op.cit., p.419.

²⁵ E mais, conforme o art.19, da LAC: Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. §1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. §3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Grifos nossos.

²⁶ Consoante determina o art.49, do DLR.

e que demais informações/contribuições aqueles efetivamente podem dar aos escopos da LAC, sob pena de esvaziamento de tal possibilidade.²⁷ Ora, salvo melhor juízo, esta exigência do art.16, caput, da LAC, induz a existência de apuração de irregularidades descritas nesta norma, estando já a Administração Pública investigando tais ocorrências, seja pela via de sindicâncias administrativas, seja pela via do Processo Administrativo de Responsabilização – PAR (art.8º, e seguintes, da LAC).²⁸

Agora tenhamos claro a disposição expressa do art. 16, §3º, da LAC, no sentido de que este acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado a Administração Pública, o que vem corroborado pelo disposto no art. 19 do diploma sob comento. Daí porque a realização do AL em determinado momento pode não resultar, necessariamente e de forma implícita, em quitação do dano; até porque, em ocasião posterior ao negócio entabulado, pode ser constatado que a eventual indenização paga se revelou insuficiente à cobertura integral do prejuízo sofrido, reclamando complementação, caso contrário estar-se-ia derogando o disposto no §3º, do art. 16, da LAC, e o art.37, VI, e art. 66, do DLR.²⁹

Elemento de mitigação a favor da empresa beneficiada com o AL, sob o ponto de vista patrimonial, está regulamentado pelos termos do art.37, VII, do DLR, ao estabelecer que a pactuação deste pode prever que os valores correspondentes ao acréscimo patrimonial indevido, ou ao enriquecimento ilícito, direta ou indiretamente obtido da infração, não sejam perdidos em favor do ente lesado ou da União, tudo a ser detalhado em cada caso, mas isto nada tem a ver com a remição do dever de ressarcimento do dano perpetrado.³⁰ Mas tais possibilidades não implicam direito subjetivo público da empresa, mas hipótese passível de ponderação em face das demais exigências estabelecidas pela norma.³¹

Mas quais os limites ou elementos demarcatórios da reparação integral do dano causado pelo comportamento ilícito realizado pela pessoa jurídica nos termos da LAC?

Sabidamente o ressarcimento integral de danos causados ao patrimônio e interesse públicos configura mecanismo de tutela da higidez destes bens reconhecida pelo

²⁷ Aliás, é o que dispõe o art.39, do DLR, ao estabelecer que *a proposta de celebração de acordo de leniência será submetida à análise de juízo de admissibilidade, para verificação da existência dos elementos mínimos que justifiquem o início da negociação.*

²⁸ Lembrando que a Controladoria Geral da União, publicou a Portaria n.910, de 07/04/2015, estabelecendo os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa e para a celebração do AL de que trata a LAC, registrando neste documento que a investigação preliminar será dispensável se presentes indícios de autoria e materialidade suficientes à instauração do Processo Administrativo de Responsabilização.

²⁹ Neste sentido, este art.66, do DLR, determina que o processamento do PAR, ou a negociação de acordo de leniência, não interfere no seguimento regular dos processos administrativos específicos para apuração da ocorrência de danos e prejuízos à administração pública federal resultantes de ato lesivo cometido por pessoa jurídica. RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 239.

³⁰ Até porque não se pode cogitar que a simples assinatura de acordo de leniência seja suficiente para que atos definidos como corruptos/ilícitos (pela LAC) passem a ser validos e, sobretudo, eficazes, operando-se convalidação superveniente.

³¹ Exigências, a saber, que a pessoa jurídica tenha: (i) sido a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante; (ii) cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo; (iii) admitido sua responsabilidade objetiva quanto aos atos lesivos; (iv) cooperado plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; (v) fornecido informações, documentos e elementos que comprovem o ato ilícito; (vi) reparado integralmente a parcela incontroversa do dano causado. (art.37, incisos I a VI, do DLR).

sistema jurídico nacional (constitucional e infraconstitucional), e enquanto efeito da prática ilícita disposta por lei cogente, o que desde há muito já vem reconhecido pela jurisprudência pátria.³²

O Superior Tribunal de Justiça - STJ já teve oportunidade de demarcar melhor os termos de extensão de danos daquela forma provocados, sustentando que: *O ressarcimento é apenas uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário; as outras demais sanções é que podem levar em conta, e.g., a gravidade da conduta ou a forma como o ato ímprobo foi cometido, além da própria extensão do dano.*³³

Ou seja, as causas passíveis de gerarem danos ressarcíveis em sede de LAC são as relacionadas aos incisos do art.5º da Lei. Qualquer outro dano atinente, por exemplo, a moralidade/extra patrimonialidade conexo, deverá ser aferido em procedimento próprio (ação civil pública, ação popular, de terceiro lesado, etc.).

Em termos de critérios e metodologias de quantificação daqueles danos, é interessante, a título exemplificativo, a matriz eleita pelo Tribunal de Contas da União, nos autos do processo de tomada de contas envolvendo a Operação Lava a Jato/Petrobrás, definindo que:

em vez da comparação com parâmetros de preços especificados em lei como referências de mercado (Sinapi e Sicro, principalmente), o exame requereu forma diferenciada de aferição do dano, consistente, segundo o relator, na diferença entre o que a Petrobras pagou e o que despenderia de fato pelo bem, em um ambiente de competição regular, sem a existência de cartel. Destacou que a unidade técnica identificara diversos métodos reconhecidos nos Estados Unidos e na União Europeia, tendo optado pela abordagem baseada em métodos comparativos, que estima o cenário contrafactual. Consistiu a metodologia, basicamente, na comparação do comportamento da variável que se quer estudar, no caso o desconto ofertado pelos contratados frente ao orçamento da Petrobras, nos cenários com cartel (factual) e sem a infração (contrafactual). Para tanto, utilizaram-se técnicas econométricas, com base em análise de regressão, a partir de dados das contratações da estatal e das informações de processos judiciais em curso.³⁴

De certa forma estes elementos considerados estão relacionados às estimativas de preços nominadas de *but-for-price*, ou seja, métodos comparativos que procuram

³² Neste sentido os julgados do Superior Tribunal de Justiça: (i) RESP. n.1028330, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, nov/2010 e (ii) RESP. n.977093, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, ago/2009; (iii) RESP n.664.440/MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, maio/2006. Diz textualmente o primeiro RESP que: *O ressarcimento não constitui penalidade; é consequência lógica do ato ilícito praticado e consagração dos princípios gerais de todo ordenamento jurídico: suum cuique tribuere (dar a cada um o que é seu), honeste vivere (viver honestamente) e neminem laedere (não causar dano a ninguém).*

³³ RESP. n.1185114, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, out/2010. Em termos doutrinários ver o texto de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Comentários ao art. 6º*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 121.

³⁴ Acórdão n.3089/2015, pleno do TCU, autos de tomada de contas n.005.081/2015-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 2.12.2015. Também notícia no site do TCU: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A151356F960151A6C4ABE771FD&inline=1>. Acesso em: 14 ago. 2023. Ainda refere a decisão que: *o “potencial prejuízo” informado refere-se ao chamado overcharge, assim denominado como a diferença entre o valor cobrado por um determinado produto em um ambiente monopolizado e o valor que deveria ser cobrado caso este produto fosse vendido em um ambiente competitivo; iii) o parâmetro informado, na ausência de dado mais robusto, em presunção juris tantum, servirá de base para a avaliação de legalidade e legitimidade dos eventuais acordos de leniência que venham a ser pactuados com base na Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), nos termos da IN TCU 74/2015.*

determinar cenários de referência adequados e estimar o preço provavelmente cobrado pelo produto se a infração não tivesse ocorrido.³⁵

Por certo que outros fatores podem ser agregados aqui à mensuração dos danos e do dever de ressarcimento, nomeadamente em face de cenários de AL (e mesmo de colaborações premiadas), haja vista, por exemplo, que informações trazidas pelos investigados interessados nas transações sob comento podem gerar valores expressivos a favor da fazenda pública – seja pela via de recuperação de ativos, seja pelo descortinar de envolvimento ilícitos de terceiros que, por sua vez, venham também a compor AL/colaborações.

A par disto, temos também alguns indicadores de composição dos cálculos de ressarcimento de danos provocados, institucionalizados pela legislação e jurisprudência nacionais, como a atualização monetária e juros moratórios desde o evento danoso (arts. 395 e 398, do Código Civil Brasileiro, e Súmula n. 43/STJ).

Ainda, urge considerar os chamados danos morais coletivos, passíveis de serem dimensionados nestes casos, como aliás bem demarca decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao dizer que:

O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.³⁶

Isso efetivamente ocorre, por exemplo, nos danos provocados ao meio ambiente, no desvio de recursos públicos, nas questões de improbidade administrativa e nos casos de corrupção (dentre os quais os delimitados pela LAC). Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça está enfrentando o tema nos autos do Recurso Especial 1.890.353, que discute se a Petrobras poderia aditar pedido em ação de improbidade para incluir os danos morais como ressarcimento pelos contratos fraudados por várias empresas que realizaram acordos de leniência com a União Federal.³⁷

Agora, podem os danos provocados pelos atos corruptivos praticados pela empresa serem objeto de dispensa no âmbito do AL, mesmo em face do disposto no §3º, do art.16, da LAC?

³⁵ CONNOR, John M. Price-fixing overcharges: legal and economic evidence. *Research in Law and Economics*, Bingley, v. 22, p. 59-153, 2005.

³⁶ REsp n.1057274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010. Ver também o interessante texto de RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 82-89, jan./mar. 1998, lembrando o autor que, para tais danos, deve prevalecer política de desestímulo a novas agressões aos bens jurídicos tutelados. Para além disso, a Súmula n.362/STJ determinou que a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

³⁷ Julgamento ainda não ultimado na constância de produção deste texto, tendo como relator o Min. Herman Benjamin, junto a Segunda Turma do STJ, conforme site: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202002097102, acesso em 05/09/2023. O aditamento do pedido da Petrobras foi admitido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, dando vazo ao recurso por parte das construtoras. O fundamento da pretensão da Petrobras, com o que concordamos, é que a celebração de acordo de leniência por algumas das rés não prejudica a sua pretensão de ver ressarcidos os danos morais coletivos decorrentes do abalo de imagem sofrido pela empresa.

A resposta a esta questão deve levar em conta o sistema jurídico nacional como um todo, e nele, o disposto na Lei n. 13.140/2015, posterior a LAC, que trata sobre as possibilidades de mediação e autocomposição negociada de conflitos envolvendo a Administração Pública (o que por certo alcança o AC), em especial o disposto em seu art.3º, ao definir que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis, ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, sendo que, para estes, exige-se homologação judicial, ouvido o Ministério Público. (§2º, do art.3º). Mas, afinal, o que são estes bens indisponíveis que admitem transação?³⁸

Podemos dizer que bens, interesses e direitos indisponíveis, são aqueles em que o seu titular não pode exercer em plenitude o poder de disposição sobre eles, dependendo sempre de autorizações especiais e formais para tanto, como os públicos em geral, os difusos, os que dizem respeito ao estado das pessoas; não podem ser livremente renunciados, cedidos, negociados ou transferidos, pois estão relacionados a aspectos essenciais da vida, e da ordem social. E vai nesta direção o disposto no art. 841, do Código Civil Brasileiro, ao afirmar que só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. Neste sentido Silvo Venosa: “Assim, nos termos do art. 841, não podem ser objeto de transação os direitos não patrimoniais e os de natureza pública. O poder público só pode transigir quando expressamente autorizado por lei ou regulamento”.³⁹

É a natureza dos bens públicos que os fazem indisponíveis, o que configura a indisponibilidade objetiva, em nada importando suas gestões conjunturais, o que implica reconhecer inexistir campo de discricionariedade pura (conveniência e oportunidade) para transmutar a natureza/identidade própria destes bens, no máximo admitindo-se modular as condições de cumprimento de obrigações relacionadas a eles, nos termos da lei autorizadora.⁴⁰

E aqui valem novamente as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que a discricionariedade administrativa não se constitui em salvo conduto para agir sem qualquer limitação, mas decorre da imposição jurídica – ao menos para “o gestor público – de perseguir o que for melhor para os interesses e bens da Comunidade, e este é um exame de pura legitimidade que impõe a fulminação dos atos – praticados embora sub color de (pretenso) exercício de discricionariedade – sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a providência ótima almejada pela lei, pois, em casos que tais, não terá havido exercício de verdadeira discricção administrativa, mas terá ocorrido pura e simplesmente violação do Direito”.⁴¹

Sob o ponto de vista pragmático também temos o problema da legitimidade jurídica à deliberação de dispor dos bens sob comento, o que resta evidenciado no

³⁸ Uma vez que sabemos, em tese, serem os bens públicos, modo geral, indisponíveis por conta de sua natureza.

³⁹ VENOSA, Silvo Salvo de. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2. p. 311.

⁴⁰ Daí porque, em muitas situações, exige-se a desafetação legal do patrimônio público daqueles bens que, autorizados normativamente, serão passíveis de disposição. Ver os textos de: (i) MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009; (ii) ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op.cit., p. 48. Sendo que o controle de tais atos devem ser feitos tanto pela própria Sociedade, como pela Administração Pública, Tribunal de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário.

debate ocorrido nos autos do Agravo Interno no pedido de tutela provisória n.3489/PR (2021/0202547-4), julgado pelo STJ, oportunidade em que se debatia ter ou não a Petrobras legitimidade jurídica para reclamar, por conta de Acordo de Leniência feito exclusivamente entre a União Federal e as empresas Odebrecht e UTC para afastá-las da ação por improbidade administrativa em curso, o direito potestativo na continuidade da ação em face destas empresas rés, para consecução da reparação de seu patrimônio lesado, até porque não participou deste AL.⁴² Refere, acertadamente, o Relator do caso: *se certos prejuízos sofridos pela pessoa jurídica-vítima (p. ex., danos morais individuais ou coletivos; condenações ou composições em ações indenizatórias movidas no exterior) não estiverem – expressa, inequívoca e suficientemente – abarcados pelo acordo celebrado, nada impede, em tese, que a empresa ou o órgão público possa sujeitar suas pretensões ao Poder Judiciário.*⁴³

4 Notas conclusivas

Como referimos desde o início, o AL na LAC constitui ato administrativo vinculado, tanto aos fins que persegue a norma anticorrupção, como aos que busca alcançar o negócio entabulado com a pessoa jurídica envolvida, razão pela qual esta prerrogativa atribuída ao gestor público nasce condicionada por tais elementos, como quer Bandeira de Mello: *tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio.*⁴⁴

Assim, por conta dos elementos trazidos até aqui, nomeadamente em face das normas explícitas e implícitas que regulam o AL na LAC, queremos sustentar que ele não pode ser tomado como negócio jurídico bilateral que importa em quaisquer concessões recíprocas entre as partes visando a composição sobre o conteúdo, a extensão, a validade ou a eficácia de uma relação jurídica de direito material.⁴⁵

Por outro lado, claro que o AL pode viabilizar os interesses da empresa envolvida em situações corruptivas que, dependendo somente de resultados de processos disciplinares e sancionatórios, poderiam, inexistindo possibilidade de composição,

⁴² Agravo Interno no pedido de tutela provisória n.3489/PR (2021/0202547-4), Relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 28/11/2022. Registre-se que, mesmo no campo da improbidade administrativa, já reconheceu o STF, nos autos da ADIs n.7.042 e n.7.043, a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do caput e dos §§6º-A e 10-C, do art.17, assim como do caput e dos §§5º e 7º, do art.17-B, da Lei n.8.429/1992, na redação dada pela Lei n.14.230/2021, para os fins de restabelecer a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil.

⁴³ Agravo Interno no pedido de tutela provisória n.3489/PR (2021/0202547-4), citado, p.11. Neste ponto é paradigmático o julgamento do STF nos autos do Mandado de Segurança n.37.329/DF, relator Min. Marco Aurélio, e Redator para o Acórdão, o Min. Dias Toffoli, junto a Primeira Turma, julgado em 30/05/2022.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op.cit., p.99. Na mesma direção vai Diogo Neto: *Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência.* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em: 25 jun. 2018. p. 16 (grifos nossos).

⁴⁵ Conceito de transação que se aproxima ao de Ponde de Miranda, no seu clássico MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25, p. 117-118.

redundar em cenários danosos e quiçá letais à corporação. Ou seja, ao resolver colaborar com a Administração Pública para cessar os atos corruptivos existentes; auxiliar, de forma efetiva e célere, na investigação do ocorrido, compondo os danos que deu causa, deve ter a pessoa jurídica que celebrar o AL vantagens que a norma lhe alcança; todavia, reforçamos nossa tese, no que tange pontualmente aos danos que suas ações provocaram ao interesse e patrimônio público, porque indisponíveis, deverão ser ressarcidos, na forma modulada pela composição negocial. Eventual dispensa deste ressarcimento reclamará prévia autorização/desafetação legislativa do *quantum* identificado a este título, sob pena de nulidade absoluta.

Referências

ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência. *Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA*, São Paulo, v. 4, n. 1, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei n.12.846/2013 – Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CONNOR, John M. Price-fixing overcharges: legal and economic evidence. *Research in Law and Economics*, Bingley, v. 22, p. 59-153, 2005.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: RT, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. *Aspectos Polêmicos da Lei Anticorrupção no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em: 25 jun. 2018.

POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. Introduction: Accountability Institutions and Political Corruption in Brazil. In: POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. (org.). *Corruption and Democracy in Brazil: The struggle for Accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *A Leniência Anti- corrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto*. In: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VENOSA, Silvo Salvo de. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2015.

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

LEAL, Rogério Gesta. A efetividade da lei anticorrupção brasileira sob a perspectiva dos acordos de leniência: ferramenta de enfrentamento dos ilícitos governativos. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 271-285. ISBN 978-85-450-0925-2.

SISTEMA DE INTEGRIDADE PÚBLICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO EM GRANDES DEBATES DOUTRINÁRIOS

JOÃO MARCELO REGO MAGALHÃES

Professor de pós-graduação e graduação na Universidade de Fortaleza.
Procurador do Banco Central do Brasil.
Doutor em Direito.

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos): a disciplina geral da integridade pública em licitações. 3 A jornada do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo no contexto da integridade em licitações. Referências.

1 Considerações iniciais

A Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) –, estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a compras, serviços, obras de engenharia, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como seus fundos especiais, autarquias e fundações públicas.¹ A NLLC se destina a substituir o regime jurídico antes estabelecido pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

A Nova Lei de Licitações e Contratos elenca seus objetivos no art. 11 e amplia o rol de princípio regentes em seu art. 5º (em relação à lei anterior), com destaque para a inclusão dos princípios da eficácia, da transparência, da segurança jurídica e da razoabilidade, além de determinar que sua aplicação deve ser pautada também pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

¹ Para um exame acerca da integridade nos processos licitatórios de empresas públicas e sociedades de economia mista, ver: BEZERRA, Philippe Magalhães. *Empresas estatais e integridade: a regulamentação dos processos de contratação pública como ferramenta de gestão*. Londrina: Thoth, 2024.

Todavia, as relações entre Estado e particulares no âmbito do processo licitatório, caminham ao lado de uma outra relação jurídica: aquela estabelecida entre o Estado e os agentes públicos responsáveis pela condução do processo licitatório, fundada basicamente no dever que estes têm de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade do referido processo. Para os fins deste artigo, o conjunto normativo que cabe aos agentes públicos cumprirem no curso do processo licitatório será denominado de “Sistema de Integridade Pública em Licitações”.²

Tal como a legislação de 1993, a Nova Lei de Licitações e Contratos contém diversas normas que impõem obrigações aos agentes públicos quando responsáveis por processos licitatórios. E aqui não se trata daquelas que são garantidoras de direitos aos interessados, mas sim daquelas que impõe uma conduta pautada na legitimidade, na legalidade e na probidade em razão do papel de agente do Estado; são normas que, se não observadas, maculam a integridade da licitação não por ato de um particular, mas por ilicitude cometida pelo agente público, seja por ação ou por omissão, ensejando até mesmo responsabilidade pessoal em razão de erro grosseiro (conforme art. 28 da LINDB), uma novidade trazida pelo texto de 2021. Eis aqui, portanto, o núcleo fundamental de um sistema de integridade pública em licitações.³

A partir do exame do teor da Nova Lei de Licitações e Contratos – aplicável, repita-se, a todos os órgãos e entidades da Administração Direta, autarquias e fundações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios –, é possível identificar uma série de obrigações (de fazer e de não fazer) componentes daquele núcleo fundamental de integridade em licitações e contratação públicas, impostas aos agentes públicos envolvidos. Adotando uma classificação baseada nas próprias disposições da Lei n. 14.133, de 2021, é possível dizer que tais obrigações são relativas a:

- a) observância de um rol de princípios regentes e das regras previstas nos arts. 20 a 30 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, a LINDB (art. 5º);
- b) integridade na conduta dos agentes públicos (arts. 7º, 8º, 9º, 11 e 14);
- c) integridade nos procedimentos de instrução, habilitação e julgamento (arts. 18, 23, 41, 53, 59, 62 e 63, §§3º e 4º);
- d) controles social, externo e interno (arts. 169 e 170).

2 Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 (nova lei de licitações e contratos): a disciplina geral da integridade pública em licitações

2.1 Princípios

Partindo da premissa de que, por ser a lei geral que trata de licitações e contratos administrativos, a Lei n. 14.133, de 2021, também conterá as regras gerais de um sistema de integridade pública em licitações, materializadas em um conjunto de obrigações,

² MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Política de Integridade Pública em Licitações. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 12, n. 2, p. 14-47, dez. 2014. p. 16.

³ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Política de Integridade Pública em Licitações. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 12, n. 2, p. 14-47, dez. 2014. p. 16-17.

algumas de fazer e outras de não fazer. Inicialmente, portanto, cabe tratar das obrigações impostas aos agentes públicos relativas ao respeito a objetivos e princípios estampados na NLLC.

Ainda que o art. 2º da Lei n. 14.133, de 2021, contenha o “princípio” fundamental da precedência do processo licitatório para as contratações públicas, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade, os princípios que devem ser fielmente observados pelos agentes públicos no curso das licitações públicas estão estampados na art. 5º da NLLC:

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 n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Em relação à lista de princípios contida no art. 5º da NLLC, é preciso compreender que a maioria deles traz inegável carga de indeterminação – impessoalidade, moralidade, igualdade, probidade administrativa etc. –, sendo, de fato, parâmetros para a atuação justa e legítima do agente público. Por sua vez, a legalidade, a publicidade, a vinculação ao edital e o julgamento objetivo são princípios devidamente transformados em uma série de obrigações impostas a agentes públicos em vários pontos da norma.⁴

2.2 Aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)

O art. 5º da NLLC, em sua parte final, determina que a aplicação da nova lei de licitações também deve considerar os dispositivos do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A referência não se faz à totalidade da norma, mas à parte relativa ao direito público, especificamente os arts. 20 a 30, que foram inseridos pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018.

No que toca ao objetivo de delinear um sistema de integridade pública para gestores que atuam no processo licitatório, cabe analisar os contornos do art. 28 da LINDB, que trata da responsabilidade pessoal dos agentes públicos, tendo sido redigido nos seguintes termos:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Uma primeira observação que se mostra cabível é que o citado artigo estabelece um novo regime sancionatório de natureza não criminal aos agentes públicos, ao lado

⁴ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Política de Integridade Pública em Licitações. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 12, n. 2, p. 14-47, dez. 2014. p. 19.

do regime jurídico da improbidade administrativa e das sanções disciplinares. Todavia, ao contrário destes, aquele não estabelece as penas aplicáveis nem sequer define uma tipificação apropriada, tendo sido disposto por meio de um tipo aberto, o que, de certa forma, atenta aos princípios relacionados ao direito sancionatório.

Feita a crítica, é preciso dizer que os arts. 20 a 30 inseridos na LINDB tem por missão legislativa conferir mais segurança aos gestores quando diante das instâncias de controle, com especial destaque para o controle exercido pelos Tribunais de Contas. Ao examinar o contexto geral dos novos dispositivos, Carlos Nitão bem observa que o conjunto normativo inovador traduz a ideia da primazia da realidade, pela compreensão do contexto fático essencial que há de definir e justificar a decisão administrativa.⁵

Especificamente no que tange ao art. 28 da LINDB, Carlos Ari Sundfeld destaca que o normativo tem o papel de assentar que não é todo erro de um gestor que estaria apto a invocar instâncias sancionatórias, mas apenas o dolo e o erro grosseiro, afastando assim a punição para as decisões tomadas no mundo da incerteza do direito, quando se adota uma interpretação razoável para determinado momento e tal interpretação é revista em sede de exame de contas.⁶

De fato, a tipologia do erro grosseiro instaurada na LINDB se tornou realidade no mundo dos fatos, com diversas decisões emanadas do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre o tema. Ainda que continue a faltar uma tipificação mais clara do instituto, o que vem contribuindo para aumentar a insegurança jurídica; curiosamente, os demais artigos acrescidos na LINDB se destinaram, direta ou indiretamente, a trazer mais segurança jurídica aos gestores públicos.

Isto posto, cabe indagar em que termos o TCU tem considerado que gestores cometeram erro grosseiro na condução de processos licitatórios. Muitas das decisões têm invocado o conceito de “administrador médio”, uma expressão já tradicional na Corte de Contas federal. A relação entre os deveres do “administrador médio” e o erro grosseiro ocorreu, por exemplo, nas seguintes decisões:

- a) Acórdão 1628/2018 – Plenário: *“A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do ‘administrador médio’ utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o “erro grosseiro” a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018.”;*
- b) Acórdão 2860/2018 – Plenário: *“O erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto.”;*
- c) Acórdão 2599/2021 – Plenário: *“Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa.”.*

⁵ LOUREIRO, Carlos Henrique Benedito Nitão. *Entre as alternativas possíveis e o erro grosseiro nas contratações públicas: a LINDB e os impactos na responsabilização do agente público*. Londrina: Thoth, 2024. p. 46.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 54-55.

Além de correlacionar o erro grosseiro com o descumprimento de deveres que descaracterizariam a postura de “administrador médio”, o TCU tem atribuído a pecha de erro grosseiro a condutas de variadas naturezas no âmbito do processo licitatório.

Nesse contexto, seriam erros grosseiros, por exemplo; i) o direcionamento de licitação para marca específica sem a devida justificativa técnica (Acórdão 1264/2019 – Plenário); ii) o descumprimento, sem devida justificativa, de determinação expedida pelo TCU (Acórdão 1941/2019 – Plenário); iii) o pagamento de serviços de natureza continuada sem o respaldo de um contrato (Acórdão 13053/2019 – 2ª Câmara); iv) a contratação de cooperativa nos casos em que, pelas características do serviço a ser executado, atue como mera intermediadora de mão de obra (Acórdão 610/2021 – Plenário); v) a não comprovação da boa e regular aplicação de recursos federais em face da omissão no dever de prestar contas (Acórdão 8879/2021 – 1ª Câmara); vi) a apresentação da prestação de contas somente depois de realizada pelo Tribunal a notificação do responsável, sem a devida justificativa para a falta (Acórdão 778/2022 – 1ª Câmara).

À toda evidência, os Tribunais de Contas não estão buscando delimitar os quadrantes do erro grosseiro, e sim promovendo a construção de um rol exemplificativo (e crescente) de condutas, dada a textura demasiadamente aberta do art. 28 da LINDB. De toda sorte, começam a surgir pistas sobre o escopo do erro grosseiro, e estas nos mostram uma direção: a violação a preceito de lei ou norma de caráter vinculante pelo gestor público leva à conclusão de que sua conduta destoa do “administrador médio” e se encaminha para o erro grosseiro

Caso essas primeiras impressões se confirmem, será possível afirmar que a adoção de uma política pública de integridade em licitações tenderá a evitar situações configuradoras de erro grosseiro em um processo licitatório. Ao contrário, a execução de procedimentos para contratação de bens, serviços e obras sem os rigores de uma gestão pautada na integridade levará a situações de violação da lei por parte dos agentes públicos, e estes serão poderão ser enquadrados na definição aberta de erro grosseiro.

2.3 Integridade de conduta para agentes públicos

Definidos os objetivos e princípios norteadores do processo licitatório, os demais dispositivos da Lei n. 14.133, de 2021, vão se encarregar de disciplinar um extenso conjunto de vedações e deveres impostos aos agentes públicos.

Pois bem, um primeiro conjunto de normas que cabe receber o devido destaque é aquele formado pelas regras relativas à integridade de conduta dos agentes públicos envolvidos no processo licitatório:

- a) promoção da gestão por competências e da governança das contratações (arts. 7º, 8º e 11, parágrafo único);
- b) respeito à competitividade e ao tratamento isonômico conferido aos licitantes (arts. 9º, *caput*, e 11, *caput*);
- c) vedação ao conflito de interesses (arts. 9º, §1º, e 14, incisos I, II e IV).

Em seu art. 7º, a NLLC impõe um dever específico à autoridade máxima de cada órgão ou ente, o de promover a gestão por competências, no que se constitui em uma das relevantes novidades da Lei n. 14.133, de 2021, o que vai compreender a indicação de

agentes públicos para o desempenho das funções necessárias aos processos de licitações e contratações públicas que preencham os seguintes requisitos:⁷

- a) sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;
- b) tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público;
- c) não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil;
- d) observem 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.

A seu turno, o art. 8º da NLLC prevê que a licitação será conduzida por agente de contratação, ou seja, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

Complementando os deveres relativos à gestão por competência e à governança do processo de contratação pública, o parágrafo único do art. 11 da Lei n. 14.133, de 2021, atribui obrigações especiais à alta administração de cada órgão ou ente público: a responsabilidade pela governança das contratações e o dever de 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 descritos no *caput* daquele mesmo art. 11.

O respeito à isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa são objetivos do procedimento licitatório (vide art. 11, *caput*, da NLLC) que guardam certa reciprocidade: o desrespeito à isonomia pode ensejar que se consagre vencedor aquele que tenha obtido privilégios e não o que tenha a melhor proposta ou que o interessado portador da melhor proposta seja alijado do processo por perseguição pessoal; de outro lado, se o processo for fraudado para escolher a proposta que não seja a mais vantajosa para o poder público não se estará tratando de forma desigual os desiguais na medida de suas desigualdades, pois a isonomia também significa que aquele que se diferenciou ofertado a melhor oferta seja tratado de forma diferente, a ele sendo adjudicado o objetivo licitado.⁸

Fruto dessa interação entre os deveres de respeitar a isonomia e a escolha da proposta mais vantajosa, o *caput* do art. 9º da NLLC traz as seguintes vedações dirigidas aos agentes públicos (do órgão ou ente licitante) designados para atuar na área de licitações e contratos:

⁷ Os requisitos estabelecidos também se aplicam aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno.

⁸ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Política de Integridade Pública em Licitações. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 12, n. 2, p. 14-47, dez. 2014. p. 20.

- a) admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que: i) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas; ii) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes; iii) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto do contrato;
- b) estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;
- c) opor resistência injustificada ao andamento dos processos e, indevidamente, retardar ou deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei.

A garantia de integridade de uma licitação também exige que seja vedada a participação de alguns atores que, em razão de prévio desempenho de certas atividades ou de condição jurídica peculiar, possam obter vantagem ou privilégio no âmbito do procedimento licitatório, conforme exposto no §1º do art. 9º e nos incisos I, II e IV do *caput* do art. 14, ambos da NLLC.

2.4 Integridade nos procedimentos de instrução, habilitação e julgamento

As fases de instrução, habilitação e julgamento de um processo licitatório marcam os momentos em que, efetivamente, os agentes públicos envolvidos podem – e devem – garantir a isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e promover os demais objetivos do certame. Nesse sentido, os deveres concernentes à integridade dos procedimentos impostos aos agentes públicos em sede de instrução, habilitação e julgamento são vislumbrados a partir do exame do teor dos arts. 18, 23, 41, 53, 59, 62 e 63, §§3º e 4º.

O art. 18 da NLLC descreve o rol documental necessário a garantir a adequada instrução do processo licitatório, tendo o legislador dado ênfase ao princípio do planejamento, como forma de garantir a efetividade e lisura de todo o processo. Da extensa lista, destacam-se os seguintes documentos:

- a) estudo técnico preliminar;
- b) termo de referência;
- c) estimativa orçamentária;
- d) minutas de edital e contrato;
- e) análise de riscos.

Da lista acima, há um cuidado especial em pormenorizar o conteúdo do estudo técnico preliminar (ETP). Nesse sentido, os §§1º e 2º do citado art. 18 tratam de detalhar o teor do ETP, consignando que esta peça documental deverá conter, no mínimo, as informações contidas nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do §1º do art. 18.

Por sua vez, o art. 23 da Lei n. 14.133, de 2021, trata de parâmetros aplicáveis para a obtenção dos preços referenciais em contratações públicas. Seu teor demonstra clara referência ao modelo de pesquisa de preços consagrado no âmbito federal desde a Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 5, de 27 de junho de 2014, já revogada. A experiência contínua e aprimorada dos gestores federais quanto à coleta de preços referenciais, com apoio das determinações e da jurisprudência do TCU, acabou por influenciar de forma decisiva o teor do art. 23 da NLLC.

O §1º do art. 23 trata dos parâmetros para estimar o valor da aquisição de bens e contratação de serviços em geral, quais sejam:

- a) composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);
- b) contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;
- c) utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;
- d) pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;
- e) pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

A seu turno, o §2º do art. 23 da NLLC traz os seguintes parâmetros para apurar o preço referencial nas contratações de obras e serviços de engenharia:

- a) composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;
- b) utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;
- c) contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;
- d) pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Em acréscimo, cabe dizer que é possível a gestores municipais e estaduais, na ausência de regulação própria para pesquisa de preço, adotarem, como boas práticas,

as regras das Instruções Normativas federais n. 73, de 2020 (para licitações regidas pela Lei n. 8.666, de 1993), e n. 65, de 2021 (para licitações regidas pela NLLC).

Ainda quanto ao tema da pesquisa de preços, vale destacar que a jurisprudência dos Tribunais de Contas se firmou no sentido de que devem ser evitadas pesquisas de preços feitas exclusivamente com fornecedores. No âmbito do TCU, tal entendimento pode ser observado, por exemplo, nos seguintes julgados:

- a) Acórdão 718/2018 – Plenário (*“A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não pode ter como único foco propostas solicitadas a fornecedores. Ela deve priorizar os parâmetros disponíveis no Painel de Preços do Portal de Compras do Governo Federal e as contratações similares realizadas por entes públicos.”*);
- b) Acórdão 1875/2021 – Plenário (*“As pesquisas de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral devem ser baseadas em uma cesta de preços, devendo-se dar preferência para preços praticados no âmbito da Administração Pública. A pesquisa de preços feita exclusivamente junto a fornecedores deve ser utilizada em último caso.”*).

Já o art. 41 da nova lei trata de tema deveras delicado para os agentes públicos encarregados do teor dos editais, qual seja, a possibilidade de indicação de marcas no fornecimento de bens. A Lei n. 8.666, de 1993, trazia certa resistência ao tema, que foi paulatinamente reconstruído em face de uma jurisprudência mais flexível no âmbito do TCU. O resultado disso é que a NLLC estabelece que a indicação de marca ou modelo é possível, desde que devidamente motivada, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;
- c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;
- d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência.

A caminhada para o estabelecimento de regras excepcionais mais razoáveis passa por diversos julgados do Tribunal de Contas da União, com destaque para os seguintes:

- a) Acórdão 2829/2015 – Plenário (*“a vedação à indicação de marca não se confunde com a menção à marca de referência”*);
- b) Acórdão 113/2016 – Plenário (*“a indicação de marca deve estar amparada em razões que demonstrem ser aquela marca a única capaz de satisfazer o interesse público”*);
- c) Acórdão 559/2017 – Plenário (*“a preferência por marca é admissível se restar comprovada que a escolha é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração”*).

O art. 53 da NLLC impõe o envio dos processos para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação. Diferentemente da Lei n. 8.666, de 1993, o órgão jurídico tem agora dois deveres específicos: i) apreciar o processo licitatório conforme critérios

objetivos prévios de atribuição de prioridade; ii) redigir sua manifestação em linguagem simples, de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica.

A seu turno, o art. 59 da Lei n. 14.133, de 2021, impõe dever de desclassificar propostas que: i) contiverem vícios insanáveis; ii) não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital; iii) apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação; iv) não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração; v) apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

O art. 62 da NLLC determina que, aos interessados em contratar com o poder público, só pode ser exigida documentação que vise auferir habilitação jurídica, qualificação técnica, regularidade fiscal, social e trabalhista e ainda qualificação econômico-financeira. Apesar de não constar do texto da nova lei de licitações, há também o dever de cumprir o disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos).

Por oportuno, é importante mencionar que o TCU tem jurisprudência firmada no sentido de que a Administração Pública deve ater-se de forma estrita ao rol dos documentos elencados nos arts. 27 a 31 da Lei n. 8.666, de 1993, para fins de habilitação dos licitantes, não sendo lícita a exigência de nenhum outro documento que não esteja ali apontado. São paradigmáticos desse posicionamento da Corte de Contas federal o Acórdão 808/2003 – Plenário e o Acórdão 1602/2004 – Plenário. *Mutatis mutandis*, tal entendimento deve ser estendido à NLLC, no que concerne aos seus arts. 65 a 69.

Finalmente, os §§3º e 4º do art. 63 da NLLC tratam de regras que os elaboradores do edital devem seguir quando tratarem de vistoria ao local de execução de alguma obra ou serviço. Em primeiro lugar, quando a avaliação prévia do local de execução for imprescindível para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, o edital de licitação sempre deverá prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico do licitante acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da contratação. Em segundo lugar, se os licitantes optarem por realizar vistoria prévia, a Administração deverá disponibilizar data e horário diferentes para os eventuais interessados, o que também deve estar previsto no edital.

2.5 Controles social, externo e interno

Também é papel do agente público que atua no processo de licitação observar as normas que visam garantir o controle social do procedimento, ou seja, o controle de regularidade dos atos administrativos, realizado por iniciativa do cidadão, destinatário último de todos os atos da Administração Pública, em observância ao dever de promoção do interesse público e não de interesses próprios.⁹

⁹ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Política de Integridade Pública em Licitações. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 12, n. 2, p. 14-47, dez. 2014. p. 28.

Por oportuno, deve ser mencionado que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar a órgãos de controle interno ou a tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação da NLLC, conforme texto do §4º do art. 170.

Nesse sentido, como forma de garantir o controle social quanto às licitações públicas e oferecer um meio de atender ao disposto no citado §4º do art. 170 da Lei n. 14.133, de 2021, seria interessante que os órgãos e entes da Administração Pública tivessem um canal de comunicação próprio para receber reclamações e denúncias de irregularidades relativas aos procedimentos licitatórios (uma “Ouvidoria de Licitações”), para os casos em que quaisquer licitantes, contratados e pessoas físicas e jurídicas em geral optassem por fazer uma comunicação de forma direta à Administração Pública, e não ao sistema de controle interno ou ao tribunal de controle externo competente.¹⁰

3 A jornada do instituto brasileiro de direito administrativo no contexto da integridade em licitações

Em 2025, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) completa 50 (cinquenta) anos. Nesse meio século cumprindo seu papel de apoio ao desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência administrativista nacional, o Instituto teve a oportunidade de contribuir com a discussão sobre o arcabouço jurídico da integridade em licitações públicas, com especial atenção para a missão dos gestores públicos na concretização de suas obrigações atinentes a políticas públicas.

Por ocasião da 1ª Jornada de Direito Administrativo, realizada em 2019, o IBDA travou o que seriam as primeiras discussões doutrinárias acerca de uma alteração legislativa tão recente quanto inovadora, a reformulação da LINDB para a inclusão dos dispositivos que regeriam a interpretação do direito público brasileiro.

Naquela oportunidade, os doutrinadores do Instituto debateram sobre as inovações trazidas pela LINDB, com destaque para as ferramentas voltadas à concretização de políticas públicas, o que se faz notar pelas regras que definem que os controladores devem se ater às dificuldades reais da gestão pública. Nesse sentido, é forçoso destacar 2 (dois) dos enunciados ali aprovados:

a) enunciado n. 11: *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;*

b) enunciado n. 12: *No exercício da atividade de controle, a análise dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, nos termos do art. 22 da LINDB, deve ser feita também mediante a utilização de critérios jurídicos, sem interpretações pautadas em mera subjetividade.*

Já em sua 3ª Jornada de Direito Administrativo, o IBDA teve a oportunidade de se imiscuir nos debates sobre a Nova Lei de Licitações, produzindo enunciados para

¹⁰ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Política de Integridade Pública em Licitações. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 12, n. 2, p. 14-47, dez. 2014. p. 28-29.

o novo regime jurídico que seriam relevantes para nortear decisões jurisprudenciais, tendo em conta a demora em se exigir a efetiva aplicação da Lei n. 14.133, de 2021, pelos entes federativos.

Daquele encontro, realizado em novembro de 2024, podemos destacar enunciados que tocam diretamente na questão da integridade do processo licitatório, quais sejam:

- a) enunciado n. 9: *Viola o princípio da segregação de funções a designação de integrantes das unidades de assessoramento jurídico e de controle interno para exercer, de forma simultânea, a função de agente de contratação/pregoeiro;*
- b) enunciado n. 10: *Não configura desvio de função a designação de agente de contratação para atuar em procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação, desde que a escolha seja feita respeitando o disposto no art. 7º da Lei n. 14.133/2021;*
- c) enunciado n. 18: *O §4º do art. 59 da Lei n. 14.133/2021 contém presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, nos termos do §2º do mesmo art. 59.*

Ante tantos esforços e iniciativas, a comunidade do direito administrativo brasileiro saúda com gratidão o IBDA pela passagem de seu meio século de contribuição doutrinária, ao tempo em que aguarda as próximas Jornadas que se proporão a debater o direito público em toda sua relevância.

Referências

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Diário Oficial da União, seção 1, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021*. Diário Oficial da União, seção 1, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 808/2003 – Plenário*. Relator Min. Benjamin Zymler, 2 de julho de 2003. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 1602/2004 – Plenário*. Relator Min. Ubiratan Aguiar, 13 de outubro de 2004. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 2829/2015 – Plenário*. Relator Min. Bruno Dantas, 4 de novembro de 2015. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 113/2016 – Plenário*. Relator Min. Bruno Dantas, 27 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 559/2017 – Plenário*. Relator Min. Benjamin Zymler, 29 de março de 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 718/2018 – Plenário*. Relator Min. André de Carvalho, 4 de abril de 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 1628/2018 – Plenário*. Relator Min. Benjamin Zymler, 18 de julho de 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 2860/2018 – Plenário*. Relator Min. Augusto Sherman, 5 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 1264/2019 – Plenário*. Relator Min. Augusto Nardes, 5 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 1941/2019 – Plenário*. Relator Min. Augusto Nardes, 21 de agosto de 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 13053/2019 – 2ª Câmara*. Relator Min. Augusto Nardes, 3 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 610/2021 – Plenário*. Relator Min. Aroldo Cedraz, 24 de março de 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 8879/2021 – 1ª Câmara*. Relator Min. Benjamin Zymmler, 29 de junho de 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 1875/2021 – Plenário*. Relator Min. Raimundo Carreiro, 4 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 2599/2021 – Plenário*. Relator Min. Bruno Dantas, 27 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Acórdão 778/2022 – 1ª Câmara*. Relator Min. Benjamin Zymmler, 15 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

LOUREIRO, Carlos Henrique Benedito Nitão. *Entre as alternativas possíveis e o erro grosseiro nas contratações públicas*: a LINDB e os impactos na responsabilização do agente público. Londrina: Thoth, 2024

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Política de Integridade Pública em Licitações. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 12, n. 2, p. 14-47, dez. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo*: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

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

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Sistema de integridade pública na nova lei de licitações: o instituto brasileiro de direito administrativo em grandes debates doutrinários. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 287-299. ISBN 978-85-450-0925-2.

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: REQUISITOS PARA A INCLUSÃO DE EXECUÇÃO DE OBRAS, FORNECIMENTO OU INSTALAÇÃO DE BENS COMO OBJETO DO CONTRATO

THIAGO MARRARA

Professor de direito administrativo da USP/FDRP. Livre-docente (USP).
Doutor pela Universidade de Munique (LMU).
Árbitro, consultor e parecerista nas áreas de direito administrativo, regulatório e das infraestruturas.

DAVI CORREA RENNÓ

Bacharel em direito pela FDRP-USP.
Advogado especializado em direito administrativo.

KELLY CRISTINE CANEDO ARAÚJO

Bacharelanda em direito pela FDRP-USP.

Sumário: 1 Introdução: implicações da definição do objeto contratual; 2 Interpretação do art. 2º, §2º, da Lei das PPPs; 3 A execução de obra e o fornecimento e instalação de bens associados; 4 O requisito da pertinência entre as tarefas que formam o objeto contratual; 5 O requisito da eficiência da ampliação do objeto contratual; 6 Conclusão; Referências.

1 Introdução: implicações da definição do objeto contratual

A definição do objeto contratual pela Administração Pública acarreta, ao menos, três implicações fundamentais. Em primeiro lugar, na licitação, o objeto afeta a competitividade. Enquanto objetos mais simples e delimitados tendem a aumentar o número de agentes econômicos aptos a executar o contrato administrativo, estimulando a presença de mais licitantes, os objetos amplos e complexos reduzem o número de agentes

econômicos capazes de desempenhar as obrigações esperadas, de modo a diminuir o número de licitantes. Não é por outra razão que a legislação contratual valoriza o chamado princípio do parcelamento do objeto.

Em segundo lugar, a definição do objeto contratual impacta os custos de transação e a carga administrativa do Poder Público. A fragmentação do objeto em vários contratos naturalmente ocasiona múltiplas licitações e exige mais energia, tempo e investimento com a celebração, a gestão e a fiscalização contratual. Diferentemente, a possibilidade de reunir várias tarefas, unificando-as como objeto de um único contrato ou alguns poucos, contribui com a redução de múltiplos procedimentos de contratação e não pulveriza as tarefas atreladas à gestão e à fiscalização contratual. Supõe-se ser muito mais simples para o administrador viabilizar certa tarefa por meio de um contrato, do que por vários deles. Não é à toa, portanto, que a Lei Geral de Licitações consagrou a figura do contrato de “fornecimento e prestação de serviço associado” (art. 6º, inciso XXXIV, da Lei n. 14.133/2021).

Em terceiro lugar, a definição do objeto influencia a vida dos contratados e sua maneira de executar as obrigações. Quanto mais abrangente e desafiador for o objeto, mais os agentes econômicos tenderão a se unir por meio de consórcios ou a construir parcerias para viabilizar a execução do contrato, valendo-se, por exemplo, da subcontratação. É exatamente por essa razão que a legislação, ao tratar dos complexos contratos de concessão, autorizou a concessionária, sem prejuízo de sua responsabilidade, a “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados” (art. 25, §1º, da Lei n. 8.987/1995). Consciente dos desafios de executar contratos complexos, o STF declarou na ADC nº 57 a constitucionalidade dessa regra, ainda que terceiros venham a assumir atividades inerentes do objeto, ou seja, as que formam o núcleo obrigacional da concessão.

Partindo dessas relevantes implicações da definição do objeto para diversos atores envolvidos na contratação pública, para a competitividade dos certames e para a eficiência contratual, o presente artigo busca analisar especificamente a delimitação do objeto de parcerias público-privadas (PPPs), conferindo destaque ao art. 2º, §2º, da Lei n. 11.079/2004, que permite à Administração Pública agregar ao objeto principal de uma PPP obrigações de execução de obras ou fornecimento e instalação de bens (art. 2º, §2º). Além de oferecer uma interpretação do respectivo comando, objetiva-se verificar se existem requisitos específicos para essa ampliação de objeto contratual e quais seriam eles.

2 Interpretação do art. 2º, §2º, da Lei das PPPs

O art. 2º, §2º, da Lei n. 11.079/2004 define o contrato de concessão administrativa como “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a *execução de obra ou fornecimento e instalação de bens*”. Ainda que destinado a reger apenas a modalidade de PPP administrativa, esse dispositivo, interpretado em conjunto com o §1º, contém três determinações relevantes e que valem para qualquer tipo de PPP, inclusive as patrocinadas.

A primeira é a de que as PPPs implicam uma delegação de serviços públicos ou de obras públicas. Eis o objeto central e compulsório em toda e qualquer PPP. Como

instrumentos com função concessória, as PPPs servem para necessariamente delegar a execução de serviços públicos ou a gestão de obras públicas a particulares que atuam por longo prazo em nome do ente público titular, com base em uma relação puramente obrigacional. Dessa primeira observação, resulta que serão completamente ilícitas e inválidas as PPPs que não embutam ou obrigações de prestação de um serviço público ou obrigações de gestão de uma obra pública.

A segunda determinação que se extrai do art. 2º, §2º é a de que o objeto específico das PPPs é extremamente amplo. Elas podem abranger serviços das mais diferentes espécies, desde os econômicos, passando pelos sociais e os administrativos. Ainda que as concessões comuns e as PPPs patrocinadas estejam vinculadas a serviços públicos divisíveis e tarifados, é inegável que as PPPs administrativas são capazes de abranger serviços públicos divisíveis (*uti singuli*) ou indivisíveis (*uti universi*), gratuitos ou onerosos (mas cuja cobrança de tarifa se mostre indesejável).

A terceira determinação está na faculdade de se agregar ao objeto de uma PPP, para além do serviço ou obra pública que forma seu núcleo, uma atividade acessória de construção de obras ou de fornecimento e instalação de bens. Essa autorização legal revela que os instrumentos concessórios em debate podem ter: (i) como objeto exclusivo a execução de um serviço ou de obra pública titularizado pelo parceiro público ou (ii) como objeto principal a execução do serviço público ou a gestão de uma obra pública, agregando obrigações acessórias de edificação de obras ou o fornecimento e instalação de bens. Porém, esses contratos jamais aceitarão como objeto exclusivo unicamente a edificação de obras ou o fornecimento e instalação de bens (art. 2º, §4º, inciso III da Lei n. 11.079/2004).

3 A execução de obra e o fornecimento e instalação de bens associados

A letra do art. 2º, §2º, da Lei n. 11.079/2004 revela que, ao objeto da PPP, é possível integrar a construção de obras ou o fornecimento e instalação de bens sem afetar a legalidade da delegação do serviço ou obra pública principal. Trata-se, pois, de uma faculdade que o legislador disponibiliza à Administração Pública na modelagem de qualquer desses instrumentos concessórios.

Embora essa escolha esteja textualmente inserida no parágrafo que define a concessão administrativa, não há razão para negá-la nas concessões patrocinadas. Afinal, o que motiva a possibilidade de ampliação do objeto nesse caso não é um fator exclusivo da concessão administrativa, mas sim elementos relativos sobretudo ao princípio da eficiência, aqui entendido tanto como racionalidade, economicidade e efetividade.

Se a união dessas diferentes tarefas no mesmo objeto contratual da PPP fosse proibida, a Administração, ao cuidar de uma política pública complexa, ficaria obrigada a conduzir múltiplas licitações e a lidar com inúmeros contratos simultaneamente, aumentando os custos de transação. Além da organização e celebração de uma PPP, teria que firmar e gerenciar contratos paralelos e acessórios de obras ou fornecimento e instalação de bens, elaborando todos os documentos exigidos para tanto, como estudo técnico preliminar, termo de referência, edital e minuta de contrato. Cada uma dessas atividades ocasionaria elevados custos, despesas e investimentos.

Por outro lado, a necessidade de contratos paralelos e acessórios atrairia riscos enormes para a adequada execução da atividade delegada. A má-execução ou a mora nesses contratos acessórios poderia ocasionar impactos sobre a obra pública ou o serviço público concedido, afetando o andamento do contrato de PPP e sua efetividade. Para garantir um mínimo de eficiência na presença dos múltiplos contratos, a Administração seria obrigada a despender muito mais tempo e recursos com tarefas de fiscalização e governança, visando a diminuir riscos e a garantir a interoperabilidade entre os contratos.

Imagine uma contratação de PPP, na modalidade de concessão administrativa, para o oferecimento de serviços de alimentação em um conjunto de unidades escolares da rede estadual. Nesse cenário, a Administração teria duas opções quanto ao fornecimento dos produtos alimentícios para as escolas. Poderia acoplar essa obrigação ao objeto da concessão assumido pelo parceiro privado ou poderia celebrar a PPP apenas para a preparação das refeições aos estudantes, valendo-se de outros contratos administrativos regidos pela Lei Geral de Licitações para adquirir os alimentos necessários às refeições. Nessa segunda modelagem, se houver mora ou inadimplemento nos contratos de fornecimento de alimentos, certamente a PPP será gravemente afetada. Dada a dependência entre a PPP e os contratos paralelos de fornecimento, o Poder Público enfrentará desafios muito maiores para garantir o sucesso da política de alimentação escolar, além de riscos significativos de que o serviço adequado seja comprometido em razão da desarticulação entre os diferentes particulares contratados.

Esse simples exemplo revela que a opção do legislador em autorizar a Administração Pública a agregar a construção de obras ou o fornecimento e instalação de bens como elementos acessórios do objeto contratual de uma PPP está diretamente atrelada a uma preocupação com a eficiência administrativa e a prestação de serviços públicos adequados. A eficiência e a adequação dos serviços é o que justifica a relativização do parcelamento no caso. Conquanto parcelar o objeto possa gerar ganho advindos da maior competitividade na licitação (há mais particulares que oferecem o fornecimento de alimentos do que o fornecimento em conjunto com os serviços de alimentação), fato é que a multiplicação de contratos e o gerenciamento de contratos interdependentes gera custos e despesas consideráveis e, pior que isso, riscos elevados para o sucesso de determinados projetos, sobretudo os concessórios.

Tudo isso revela que a margem de discricionariedade garantida pela Lei n. 11.079/2004 quanto à modelagem do objeto da PPP, no sentido de expandi-lo ou não, é uma opção legislativa racional e plenamente justificada. Subjacente a essa norma, encontra-se a preocupação com a competição pelo contrato, mas, simultaneamente, o reconhecimento da relatividade desse valor diante de outros princípios igualmente caros ao direito administrativo, como a eficiência e o serviço público adequado.

Embora inegável a discricionariedade administrativa na matéria, a Lei n. 11.079/2004 não oferece mais detalhes sobre o assunto. Melhor dizendo: não há disposições legais nem regulamentares que definam parâmetros claros acerca da escolha da modelagem no caso concreto. A esse respeito, entende-se que esses requisitos existem, mas decorrem de uma interpretação sistemática do ordenamento e da jurisprudência. Em termos objetivos, eles consistem: (i) na necessidade de se demonstrar a pertinência entre as tarefas agregadas no objeto contratual; e (ii) na necessidade de se explicitar as eficiências geradas pela ampliação do objeto contratual. Do posicionamento aqui

defendido resulta que a ampliação do objeto, nos termos do art. 2º, §2º, parte final da Lei n. 11.079/2004, será juridicamente válida apenas quando respeitar o requisito da pertinência e o requisito da eficiência, expostos a seguir.

4 O requisito da pertinência entre as tarefas que formam o objeto contratual

Como visto no tópico anterior, a inclusão de obrigações acessórias de fornecimento e instalação de bens ou de execução de obras no objeto de um contrato de PPP depende do cumprimento do requisito da pertinência. É imprescindível que as tarefas agregadas no objeto (tarefa principal e tarefas acessórias) tenham relação com a mesma política pública e com a obra/serviço delegado ao parceiro privado no caso concreto.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU), ao reconhecer a possibilidade de ampliação do objeto de contratos administrativos, adverte que a execução de obra ou o fornecimento e instalação de bens associados deve guardar relação funcional com o objeto principal da contratação. Em outras palavras: há que se estabelecer uma relação lógica entre a prestação do serviço principal e as atividades acessórias. Esse entendimento foi consignado no Acórdão 1988/2016, como revela o trecho a seguir transcrito:¹

[...] Identifico no mencionado procedimento violação aos princípios e às normas regentes das licitações, com fuga ao dever de se realizar o devido processo licitatório para a construção de obra pública estranha ao objeto da PPP, neste caso, o novo prédio da Procuradoria-Geral do Estado.

Com efeito, nos termos do art. 2º da Lei n. 11.079/2004, a parceria público-privada consiste em contrato administrativo de concessão de serviço público que pode ser empreendida na modalidade patrocinada, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, ou na modalidade administrativa, quando a administração pública for a usuária direta ou indireta do serviço público, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Ocorre que, mesmo nesse contexto, não se pode descuidar do objeto do futuro contrato, não se mostrando razoável permitir a inclusão de obras claramente estranhas ao objeto da concessão de PPP, a exemplo do que ocorre no presente caso concreto, em que se pretende incluir a construção de um prédio no bojo de uma PPP destinada à prestação de serviços de manutenção e conservação estrutural e rodoviária de sistema viário estadual, com a construção de uma ponte estaiada e de um mirante.

O caso debatido pela corte de contas estava relacionado a irregularidades em concorrência promovida pela Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará, com vistas à contratação de serviços de manutenção, conservação, operação e exploração de estrutura rodoviária estadual. A principal incoerência apontada pelo Tribunal foi a inclusão, como parte do objeto da PPP patrocinada, da construção do novo prédio-sede da Procuradoria-Geral do Estado. O TCU entendeu não ser possível essa associação, pois

¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1988/2016 – Plenário*. Rel. Min. Augusto Nardes. J. em 03/08/2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1988%252F2016/%2520 /DTREL EVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 20 mar. 2025.

não seria pertinente atrelar a uma PPP de rodovia a realização de obra para serviços de advocacia pública sem qualquer conexão com infraestrutura rodoviária.

O referido projeto de parceria também previa a construção de um mirante e de uma ponte estaiada. Diferentemente do que ocorreu em relação ao edifício da PGE, essas duas obras foram reconhecidas como razoáveis e pertinentes pelo Tribunal. Afinal, a ponte guarda uma relação lógica direta com o objeto principal da infraestrutura rodoviária, viabilizando o fluxo de veículos, enquanto o mirante guarda uma relação indireta, pois foi proposto como elemento turístico para proveito dos usuários da própria rodovia.

A associação do objeto principal com a construção de obras ou o fornecimento e instalação de bens deve respeitar a razoabilidade da associação. Em sede contratual, a razoabilidade exerce uma função principal de conciliação entre interesses e princípios subjacentes, seja de natureza pública ou privada, em que se busca a solução mais respeitosa a todos os interesses envolvidos.² Em outras palavras: a razoabilidade embute um mandamento de relação lógica do ato estatal e a finalidade pública que o justifica, promovendo a adequação entre meios e fins, tal como indica o art. 20, parágrafo único, da LINDB.³

Nessas circunstâncias, considerando que o núcleo da PPP patrocinada, no caso analisado pelo TCU, consistia na gestão de infraestrutura rodoviária, mostrava-se claramente irrazoável exigir a construção do edifício-sede da PGE no mesmo contrato. A inclusão dessa obra, além de descolada do objeto nuclear e suas funções, ainda incrementaria o custo global da parceria. Consequentemente, a tarifa cobrada dos usuários seria calculada com base nesse custo ampliado de forma inadequada, ou seja, o usuário da infraestrutura rodoviária seria obrigado a financiar, parcialmente, a construção do edifício-sede da advocacia pública estadual. Ora, como a proposta principal da PPP estava na operação, manutenção e conservação de uma rodovia, ao usuário da infraestrutura rodoviária se deveria estipular uma tarifa apenas para arcar com essas tarefas.

Como reflexo da razoabilidade ou, mais especificamente, da adequação (relação entre meio e fim), na modelagem de uma concessão, o requisito da pertinência autoriza a Administração Pública a agregar ao objeto contratado apenas obrigações acessórias de construção de obras ou de fornecimento e instalação de bens que se atrelem funcionalmente à obra pública ou ao serviço público delegado e que, nesse sentido, mostrem-se aptas a contribuir com a efetividade do projeto concessório.

5 O requisito da eficiência da ampliação do objeto contratual

O segundo requisito para a ampliação do objeto concessório no sentido de lhe embutir a construção de obras ou o fornecimento e instalação de bens, nos termos do art. 2º, §2º, parte final, da Lei n. 11.079/2004, consiste na comprovação de eficiências que demonstrem a superioridade dessa alternativa de modelagem em relação a outras.

² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 395.

³ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (coord.). *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 219.

A necessidade de comprovar eficiência resulta de dois fatores. O primeiro deles é a vantajosidade, que constitui um objetivo dos sistemas de contratação pública. O art. 11, inciso I, da Lei n. 14.133/2021 é claro ao dispor que o processo licitatório busca “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”. No âmbito das licitações para concessões de serviços públicos, esse objetivo também se impõe e origina, para o gestor público, o dever de adotar uma estratégia de contratação capaz de maximizar os resultados da aplicação de recursos públicos em termos de promoção de interesses públicos primários e direitos fundamentais dos usuários.

O segundo fator a exigir a análise de eficiências é o princípio do parcelamento do objeto, reconhecido amplamente na legislação de contratações públicas por força da livre concorrência e da livre iniciativa. A escolha pela ampliação do objeto da PPP envolve acoplar, numa única contratação, variadas tarefas que poderiam ser parceladas e, por conseguinte, contratadas separadamente. Dada essa possibilidade de escolher entre um único contrato ou vários para se atingir um mesmo fim, a Lei Geral de Licitações, aplicável subsidiariamente a concessões e parcerias público-privadas, exige que os estudos preparatórios apontem a razão ou não de se parcelar uma contratação (art. 6º, §1º, inciso VIII; art. 40, inciso V, ‘b’, e art. 47, inciso II, da Lei n. 14.133/2021).

O parcelamento não é um fim em si mesmo, nem uma técnica inevitável. A escolha sobre parcelar ou não o objeto em diferentes contratações baseia-se em uma racionalidade econômica e técnica.⁴ Por um lado, o parcelamento apresenta vantagens ao facilitar a entrada de mais licitantes e possibilitar maior concorrência na disputa pelo contrato administrativo.⁵ De outro, porém, mostra-se eventualmente desinteressante por ocasionar perda de economias de escala, e a divisão dos contratos em mais de um certame aumentar de modo irrazoável os custos e as despesas globais da contratação.⁶

Embora não haja dispositivos expressos sobre parcelamento na legislação geral de concessões comuns ou de PPPs, os dispositivos da Lei Geral de Licitações podem auxiliar a compreender o tema, valendo referenciá-los.

No tocante ao fornecimento de bens, o art. 40, §2º, da Lei n. 14.133/2021 prevê que, “na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados: I – a viabilidade da divisão do objeto em lotes; II – o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e III – o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado”. Já o §3º aponta que o parcelamento não será adotado quando: “I – a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor; II – o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade risco ao conjunto do objeto pretendido; e III – o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo”.

⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações & contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 5. ed. Brasília: TCU, 2024. p. 263.

⁵ HEINEN, Juliano. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 236.

⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações & contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 5. ed. Brasília: TCU, 2024. p. 263.

No que se refere à contratação de serviços, o art. 47, inciso II, da Lei n. 14.133/2021 estabelece os mesmos requisitos ao exigir que as licitações observarão o “parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso”. Já o §1º prevê que “na aplicação do princípio do parcelamento deverão ser considerados: I – a responsabilidade técnica; II – o custo para a Administração de vários contratos frente às vantagens da redução de custos, com divisão do objeto em itens; e III – o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado”. A seu turno, o art. 49 trata indiretamente do parcelamento ao prever a possibilidade de contratação de mais de uma empresa para executar o mesmo serviço, desde que essa contratação não implique perda de economia de escala, quando: “I – o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; e II – a múltipla execução for conveniente para atender à Administração”.

A despeito dos detalhamentos, por força desses dois princípios fundamentais (vantajosidade e parcelamento), é imprescindível uma análise de eficiências em relação à definição do objeto do contrato. Cumpre ao gestor público, responsável pela modelagem, verificar se a união de atividades acessórias no objeto de um mesmo contrato de concessão será capaz de gerar mais benefícios que prejuízos à luz de interesses públicos primários e direitos fundamentais.

Nessa tarefa, os órgãos competentes para a modelagem de contratos poderão considerar, por exemplo, os já citados riscos de contratação paralela e interdependente. Ao firmar múltiplos contratos para a execução de uma finalidade pública comum (como os serviços de merenda escolar), a Administração Pública terá que imprimir esforços significativos não apenas para contratar, como também para articular vários contratos e garantir que problemas na execução de alguns deles não afetem indevidamente o andamento de outros, atingindo, ao final, os usuários de serviços públicos.

Essa preocupação com as eficiências geradas pela modelagem do objeto da concessão não é uma mera consequência de princípios gerais, já que encontra respaldo direto em diversos comandos da legislação especial. O art. 4º da Lei n. 11.079/2004 prevê que a Administração Pública, ao modelar a PPP, deverá observar “I – a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade”, “III – a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias” e “VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria”. Já o art. 10, inciso I, alínea ‘a’, da Lei n. 11.079/2004 aponta que a contratação de PPP deverá se basear em estudo técnico que aponte a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante a “identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada”. A seu turno, o art. 6º, §1º, da Lei n. 8.987/1995 aponta que a concessão ou a permissão necessita viabilizar a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, ou seja, “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Diante desses comandos legais, não se autoriza que os órgãos competentes pela modelagem contratual, ao delinear o objeto da PPP, abstenham-se de uma análise cuidadosa dos princípios da eficiência, da vantajosidade, da competitividade e do parcelamento. Qualquer decisão discricionária no sentido de ampliar o objeto contratado, agregando-lhe como acessórias obrigações de construção de obras ou fornecimento e instalação de bens, requer esse tipo de análise para além da já apontada verificação do

requisito da pertinência, isto é, da relação de adequação entre as obrigações acessórias e as obrigações nucleares do projeto concessório.

Para além do cumprimento dos princípios que regem a Administração Pública e de regras específicas de contratação pública, a elaboração das justificativas técnicas pertinentes é ainda fundamental para evitar situações indesejadas, especialmente perante os órgãos de controle, como os Tribunais de Contas. Afinal, o art. 70 da Constituição Federal, aplicável a qualquer ente da federação, estabelece a competência desses órgãos para fiscalizar decisões da Administração Pública, inclusive no tocante à eficiência das contratações.

No âmbito da União, inclusive, o TCU já realizou apreciação de contratação formalizada pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e recomendou a elaboração de estudos sobre a viabilidade de potencial PPP para precisamente verificar sua eficácia em comparação com a proposta de modelagem original. Embora o conteúdo da decisão não esteja relacionado com a execução de obra ou o fornecimento associado, é aqui citado para ilustrar como os Tribunais de Contas abordam escolhas discricionárias de modelagem contratual por parte da Administração Pública. Vale a transcrição:⁷

31. O TCU não é órgão consultivo da Administração Pública, cabendo ao gestor efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda ao interesse público, para então decidir sobre sua forma de ação. Não pode o Tribunal substituir a Administração na atividade de promover a gestão pública, de modo a dizer previamente qual é a melhor alternativa que o gestor público deve adotar.

32. Por essas razões, julgo suficiente a proposta encampada pela equipe de auditoria no sentido de recomendar à Fiocruz que avalie a conveniência e a oportunidade de outras possibilidades de execução do empreendimento, como, por exemplo, a PPP, fazendo um comparativo entre essas possibilidades e o built to suit.

Sem adentrar o mérito da escolha do gestor público, o TCU entendeu pertinente a realização de estudos acerca da avaliação da economicidade da proposta. A decisão sobre economicidade não se pauta unicamente nos argumentos lógicos apresentados pelo gestor público, mas exige um comparativo com as alternativas possíveis com o objetivo de se evidenciar melhor a vantajosidade da opção eleita pela Administração. Exatamente por isso, como dito anteriormente, não basta analisar eficiências. É preciso analisar as eficiências sob uma perspectiva comparativa das alternativas de modelagem.

No campo da definição do objeto contratual, a necessidade de comparar alternativas de modelagem é amparada legalmente. O já citado art. 40, §3º, inciso I, da Lei n. 14.133/2021 prevê que se afastará o parcelamento quando a Administração Pública verificar que a economia de escala recomenda a compra do item do mesmo fornecedor. Para Juliano Heinen, a disposição trazida pela lei de 2021 torna necessária a decisão fundamentada acerca do parcelamento ou não do objeto.⁸ O art. 4º da Lei n. 11.079/2004 também valida essa exigência de comparação de alternativas, ao estipular as diretrizes

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1555/2017 – Plenário*. Rel. Min. Benjamin Zymler. J. em 19/07/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1555%252F2017/%2520D%2520TREL%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 20 mar. 2025.

⁸ HEINEN, Juliano. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 238.

sobre a verificação das eficiências do projeto concessório quanto ao cumprimento das missões estatais, ao atendimento dos usuários e ao emprego dos recursos públicos.

Tome-se um exemplo para ilustrar a importância da análise de eficiências a partir da comparação de modelagens alternativas. Imagine uma PPP de gerenciamento de serviços de gestão hospitalar em que se discuta a possibilidade de agregar, como objeto do contrato, o fornecimento de materiais, equipamentos e medicamentos. Nesse caso, seria relevante analisar, por exemplo, se os benefícios de se transferir as tarefas de fornecimento de bens ao parceiro privado superariam os benefícios de a própria Administração Pública adquiri-los. Diz-se isso, pois o hospital concedido por meio da PPP poderá se incluir em uma rede com diversas outras unidades de saúde espalhadas pelo território do ente federativo, todas elas com semelhantes demandas por esses mesmos bens. Nesse cenário hipotético, por conta do potencial de economia de escala, as eficiências da aquisição pública dos bens poderiam superar as eficiências de se transferir à parceira privada essa tarefa de aquisição, mediante a ampliação do objeto da PPP hospitalar. Exatamente por isso que o TCU aponta essa estratégia de aquisição pública centralizada de medicamentos em sua cartilha sobre o assunto. Vale a transcrição de trecho:⁹

[...] A gestão da assistência farmacêutica descentralizada e pactuada entre União, estados, municípios e Distrito Federal. Assim, a depender do pactuado e considerando os componentes da Política Nacional de Assistência Farmacêutica, o medicamento é adquirido por um dos entes federativos. De uma maneira geral, medicamentos mais caros ou aqueles em que a economia de escala se faz importante são adquiridos de forma centralizada pela União e distribuídos a estados e municípios, que realizam o armazenamento, a distribuição e a dispensação.

Outro cuidado a ser tomado na análise comparativa das eficiências de um contrato com objeto mais amplo em relação a um contrato com objeto reduzido diz respeito aos potenciais impactos da opção sobre a competitividade da licitação. Quanto mais atividades diferentes forem conjuntamente acopladas em um mesmo objeto contratual, menor será a quantidade de empresas com capacidade para competir efetivamente, já que dificilmente superarão requisitos de habilitação.¹⁰ Não por outro motivo, o art. 40, §2º, III, e o art. 47, §1º, III, da Lei n. 14.133/2021 determinam que, na aplicação do princípio do parcelamento, é preciso considerar a ampliação da competição de modo a se evitar a concentração de mercado.¹¹ Como o processo licitatório é medida para valorização da livre iniciativa e tutela da livre concorrência,¹² a ampliação do objeto necessita ser cotejada quanto aos seus efeitos na constituição de barreiras de entrada. Afinal, quanto maiores as barreiras, menor será a competitividade e menores as chances de se atingir a vantajosidade. Nesse

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Orientação para aquisições públicas de medicamentos*. Brasília: TCU, 2018. p. 10. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/89/E0/DC/81/A5A1F6107AD_96FE6F18818A8/Orientacoes_aquisicoes_publicas_medicamentos.pdf. Acesso em: 20 mar. 2025.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações & contratos: orientações e jurisprudência*. 5. ed. Brasília: TCU, 2024. p. 262.

¹¹ MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo: atos, processos, licitações e contratos*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2024. p. 195.

¹² MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo: atos, processos, licitações e contratos*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2024. p. 178.

contexto, cabe ao gestor analisar as características de cada mercado e a capacidade de os agentes econômicos atuarem em consórcio para fins de atender efetivamente às exigências do edital quanto ao objeto do contrato e à habilitação necessária para disputá-lo.

6 Conclusão

A discricionariedade no tocante à delimitação do objeto dos contratos administrativos deve ser exercida com extrema cautela. Afinal, estipular um objeto mais amplo tem implicações significativas sobre a competitividade nas licitações, as despesas e os custos da Administração com a contratação e sobre as formas de execução obrigacional pelo contratado.

O art. 2º, §2º, da Lei n. 11.079/2004 permite que o objeto da PPP absorva, para além da obra pública ou do serviço público delegado, a execução de obras ou o fornecimento e instalação de bens acessórios pelo parceiro privado. Ao longo do presente artigo, demonstrou-se que: (i) a discricionariedade de ampliação do objeto, conquanto prevista na definição da concessão administrativa, vale para qualquer forma de concessão e (ii) a legislação autoriza a ampliação do objeto, mas não oferece os parâmetros para guiar a Administração Pública na modelagem contratual.

Apesar dessa lacuna, uma interpretação sistemática do ordenamento autoriza sustentar o entendimento de que a ampliação do objeto da PPP com a inclusão de obras ou o fornecimento e instalação de bens acessórios depende da observância do: (i) *requisito da pertinência* entre as várias tarefas que compõem o objeto, como expressão da razoabilidade ou, mais especificamente, da regra da adequação entre meios e fins no âmbito de cada contrato e (ii) o respeito ao dever de análise de eficiências resultantes da união de tarefas no objeto contratual, inclusive numa perspectiva comparativa de alternativas de modelagem contratual.

Na prática, o reconhecimento doutrinário desses dois critérios básicos se destina a: viabilizar a aplicação mais segura do art. 2º, §2º, da Lei n. 11.079/2004 na delimitação do objeto de concessões; orientar a eventual regulamentação do tema, no sentido de contribuir com mais segurança jurídica em favor tanto de órgãos competentes pela modelagem, quanto de agentes econômicos interessados em projetos concessórios, assim como orientar o controle de estratégias de contratação pública, sobretudo por parte dos Tribunais de Contas em sua missão constitucional de exercer a fiscalização operacional e patrimonial da Administração Pública não apenas à luz da legalidade, como também da economicidade e da legitimidade.

Referências

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1988/2016 – Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. J. em 03/08/2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1988%252F2016/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1555/2017 – Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. J. em 19/07/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1555%252F2017/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações & contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 5. ed. Brasília: TCU, 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Orientação para aquisições públicas de medicamentos. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/8ª/E0/DC/81/A5A1F6107AD96FE6F18818A8/Orientacoes_aquisicoes_publicas_medicamentos.pdf. Acesso em: 20 mar. 2025.

HEINEN, Juliano. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Salvador: JusPodivm, 2021.

MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo: atos, processos, licitações e contratos*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2024.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (coord.). *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

MARRARA, Thiago; RENNÓ, Davi Correa; ARAÚJO, Kelly Cristine Canedo. Parcerias público-privadas: requisitos para a inclusão de execução de obras, fornecimento ou instalação de bens como objeto do contrato. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 301-312. ISBN 978-85-450-0925-2.

PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP.

Professor de Direito Administrativo da PUC-SP.

Sumário: 1 Solidariedade social. 2 Solidariedade jurídica. 3 Seguridade social. 4 Serviços públicos. Referências.

1 Solidariedade social

A etimologia da palavra “solidariedade” assenta-se no verbo latino “solido, as, are, avi, atum”,¹ que significa “tornar sólido, consolidar, endurecer”.² “Solidário”, etimologicamente, portanto, advém de “sólido”. No Direito, a palavra ingressou em praticamente todas as línguas ocidentais: *solidarity*, no inglês; *solidarité*, no francês; *solidarität*, no alemão; *solidarietà*, no italiano; *solidariedade*, no português — para se referir a “inter-relação ou interdependência” e “assistência recíproca entre os membros de um mesmo grupo”.³

Apesar de ser considerado um tema eminentemente jurídico, foi bastante explorado na Sociologia. Émile Durkheim apregooou que a “divisão de trabalho” na sociedade tem por efeito moral criar entre duas ou mais pessoas um sentimento de “solidariedade”.⁴ Por meio dela, dois seres dependem um do outro, complementa-se,

¹ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. 17. reimpr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005. p. 733.

² FARIA, Ernesto. *Dicionário Latino-português*. Belo Horizonte: Garnier, 2003. p. 929.

³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 918.

⁴ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 21.

desenvolvem-se em conjunto, consertam seus esforços, em uma palavra, são “solidários”.⁵ Durkheim distingue a “solidariedade negativa” — que não aproxima as pessoas, mas as separa, fazendo com que umas se abstenham em relação às outras, respeitem sua integridade física, sua propriedade etc., que se estabelece para reparar ou prevenir uma lesão — e a “solidariedade positiva” — que estabelece a cooperação entre as pessoas, e, pois, a reciprocidade entre elas, por meio da divisão de tarefas.⁶ Durkheim reconhece que a negativa, na verdade, “não é uma solidariedade verdadeira”, “mas antes o lado negativo de toda espécie de solidariedade”, pois “a primeira condição para que um todo seja coerente é que as partes que o compõem não se choquem em movimentos discordantes”.⁷

O aclamado sociólogo distingue a “solidariedade mecânica” da “solidariedade orgânica”. Para tanto, distingue a “consciência individual”, própria do indivíduo, inerente à sua personalidade, e a “consciência coletiva”, própria da “sociedade que vive em nós”, comum a nós e ao grupo inteiro. A solidariedade que decorre de nossas semelhanças se intensifica quanto mais a consciência coletiva toma o lugar da individual. Durkheim chama-a de “mecânica” não porque ela é “artificial”, mas porque a coesão que ela pressupõe se assemelha à coesão de corpos brutos, como as partes de uma máquina, de modo que a pessoa passa a ser uma “coisa de que a sociedade dispõe”.

Bem diversa — afirma Durkheim — é a solidariedade orgânica, fruto da divisão do trabalho, em que a personalidade individual não é absorvida pela personalidade coletiva, mas é plenamente preservada. Há, pois, uma solidariedade que decorre de nossas dessemelhanças, que respeita a personalidade de cada um, a esfera própria de cada indivíduo, na qual a “individualidade do todo aumenta ao mesmo tempo que a das partes; a sociedade torna-se mais capaz de se mover em conjunto, ao mesmo tempo em que cada um de seus elementos tem mais movimentos próprios”.⁸ Em suma, por meio da solidariedade orgânica há o convívio da personalidade com a solidariedade, da consciência individual com a consciência coletiva, sem que uma não suprima a outra. Este estudo, porém, não é um estudo sociológico. Busca-se aqui examinar a faceta jurídica da solidariedade.

2 Solidariedade jurídica

É evidente que não existe sociedade sem algum tipo de solidariedade, de modo que a coesão entre os indivíduos é um tema necessário para quem a estuda. Pretende-se, porém, examinar o tema sob outro viés: o jurídico. É sempre oportuna a lição de Ataliba Nogueira: “o Estado é meio e não fim”, vale dizer, o Estado não existe como um fim em si mesmo.⁹ Em assonância a essa ideia, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Para este estudo, é

⁵ Idem, p. 27-28.

⁶ Idem p. 90-100.

⁷ Idem, p. 95.

⁸ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*, op. cit., p. 108.

⁹ “O estado não é fim do homem; sua missão é ajudar o homem a conseguir o seu fim. É meio, visa à ordem externa para a prosperidade comum dos homens”. (NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 154).

de suma importância o estabelecido no inciso I: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. O Estado Brasileiro, portanto, tem como grande objetivo fundamental, como sua razão de ser, dentre outros, “construir uma sociedade solidária”. O dispositivo, portanto, pressupõe sociedades não solidárias e sociedades solidárias. Mais: pressupõe que a sociedade brasileira não era solidária. Se já o fosse, não faria sentido ter o objetivo de construí-la. Da própria literalidade constitucional se extrai que a sociedade brasileira não era solidária e é missão do Estado brasileiro construir uma que o seja.

É interessante fazer referência aos outros objetivos fundamentais, discriminados no referido art. 3º: “garantir o desenvolvimento nacional” (inciso II), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). É fundamental perceber que, apesar de haver uma autonomia conceitual entre os objetivos, existe também uma ligação entre eles. Uma sociedade marcada pela pobreza e pela marginalização e com profundas desigualdades sociais e regionais não é uma sociedade justa. Outrossim, é praticamente impossível “erradicar” — do verbo latino “eradico, as, are, avi, atum”, que significa “desarraigir”, “destruir”, “eliminar”¹⁰ — a pobreza e a marginalização sem solidariedade. Perceba-se: o Estado brasileiro tem por missão eliminar, extirpar, aniquilar a pobreza; para conseguir se desincumbir desse objetivo, tem outro, construir uma sociedade solidária. São objetivos diferentes, mas um é, propriamente, pressuposto para o outro: como tem que constituir uma sociedade justa, tem que acabar com a pobreza e a marginalização e reduzir a desigualdade; como tem que fazê-lo, tem que construir uma sociedade solidária.

Toda sociedade pressupõe alguma coesão entre os indivíduos e, pois, algum grau de solidariedade. A Constituição brasileira, porém, diferenciou dois tipos de sociedades: as não solidárias e as solidárias, e considerou a brasileira não solidária. É, pois, necessário que essa questão fique bem clara: ainda que as pessoas, em uma sociedade, se relacionem entre si, tendo em vista a divisão do trabalho social apreçoada por Durkheim, é possível que sejam bastante indiferentes uma às outras. Relacionam-se organicamente, na medida de suas próprias necessidades, mas com ênfase na individualidade, com desprezo ao outro. Nesse contexto não solidário, o sofrimento do outro — se ele passa fome, se não tem condições de resguardar sua dignidade —, regra geral, é indiferente aos indivíduos. É possível que indivíduos, cristãos, nesse contexto, sensibilizem-se com os pobres e resolvam ajudá-los, a partir de uma iniciativa individual. A “ajuda aos pobres”, em uma sociedade não solidária, decorrerá da “caridade” — do substantivo latino “caritas, tatis”, que significa “amor”¹¹ —, e não da solidariedade, vale dizer, decorrerá de uma iniciativa individual, não social.

O Constituinte teve razão ao considerar a sociedade brasileira uma sociedade não solidária: o Relatório do Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) atribuiu ao Brasil, em 2022, a 89ª posição de 193 países analisados, na classificação do índice de desenvolvimento humano (IDH).¹²

¹⁰ Cf. FARIA, Ernesto. *Dicionário Latino-português*, op. cit., p. 353.

¹¹ Cf. FARIA, Ernesto. *Dicionário Latino-português*, op. cit., p. 164.

¹² PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano. Relatório do Desenvolvimento Humano 2023/2024. Disponível em: <https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2023-24reportpt.pdf>. Acesso em: 27 set. 2024.

Ainda que haja muitos Estados em situação pior que a brasileira, o IDH brasileiro é, inequivocamente, baixo, indicando que a sociedade é socialmente pobre. Aliás, é de conhecimento de todos que a sociedade brasileira é marcada por profunda desigualdade social. Segundo o IBGE, em 2023 cerca de 3,2 milhões de domicílios brasileiros passaram por privação quantitativa de alimentos, que atingiram não apenas os membros adultos da família, mas também suas crianças e adolescentes.¹³ Por mais que a sociedade brasileira seja majoritariamente cristã, o fato é que a caridade não foi — e não está sendo — suficiente para concretização da justiça social. A sociedade, ainda hoje, é bastante pobre, com altos índices de marginalização e profunda desigualdade social. Por força disso, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução da desigualdade, na ordem jurídica brasileira, não foi deixada ao crivo da individualidade dos brasileiros, da caridade de cada qual, que já se mostrou historicamente ineficaz. Ela deve ser enfrentada pela própria sociedade, pela solidariedade social, mas a obtenção desta não foi deixada à voluntariedade dos indivíduos.

A CF/88 exige que a sociedade mude: que seja erradicada a pobreza e a marginalização, que seja reduzida a desigualdade. Eis a face jurídica da solidariedade: é missão do Estado brasileiro construir uma sociedade solidária. Ainda que a sociedade espontaneamente não o seja, deverá sê-lo por atuação do Direito. Trata-se de uma imposição constitucional. Pelo Direito, cabe ao Estado impô-la. Para tanto, a Constituição dotou o Estado de mecanismos necessários para construir uma sociedade solidária. Passa-se, à voo de águia, a abordar os principais mecanismos.

3 Seguridade social

A Constituição brasileira erigiu, com bastante cuidado, um sistema de seguridade social, alicerçado em três pilares: a saúde, a previdência e a assistência social.¹⁴ A seguridade, como assinala Wagner Balera, “é o instrumento de que se vale o Estado para fazer funcionar — compulsoriamente (já que se cuida de um instrumento jurídico) — a solidariedade social”.¹⁵ É interessante observar que a Constituição não impôs apenas ao Estado o dever de implementar esse sistema, mas também à própria sociedade.¹⁶ É o que dispõe expressamente o *caput* do art. 194: “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Assim, não é apenas de iniciativa do Poder Público, é do “Poder Público e da sociedade”.

A saúde é, talvez, o tema em que a solidariedade tenha sido mais claramente concretizada. Antes de 1988, o direito à saúde não era assegurado a todos. Quem não pudesse pagar serviços privados de saúde só era atendido nos hospitais públicos se fosse segurado da previdência social. Quem não era empregado, vale dizer, possuidor de vínculo empregatício formal, ou não contribuía voluntariamente à previdência,

¹³ IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua: segurança alimentar – 2023. Rio de Janeiro: IBGE, 2024. p. 7. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102084.pdf>. Acesso em: 27 set. 2024.

¹⁴ Sobre esse sistema, por todos: BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 13.

¹⁵ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 60.

¹⁶ Cf. DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 64.

simplesmente não era atendido nos hospitais públicos. Tratava-se da mais absoluta falta de solidariedade: a sociedade brasileira negava tratamento de saúde aos pobres. A CF/88, felizmente, mudou esse quadro: assegurou o direito à saúde a todos, garantindo acesso universal, igualitário, gratuito e integral.¹⁷ Enfatiza-se: exigiu que o Estado preste, gratuitamente, o serviço a todos. Por evidente, esse atendimento gratuito tem um custo e a sociedade deve arcar com ele. Perceba-se: deve ser solidária por imposição jurídica. Algum brasileiro pode pensar: “não quero financiar o sistema público de saúde, tenho dinheiro para pagar um bom plano de saúde para mim e para minha família, e não me importa que outro brasileiro esteja doente e não tenha condições de ter um plano de saúde”. Esse brasileiro deverá arcar com tributos suficientes para o financiamento do SUS, ainda que não queira. O direito lhe obriga a ser solidário.

O segundo tripé da seguridade social é a previdência social. Estabeleceu o Constituinte um denso sistema de previdência para resguardo da dignidade de quem não possa mais trabalhar, ou em decorrência de velhice ou de doença. Esse sistema vem sendo amesquinhado por uma série de reformas constitucionais (Emendas 20/98, 41/03 e 103/19). O projeto constitucional originário de construir uma sociedade solidária vem sofrendo profundos ataques. Com pena de ouro, Vidal Serrano Nunes Júnior observa que a supressão de um benefício social “não pode estar alicerçada em opções orçamentárias do agente político, mas fundamentalmente na ideia de preservação (necessária, por exemplo, face a eventual mudança da realidade) ou de ampliação do bem-estar das pessoas envolvidas”.¹⁸ Por força do princípio da vedação do retrocesso social — afirma Nunes Júnior — “eventual supressão de prestação social deve ou preservar ou aumentar o bem-estar até então propiciado”.¹⁹ Logo, se o povo eleger parlamentares avessos à solidariedade social, e estes aprovarem Emendas constitucionais contrárias ao objetivo originário de construção de uma sociedade solidária, as Emendas serão inválidas. A solidariedade não apenas foi juridicamente imposta como foi petrificada.

O terceiro tripé da seguridade é a assistência social. O inciso V do art. 203 assegurou o pagamento de um salário-mínimo a idosos e deficientes físicos que não possuam meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. Perceba-se: ainda que individualmente as pessoas sejam indiferentes aos deficientes físicos e idosos em situação de vulnerabilidade, a CF impôs à sociedade a solidariedade: o pagamento de tributos proverá as receitas necessárias ao pagamento do salário-mínimo constitucionalmente garantido. Ao contrário do que houve com a seguridade, o Reformador da Constituição contribuiu para reforçar a assistência social: a Emenda 114/21 inseriu o inciso VI ao art. 203 para impor, de modo expresso, a solidariedade também com as pessoas em situação de pobreza ou extrema pobreza. Não se trata, é bom enfatizar, de uma opção política dos agentes eleitos, de um programa partidário: trata-se de uma imposição constitucional.

¹⁷ Sobre o tema, por todos: DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*, op. cit., p. 71-76.

¹⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 122.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

4 Serviços públicos

Na Europa Continental, com a assinatura do Tratado da União Europeia, os signatários resolveram transformar os serviços públicos em “public utilities”, ou seja, em atividades não mais de titularidade estatal, sujeitas a obrigações especiais em decorrência de sua importância social.²⁰ No Tratado de Lisboa, que alterou o Tratado da União Europeia, os europeus voltaram a admitir serviços de titularidade estatal, mas, apesar disso, a retomada do conceito, no contexto europeu, após tanto esforço doutrinário para afastá-lo, não está sendo fácil.²¹ Muitos políticos e juristas brasileiros tentaram implementar essa transformação no Brasil: apregoaram que o Estado não deveria mais prestar serviços públicos ou explorar diretamente a atividade econômica, mas se limitar a ser um árbitro das relações privadas. Difundiu-se, com força, a Teoria do Estado Regulador.²² Apesar da defesa apaixonada de muitos,²³ a teoria é absolutamente incompatível com a Constituição brasileira: ao contrário das europeias, a brasileira impõe ao Estado a prestação de vários serviços públicos e prevê expressamente a exploração estatal direta da atividade econômica. Logo, não basta a regulação, exige densa intervenção estatal.²⁴ Por evidente, sendo mero árbitro, o Estado não cumprirá seu objetivo fundamental de erradicar a pobreza e a marginalização.

Muito oportunas as palavras de Ignacio Ramonet: “os serviços públicos são o patrimônio de quem não tem patrimônio”.²⁵ Quem tem condições de comprar um automóvel e supri-lo de combustível não precisa do serviço de transporte coletivo; quem tem condições de pagar escola privada para seus filhos não precisa do serviço público de educação; quem tem condições de pagar por um plano privado de saúde não precisa do serviço público de saúde. Mas quem não tem condições de pagar não conseguirá se deslocar quando necessita, não terá como garantir educação para seus filhos, saúde para si e sua família se não houver serviços públicos. Ainda que muitos que tenham condições queiram fechar os olhos para quem não tenha, o Direito lhes obriga a ser solidários. Deverão pagar tributos suficientes para que os serviços públicos sejam continuamente prestados a todos que deles necessitem.

A consagração constitucional do princípio da solidariedade deve guiar a compreensão do direito infraconstitucional: a ideologia da Constituição vincula a compreensão

²⁰ Sobre o tema, v. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 164 et seq.

²¹ Idem, p. 179-180.

²² Por todos, a teoria é didaticamente explicada por Jacques Chevallier: o Estado, segundo ela, não é mais um ator, mas um árbitro, do jogo econômico, limitando-se a estabelecer regras aos agentes econômicos e a se esforçar para harmonizar suas ações (*L'état régulateur*, *Revue française d'administration publique*, n. 111, p. 473-482, 2004. p. 477-478).

²³ Em entrevista concedida à RDAI, o Prof. Adilson Abreu Dallari afirmou expressamente que, para ele, a Constituição de 1988 é compatível com a teoria do Estado regulador (DAL POZZO, Augusto Neves; DALLARI, Adilson Abreu; MARTINS, Ricardo Marcondes. Entrevista com Adilson Abreu Dallari. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 359-380, abr./jun. 2018. p. 369-371).

²⁴ Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2023, p. 211 et seq.

²⁵ RAMONET, Ignacio. *O mercado contra o Estado*. Tradução de Emir Sader. Disponível em: <https://vermelho.org.br/2007/01/28/ignacio-ramonet-o-que-e-a-globalizacao/>. Acesso em: 30 set. 2024.

de todo o ordenamento jurídico.²⁶ Nos termos do inciso II do §3º do art. 6º da Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/1995), o serviço público pode ser interrompido por inadimplemento do usuário. Por evidente, não é compatível com a Constituição considerar que o Estado brasileiro só assegura água potável a quem tiver dinheiro para pagar a tarifa. Quem não tiver dinheiro, dirão os não solidários: que morra de sede. Essa interpretação é obviamente incompatível com o princípio da solidariedade. Impõe-se, portanto, uma interpretação conforme ao referido dispositivo: só é válida a interrupção de serviços públicos essenciais se a concessionária demonstrar a má-fé do usuário, vale dizer, que o usuário, tendo condições de arcar com a tarifa, intencionalmente não a pagou.²⁷ Interrupção de serviços sociais pelo inadimplemento, sem prova da má-fé do usuário, é inconstitucional por manifesta ofensa ao princípio da solidariedade.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- CHEVALLIER, Jacques. "L'état régulateur", *Revue française d'administration publique*, n. 111, p. 473-482, 2004.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*. 2. ed., 17. reimpr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.
- DAL POZZO, Augusto Neves; DALLARI, Adilson Abreu; MARTINS, Ricardo Marcondes. Entrevista com Adilson Abreu Dallari. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 359-380, abr./jun. 2018.
- DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- FARIA, Ernesto. *Dicionário Latino-português*. Belo Horizonte: Garnier, 2003.
- IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua: segurança alimentar – 2023. Rio de Janeiro: IBGE, 2024. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102084.pdf>. Acesso em: 27 set. 2024.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2023.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Hermenêutica constitucional. *Revista de direito administrativo e infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 83-142, out./dez. 2023.
- NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. São Paulo: Saraiva, 1955.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009.

²⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Hermenêutica constitucional. *Revista de direito administrativo e infraestrutura – RDAI*. São Paulo, ano 7, n. 27, p. 83-142, out./dez. 2023. p. 104-112.

²⁷ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 288.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano. Relatório do Desenvolvimento Humano 2023/2024. Disponível em: <https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2023-24reportpt.pdf>. Acesso em: 27 set. 2024.

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

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da solidariedade no direito administrativo brasileiro. *In*: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 313-320. ISBN 978-85-450-0925-2.

A CONSENSUALIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA LEI N. 14.133/2021, JURIMETRIA E ABORDAGENS TECNOLÓGICAS

ANETE MARQUES PENNA DE CARVALHO

Advogada e Procuradora do Estado do Pará.
Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa (Portugal).

MARCIO AUGUSTO MOURA DE MORAES

Advogado e Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Pará.
Mestrando em Direito pelo Instituto de Direito Público (IDP).

Sumário: 1 Introdução. 2 Meios Consensuais de Solução de Conflitos Aplicados aos Contratos Administrativos e Benefícios que geram para a Administração Pública. 2.1 Consensualidade na Administração Pública em Geral e nas Contratações Públicas. 3 Uso das Novas Abordagens Tecnológicas para a Promoção dos Meios Consensuais de Resolução de Controvérsias na Nova Lei de Licitações. 3.1 Jurimetria. 3.2 Inteligência Artificial (IA). 3.3 Resolução de Disputas *OnLine* (ODRs). 4 Conclusões. Referências

1 Introdução

Em 2025, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) completa meio século de uma trajetória marcada pela excelência acadêmica e pelo fortalecimento do Direito Administrativo no Brasil. Sob a brilhante liderança da Professora Cristiana Fortini, a atual diretoria tem desempenhado um papel essencial na integração de administrativistas de todas as regiões do país, promovendo um ambiente plural e inclusivo, em que o debate jurídico se enriquece com a diversidade de perspectivas e experiências.

Essa ampla integração, conectando administrativistas de norte a sul do país, somente se tornou viável graças aos avanços tecnológicos que reduziram distâncias e transformaram a difusão do conhecimento jurídico. As inovações tecnológicas, que hoje permeiam o cotidiano acadêmico e profissional, também se refletem diretamente no uso da tecnologia como ferramenta de modernização e otimização da gestão pública, objeto central deste artigo.

A Administração Pública, antes vista como um ente superior perante a sociedade, com a obrigação de defender, a todo custo, os princípios da supremacia e da indisponibilidade dos interesses públicos, fazia com que qualquer direito não pudesse ser objeto de negociação consensual.

Porém, já há algum tempo, meios consensuais têm ganhado destaque na solução de conflitos, como forma de preservar os interesses do Estado e também os do usuário de serviço público, do contribuinte e do cidadão em geral.

Em compasso a essa tendência menos litigiosa, o processo de atualização tecnológica tem direcionado gestores, Advogados Públicos e outros operadores do Direito a compreender quais são as questões mais importantes a órgãos e entidades públicas e em quais áreas a atuação precisa ser prioritária. Com a identificação das principais recorrências, propõe-se uma mudança de postura para evitar tempo perdido, esforço desmedido e a própria judicialização. Busca-se, em verdade, um processo de qualificação de todo o sistema para diminuir a litigiosidade, identificando aquilo que não é necessário chegar ao Poder Judiciário.

Com o fácil acesso à informação no mundo digital, o diferencial dos atores jurídicos está no desenvolvimento de habilidades que permitam inovação e atuação mais ágil e eficiente.¹

Significa dizer, então, que os filtros trazidos pelo uso da tecnologia da informação favorecem a especialização do desempenho laboral, sabendo quando os núcleos de atuação podem, e devem, se dedicar, por exemplo, aos instrumentos de consensualidade e quando não é recomendável.

A implementação da tecnologia digital está gerando uma mudança radical no modo de lidar com conflitos, seja no âmbito público ou privado.² Nesse sentido a utilização de algoritmos poderá auxiliar na negociação entre as partes.

Daí surge a Jurimetria, como meio matemático e estatístico hábil e eficaz à identificação das questões e aspectos jurídicos que fazem jus à judicialização. É um trabalho de garimpo, de separação do joio do trigo, fundamentado em dados empíricos que direcionarão à melhor atuação pública.

Consoante ensina Marcelo Guedes Nunes, para a Jurimetria, é no plano concreto que o Direito se revela, sendo a lei apenas um dos fatores capazes de influenciar no processo de concretização das normas. Por esta razão, o Direito não pode ser visto

¹ FEIGELSON, Bruno; SASSON, Jean Marc. A advocacia 4.0 é novo normal. In: FEIGELSON, Bruno; RAVAGNANI, Giovanni; BECKER, Daniel (coord.). *O Fim dos Advogados? Estudos em Homenagem ao Professor Richard Susskind*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 2, p. 24-30, 2021.

² NUNES, Dierle; MALONE, Hugo. O Uso da Tecnologia na Prevenção Efetiva dos Conflitos: Possibilidades de Interação entre *Online Dispute Resolution*, *Dispute System Design* e Sistema Público de Justiça. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (coord.) *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 123-145.

apenas como um conjunto de normas, mas sim observado como um aparato de solução de conflitos, no qual desempenha um papel importante, mas não suficiente.³

A cartilha do CNJ, coordenada pelo citado autor, aponta que a Jurimetria, alinhada ao fenômeno da consensualidade, busca se afastar das extensas teses jurídicas de convencimento, para, com isso, e por meio de uma metodologia quantitativamente estatística, de análise simples e direta, alcançar provisões mais eficientes e positivas, com base no planilhamento de números, aplicados a estudos de casos concretos. Isso tudo torna a decisão mais célere e fundamentada em uma negociação entre as partes, pois identifica as causas do conflito e a existência de padrões em sua ocorrência, com o objetivo de projetar soluções.⁴

A análise e parametrização de uma grande quantidade de dados do passado pode ofertar horizontes promissores, possibilitando novas abordagens embasadas em dados e estudos empíricos metodologicamente rigorosos que permitam dar passos em prol de uma aplicação do Direito correta, legítima e eficiente.⁵

É certo que estudos de dados do passado contribuíram na inserção de meios alternativos de resolução de conflitos na Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei n. 14.133/2021 – com instrumentos antes não previstos na Lei n. 8.666/1993. Todavia, importante que o uso da Jurimetria, ao analisar o Direito por meio de métodos estatísticos, tenha um olhar não apenas para o passado, mas também no cotidiano, de modo a favorecer o profissional no emprego de novas formas de resolução de conflitos, em especial aquelas que empregam ferramentas tecnológicas, como o *ODR (online dispute resolution)*.

Nesse cenário é possível observar uma mudança de paradigma na Administração Pública a partir da ampliação da utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, inclusive em contratos administrativos em andamento. A nova abordagem prima pelo princípio da eficiência na busca da decisão mais vantajosa, pautada, de um lado, na maior economicidade e efetividade e, de outra banda, o respeito aos direitos do contratado.

Tudo isso segue tendência de adequação às mudanças no sistema brasileiro para solução de conflitos, que perdeu o caráter unidimensional. Pretende-se aqui, portanto, sugerir que a promoção de meios integrados de solução dos conflitos possa ter sua eficiência ampliada por meio da Jurimetria e sua associação com abordagens tecnológicas, com maiores chances de oferecer resultados efetivos.

A Administração Pública está passando por uma transformação significativa com a adoção crescente de meios consensuais para resolução de conflitos. Isso reflete uma mudança de paradigma, afastando-se da cultura da judicialização e aproximando-se de uma abordagem mais colaborativa e eficiente. A utilização de tecnologias, como a Jurimetria, permite uma análise mais precisa dos conflitos, facilitando soluções mais

³ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 109.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário*. Coordenação de Marcelo Guedes Nunes [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. (Série Justiça e Pesquisa). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8aab4515becd037933960ba8e91e1efc.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2025.

⁵ NUNES, Dierle. AMARAL DUARTE, Fernanda. Jurimetria, Tecnologia e Direito Processual. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (coord.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 465-505.

rápidas e economicamente viáveis. Essa tendência é crucial para aliviar a pressão sobre o Poder Judiciário e melhorar a relação entre o Estado e os cidadãos.

A pesquisa utilizará abordagem qualitativa, combinada com análise estatística, para examinar a aplicabilidade dos meios consensuais na Administração Pública. Além disso, será realizada uma revisão bibliográfica para compreender as bases legais e teóricas que sustentam essa abordagem, visando avaliar a eficácia dos meios consensuais na resolução de conflitos administrativos, identificar o papel da tecnologia, como a Jurimetria, na otimização desses processos, com foco na aplicação dessas abordagens na Administração Pública.

2 Meios consensuais de solução de conflitos aplicados aos contratos administrativos e benefícios que geram para a administração pública

Os meios consensuais de solução de conflitos têm se consolidado como ferramentas essenciais para a pacificação social e a eficiência administrativa. Além de desafogar o Judiciário, promovem maior segurança jurídica, reduzem custos e garantem o cumprimento dos contratos. O uso crescente dessas práticas demonstra um avanço na postura do Estado, que se torna mais conciliador e dialoga melhor com a sociedade.

Entre as espécies do gênero, encontram-se a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem e, mais recentemente, o *dispute resolution board*, previsto na Lei n. 14.133/2021 (arts. 138 e 151 a 154).

Didaticamente, a negociação pode ser compreendida, em um sentido amplo, como o gênero que abrange todos os meios de solução de conflitos fundamentados no diálogo direto entre as partes envolvidas. Em uma acepção mais restrita, a negociação caracteriza-se pela ausência da intervenção de um terceiro.⁶

A conciliação é ferramenta importante para autocomposição de conflitos, amplamente utilizada nos Juizados Especiais Cíveis, foi reforçada pela Lei n. 13.994/2020 que permite a conciliação não presencial. Nesta modalidade, a relação de interesses é administrada por um conciliador imparcial indicado ou aceito pelas próprias partes, com competência para aproximá-las e controlar as negociações, com sugestão e formulação de propostas, assim como com apontamentos de vantagens e desvantagens.

Por sua vez, a mediação, tal como a conciliação, requer a interação de um terceiro. Por exigir a gestão do conflito pelas próprias partes, não comporta interferência direta do mediador, cujo papel restringe-se ao auxílio da comunicação entre os envolvidos, para que juntos possam, com autonomia e solidariedade, encontrar a solução adequada ao litígio.

Na arbitragem, elege-se um terceiro que conduzirá a demanda de maneira incisiva, a proferir uma decisão vinculativa às partes, por ele devidamente fundamentada com base nos fatos postos a exame arbitral.

A ampliação do uso da mediação e da arbitragem ocorreu em meados de 2015 com a Lei n. 13.140/2015 e a Lei n. 13.129/2015 (que alterou a Lei de Arbitragem – Lei

⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96*. 4. ed. rev. atuali., ampl. Barueri/SP: Atlas, 2023.

n. 9.307/1996), respectivamente, consolidando a autocomposição dos conflitos no âmbito da Administração Pública.

Por fim, não obstante a previsão dos *dispute boards* em alguns contratos,⁷ o surgimento recente de normas sobre a utilização deste mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro, vem também contribuindo para essa consolidação da autocomposição nos contratos administrativos.⁸

Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Resolution Boards – DRBs) são mecanismos adotados na Administração Pública para prevenir e solucionar conflitos em contratos, especialmente aqueles de grande vulto.

Compostos por profissionais independentes e especializados, esses comitês acompanham todas as etapas da execução contratual, garantindo decisões ágeis e técnicas. Sua aplicação tem sido tradicionalmente mais frequente em contratos de construção, mas vem se expandindo para outras áreas, com possibilidade de seguir normas institucionais ou regras próprias estabelecidas no contrato.

Podem, também, funcionar de forma *ad hoc*, sendo formado quando da ocorrência de um conflito até o esgotamento dos procedimentos para sua resolução.

O método é utilizado pela Administração Pública para fazer o assessoramento de contratos de grande vulto, referentes a obras e serviços de grande porte. Não obstante uma maior utilização do instituto em contratos de construção, pode-se observar cada vez mais a sua incidência em contratos de outras naturezas. Já é prática a previsão desses comitês nos contratos de parcerias, apesar de não existir norma geral que preveja especificamente tal instituto.

Tais comitês tanto podem se reportar a regras de alguma instituição especializada – como câmaras de mediação e arbitragem – como podem ter suas regras regulamentadas pelo contrato, em anexo próprio.

Por fim, os comitês têm por objetivo dirimir conflitos e devem estar previstos no edital e no contrato, levando em consideração as especificações contratuais e a natureza do conflito em questão. Poderão ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, a depender dos poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo celebrado, sendo possível que as decisões proferidas pelos comitês com poderes de adjudicação sejam submetidas à jurisdição judicial ou arbitral em caso de inconformidade de uma das partes. A aplicação de métodos consensuais no Brasil deve seguir tendências de outros países que conseguiram reduzir o estoque da Justiça que multiplicaram os modos de resolução de conflitos.⁹

Nota-se um intenso e reiterado esforço no campo jurídico à adoção, com cada vez mais frequência, de meios consensuais de solução de conflitos entre Administração

⁷ Inicialmente, a previsão do instituto se deu em função da celebração de contratos com recursos de instituições internacionais como o Banco Mundial, cujas normas internas assim determinavam.

⁸ Vide Lei n. 14.133/2021 que reconhece a importância dos *dispute boards* em contratos administrativos de longa duração ou grande vulto, permitindo a constituição de comitês para resolver controvérsias durante a execução do contrato. Vide também Lei Federal n. 8.987/1995, que autoriza o uso de mecanismos privados de resolução de disputas em contratos de concessão.

⁹ Nos EUA a informalização tem encontrado terreno fértil em todos os ramos do Direito, multiplicando-se os modos informais de elaboração das decisões e de resoluções de conflitos. No terreno do procedimento administrativo, importa sublinhar que essa informalização não se confunde com a figura dos “informal procedures”, previstas no Administrative Procedure Act (APA). Para designar esta última, podemos recorrer à fórmula informalização “impura”, porquanto, na verdade, estamos perante procedimentos menos formalizados.

Pública e particulares. E com isso aposta-se no amadurecimento do Estado como negociador e conciliador, estabelecendo canais de participação e interlocução com representantes da sociedade, tendo em vista que o estímulo à solução das controvérsias no âmbito administrativo é de suma importância para a pacificação social e para desafogar o Judiciário, além de elevar a credibilidade das atuações da Administração Pública e satisfação do administrado.

A consensualidade, portanto, apresenta-se como instrumento característico da Administração Pública moderna, que valoriza a interlocução com os diversos grupos sociais e inclui os cidadãos no processo de qualificação do interesse público, além de inserir a cultura do diálogo no seu relacionamento com a sociedade.

É indubitável a existência de elementos no direito brasileiro que conduzem a práticas de resolução consensual, demonstrando a inegável tendência em inserir a cultura de forma legítima de consenso na atuação administrativa contemporânea.

São inúmeros os benefícios trazidos por esses meios de resoluções de controvérsias, pois são instrumentos de rápida superação de conflitos afetos à execução de contratos, prevenindo disputas judiciais demoradas e desnecessárias, e com isso, promover a redução de custos e a observância do cronograma e das demais cláusulas contratuais.

Inevitável o reconhecimento de ganhos de segurança jurídica e eficiência com a adoção dos meios alternativos de soluções de conflitos previstos hoje na Lei n. 14.133/2021, pois trazem a celeridade do processo, a tecnicidade da decisão e a solução de continuidade para o contrato.

2.1 Consensualidade na administração pública em geral e nas contratações públicas

A ideia de que a Administração Pública é apenas aplicadora das leis é anacrônica e ultrapassada. O agente público possui hoje um dilatado campo para exercer sua função formadora de situações concretas, não se limitando à mera execução de atos.

Reconhece-se que as possibilidades de soluções consensuais são, a princípio, mais reduzidas por estarem inseridas em um contexto de Direito Público. Deve-se adotar essa solução alternativa quando esta se apresentar menos prejudicial ao bem comum.

Estando o agente público diante de uma alternativa que leve ao melhor interesse público possível, é poder/dever do administrador optar pela via transacional, mesmo sabendo que pode sofrer questionamentos por parte de órgãos de controle.

Importante que a adoção dos meios de solução de conflitos traga eixos precisos e linhas de solução balizadoras que poderão ser consideradas em demais casos análogos. Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende que a consensualidade é essencial em um Estado democrático, promovendo a legitimidade das decisões públicas e a eficiência na resolução de conflitos. Argumenta ainda, o mesmo autor, que atuação consensual permite uma melhor harmonia entre interesses públicos e privados, reduzindo a judicialização e aumentando a eficácia da administração pública.¹⁰

Nesse sentido, a instituição de medidas públicas deve se pautar, sobretudo: na diminuição das litigiosidades administrativa e judiciária, com promoção e estímulo

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 348.

de ações autocompositivas, para fins de resolução de conflitos e pacificação social e institucional; na redução do dispêndio de recursos públicos na instauração, condução e conclusão de processos administrativos e judiciais, de maneira que os custos não superem o potencial benefício decorrente dos prognósticos dos seus resultados (Jurimetria); na ampliação do diálogo e da publicidade dos atos administrativos, com vistas ao fomento da cultura consensual, participativa e transparente na busca por soluções negociadas exitosas; e no fortalecimento de uma Administração Pública instrumentadora de políticas e de planos fomentadores de justiça.

Isso porque a resolução dos litígios pelos meios consensuais, quando analisada como vantajosa diante do custo-benefício, permite externalidades positivas, tais como: atendimento às exigências de legitimidade da decisão administrativa; pretensa desburocratização dos procedimentos decisórios; efetividade, dados os resultados qualificados e ante a aceitação dos agentes envolvidos.¹¹

Com efeito, sob a égide dos princípios da imparcialidade, celeridade, economicidade, oralidade, formalidade moderada, proporcionalidade, isonomia, paridade de armas, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, boa-fé, lealdade e garantia do contraditório e da ampla defesa, pretende-se alcançar a lógica da eficiência, almejada pelo Estado gerencial, bem como o fortalecimento da predisposição na adoção, em âmbito público, dos meios consensuais de solução de conflitos.

Não à toa a Administração Pública deve valorizar e privilegiar o uso de métodos consensuais à solução de situações que envolvem os interesses públicos, seja por serem mais democráticos, seja porque conduzem ao dinamismo, de forma a produzir o aperfeiçoamento do diálogo e das transações envolvendo o Poder Público e os administrados, pelo que alcança o contentamento das partes, e, via de consequência, reduz os litígios.¹²

Especificamente quanto aos contratos administrativos, admitir a utilização dos meios consensuais de solução de conflitos nessa área possibilita que os interesses do contratado sejam levados em consideração no momento da alteração/aditamento contratual, de forma a evitar prejuízos e proporcionar uma maior segurança jurídica às partes e, consequentemente, à própria execução contratual.

Flávio Amaral Garcia enfatiza a importância da mutabilidade nos contratos administrativos, destacando ser uma característica intrínseca dos contratos que devem ser preparados para lidar com mudanças econômicas, financeiras, técnicas e políticas ao longo de sua execução.¹³ Assim, é possível observar uma mudança de paradigma na Administração Pública, a qual sempre se pautou pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, e que a partir da ampliação do uso dos meios

¹¹ NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Márcilio da Silva. Contrapesos de uma administração pública consensual: legalidade *versus* eficiência. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maio/jun., p. 49-77, 2017.

¹² BATISTA, Larissa Pereira; SUCUPIRA, Grazielle Isabele Cristina Silva. Os métodos consensuais de resolução de conflitos aplicados à nova lei de licitações e contratos administrativos. *Research, Society and Development*, São Paulo, v. 11, n. 5, 2022. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/28037>. Acesso em: 11 jul. 2023.

¹³ GARCIA, Flávio Amaral. *A Mutabilidade nos Contratos de Concessão*. 2. ed. São Paulo: JusPODIVM: Malheiros, 2023.

consensuais de solução de conflitos, inclusive em contratos administrativos, demonstra um novo panorama público, cujo prisma sopesa os direitos de ambas as partes.¹⁴

É fundamental entender por que a consensualidade ainda não se consolidou nas contratações públicas no Brasil. Os desafios jurídicos existentes precisam ser superados para que os agentes públicos possam tomar decisões mais eficientes e razoáveis, sem se limitar à legalidade estrita.¹⁵

Posturas dotadas de preconceitos fruto de uma cultura burocrática e ortodoxa, servem de obstáculos à possibilidade de celebração de acordos pela Administração, inclusive porque não são incomuns penalizações (ou ao menos imputações) aos agentes públicos que buscam soluções fora da estrita legalidade.

A legislação contemporânea busca abdicar do conservadorismo para alcançar um aumento ao acesso à justiça por meio da utilização dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. Com o passar dos anos, novas leis e atos infralegais foram sendo editados em um movimento de ampliação dos instrumentos de consensualidade disponíveis à Administração Pública brasileira, como as alterações trazidas pela LINDB (Lei n. 13.655/2018) com disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, estabelecendo um novo regime jurídico de negociação com a Administração que pode ser considerado um permissão genérico para que a Administração Pública celebre acordos.

A indicação do conteúdo mínimo que os compromissos firmados pela Administração devem conter, prevista no Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta a LINDB, garantiu a segurança jurídica na celebração dos acordos administrativos, ensejando compromissos eficientes para a sociedade como um todo, e não apenas aos celebrantes.

Avanços rumo a uma maior paridade contratual, entre Administração e particular, foram introduzidos com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 14.133/2021, que reforçou os instrumentos de consensualidade já existentes, bem como estabeleceu novos mecanismos, tais como: a nova modalidade de licitação Diálogos Competitivos; o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI); as audiências e consultas públicas; a alocação de riscos prévia entre a Administração Pública e o contratado; os métodos alternativos de resolução de controvérsias (conciliação, mediação, o comitê de resolução de disputas [dispute boards] e arbitragem; e medidas que mitigam a unilateralidade das decisões administrativas em contratações públicas (ex.: redução do prazo de 90 para 45 dias na exceção de contrato não cumprido).

¹⁴ DE SÁ, Acácia Regina Soares. Meios alternativos de solução de conflitos e a nova lei de licitações e contratos administrativos. *Migalhas*, Brasília, abr. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/384605/meios-alternativos-de-solucao-de-conflitos-e-a-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 11 jul. 2023.

¹⁵ Assunto que não será abordado no presente artigo, não obstante sua relevância para o tema. Recomenda-se a leitura da obra de Alexandre Mattos de Freitas. Os óbices ao avanço da consensualidade nas contratações públicas – uma abordagem à luz das alterações à LINDB e da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021). São Paulo: Dialética, 2023.

3 Uso das novas abordagens tecnológicas para a promoção dos meios consensuais de resolução de controvérsias na nova lei de licitações

3.1 Jurimetria

De acordo com a análise de Marcelo Guedes Nunes, a aplicação de métodos estatísticos ao Direito representa um mecanismo útil para a prevenção e resolução de conflitos. Essa abordagem permite o uso de dados objetivos para embasar decisões, oferecendo suporte técnico às partes envolvidas. A partir da avaliação de dados históricos, estudos sobre viabilidade econômica, análise de matriz de riscos e projeção de probabilidades de sucesso ou insucesso, a jurimetria contribui para uma tomada de decisões mais eficiente em contextos litigiosos.¹⁶

Desta forma, o referido autor¹⁷ define a Jurimetria como sendo: “a disciplina do conhecimento que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica”.

A Jurimetria analisa padrões, perfis decisórios e tendências no campo jurídico. A sistematização desses dados permite inferir a probabilidade de sucesso de demandas e compreender o funcionamento do sistema judicial.

Além disso, essa metodologia possibilita detectar eventuais vieses e distorções nas decisões, fortalecendo a argumentação jurídica por meio de uma abordagem empírica fundamentada em elementos estatísticos.

Sendo assim, a estatística jurídica poderá ocupar um papel central na interseção entre a análise de dados e os mecanismos de resolução de conflitos, utilizando seus métodos para aprimorar estrategicamente a eficiência dos processos decisórios na esfera estatal. Ademais, seu emprego se estende tanto à administração pública quanto ao âmbito jurisdicional, promovendo maior racionalidade na gestão de litígios e contribuindo para a otimização das políticas públicas e da atividade judicial. Uma das aplicações da Jurimetria destacada por Karina Reis Moacyr¹⁸ é a advocacia preventiva, onde existe a possibilidade de prever consequências jurídicas frente a determinado fenômeno, por meio da análise dos dados dispostos e interpretados pelos jurimetristas.

Aplicado aos meios alternativos de solução de controvérsias, a análise do Direito, mais especificamente dos procedimentos licitatórios e contratos administrativos, por um viés empírico, através da adoção da Jurimetria, levaria a aplicar o melhor caminho de resolução dos problemas apresentados no procedimento licitatório e na execução dos contratos administrativos.

Por exemplo, no caso do comitê de resolução de controvérsias previsto na Nova Lei de Licitações e Contratos, a Jurimetria pode exercer um excelente papel auxiliar das partes envolvidas como suporte à tomada de decisão, assim como fornecer aos mediadores subsídios técnico/jurídicos para o deslinde das controvérsias.

¹⁶ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 79.

¹⁷ *Id.* Ibid. p. 111.

¹⁸ MOACYR, Karina Reis. Jurimetria, a estatística e a importância da previsão de comportamentos no direito. *Revista de Propriedade Intelectual Direito Contemporâneo e Constituição*, Aracaju/Se, Ano VIII, v. 13, n. 1, p. 110-131, fev. 2019.

Indubitavelmente o estudo estatístico de casos é de grande valia, todavia, realizado de forma manual, pode demandar recursos humanos e de tempo que não estão disponíveis para a maioria dos operadores do Direito, em face das tarefas cotidianas.

Isso evidencia a dificuldade de realizar estudos empíricos manualmente, o que impulsiona a busca por ferramentas tecnológicas e algoritmos para agilizar a obtenção de resultados.

Portanto, a utilização das novas abordagens tecnológicas para a ampliação dos meios alternativos de solução de controvérsias já é uma realidade no âmbito público e privado, o que vem ocasionando “uma verdadeira virada que induzirá a releitura de institutos desde o âmbito propedêutico até o delineamento da refundação de técnicas processuais para que possam atingir bons resultados, mas com respeito do conjunto de normas fundamentais atinentes ao modelo constitucional de processo”¹⁹ e que “com base na tecnologia podemos, pela primeira vez, mudar a ênfase na resolução de disputas para uma ênfase na sua prevenção”.²⁰

3.2 Inteligência Artificial (IA)

A inteligência artificial (IA) tem sido cada vez mais impactante nas esferas pública e privada. No âmbito do Direito, a IA possui uma diversidade de aplicações, como análise preditiva, avaliação de riscos legais, automatização de tarefas, revisão de documentos legais, triagem de processos, *chatbots* jurídicos, pesquisa jurídica avançada, entre outros.

A Inteligência Artificial (IA) possibilita a organização e análise de grandes volumes de dados (big data) estruturando informações dispersas para viabilizar uma abordagem mais precisa e fundamentada. Com isso, a IA promove uma revolução nos institutos, redefinindo paradigmas na interpretação e aplicação do Direito.²¹

Contudo, deve-se levar em consideração os riscos de generalizações equivocadas, opacidade (não compreensão de como se chegou aos resultados), geração de preconceito e discriminação.²²

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já regulamentou o uso da Inteligência Artificial no Judiciário por meio da Resolução n. 332/2020, atualizada em 2025, para incorporar diretrizes mais rígidas de transparência, governança e segurança jurídica e definindo parâmetros para o uso ético e eficiente da tecnologia no âmbito judicial.²³

Nos meios alternativos de resolução de controvérsias, especialmente os previstos na Nova Lei de Licitações, a IA pode desempenhar um papel relevante.

A utilização de algoritmos pode contribuir para a mediação entre as partes visando à tomada de decisões mais rápidas e embasadas, mitigando limitações cognitivas

¹⁹ NUNES, Dierle. Virada Tecnológica no Direito Processual e Etapas do Emprego da Tecnologia no Direito Processual: Seria Possível Adaptar o Procedimento pela Tecnologia. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (coord.) *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 17-54.

²⁰ *Id. Ibid.* p. 29.

²¹ *Id. Ibid.* p. 30/31.

²² *Id. Ibid.* p. 31.

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020. Estabelece diretrizes sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 11 mar. 2025.

humanas, identificando as origens do conflito e padrões recorrentes, com o propósito de conceber soluções.

Embora a IA traga muitos benefícios, ela também enfrenta desafios e impactos negativos, tanto de forma geral quanto na sua aplicação aos meios alternativos de solução de conflitos. Entre esses desafios, destacam-se questões éticas e legais, como privacidade e segurança de dados pessoais, vieses algorítmicos e, sobretudo, a barreira cultural.

O Direito está passando por uma transformação técnico-científica. Profissionais formados há mais de 5 anos, por exemplo, podem não ter tido acesso ao aprendizado dessas ferramentas tecnológicas. Essa lacuna é ainda maior para aqueles que se graduaram há mais tempo. Será preciso flexibilidade cognitiva para acompanhar este mundo em mutação digital.

Cada vez mais precisamos entender como a IA vai impactar no patamar de sobrevivência na sociedade. Como ensina Marta Gabriel, “tudo no mundo tem a sua própria linguagem e, quanto mais línguas “falarmos”, mais adentraremos domínios que expandem o nosso universo.”²⁴

A referida autora explica, ainda, que no nível do indivíduo, “a educação funciona principalmente como um instrumento de ampliação e libertação. Ela pode ampliar tanto o nosso universo conceitual, nos conectando a riquezas intelectuais (conhecimentos, pensamentos, reflexões) inacessíveis de outra maneira, quanto o nosso mundo processual, nos proporcionando novas formas de fazer, criar e desenvolver soluções para melhorarmos o entorno em que estamos inseridos e nós mesmos”.²⁵

Por fim, a crescente presença da Inteligência Artificial levanta preocupações. Como afirmam Polson e Scott,²⁶ “ela está aqui hoje, e haverá mais amanhã, quer qualquer um de nós goste ou não. Estas tecnologias irão trazer imensos benefícios, mas também refletirão, inevitavelmente, os nossos pontos fracos enquanto civilização”.

3.3 Resolução de Disputas *On Line* (ODRs)

Segundo Amsler, Martinez e Smith “ODR é o uso de tecnologia de informação e comunicação para resolver conflitos, a partir de ampla gama de ferramentas e mecanismos que diferem dos processos offline em eficiência e tipo, como peticionamento eletrônico, gerenciamento de fluxo de caso, negociação automatizada e assistida, utilização de técnicas de ADR on-line, procedimentos judiciais e tomada de decisão assistida usando algoritmos”.²⁷

Esses sistemas aumentam significativamente a eficiência ao automatizar etapas do processo de resolução de conflitos, como triagem inicial, coleta e análise de informações, agendamento de sessões e geração de documentos, o que pode reduzir tanto os custos quanto o tempo envolvidos na resolução de disputas.

²⁴ GABRIEL, Martha. *Educação na era digital: conceitos, estratégias e habilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

²⁵ *Id. Ibid.*

²⁶ POLSON, Nick; SCOTT, James. *Inteligência Artificial*. Como funciona e como podemos usá-la para criar um mundo melhor. Wook, 2020. p. 19.

²⁷ *Apud*. NUNES, Dierle. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2021.

Os métodos tradicionais estão se mostrando insuficientes para lidar com a profusão e diversidade de litígios, em grande parte impulsionados pelo crescimento das relações *online*.²⁸

Ninguém – nem os tribunais, nem os métodos alternativos de resolução de conflitos – está preparado para lidar com o volume, a variedade e a complexidade das disputas que são um subproduto dos níveis de atividade criativa e comercial que ocorrem *on-line* atualmente.²⁹

Apesar de terem surgido no âmbito das organizações privadas, é possível aplicar conhecimentos de forma integrada na Administração Pública e no sistema de justiça.

O uso da tecnologia na prevenção efetiva de conflitos acarreta três grandes mudanças nas formas de resolver litígios: a mudança do local no qual os conflitos são solucionados, passando do físico para virtual; a mudança da intervenção humana para tomada de decisões algorítmicas e a mudança da confidencialidade dos dados das partes para a ênfase na coleta, uso e reutilização destes dados para prevenção de conflitos.³⁰

Diversas ferramentas de ODR utilizam inteligência artificial para apoiar e facilitar diretamente a resolução de disputas, substituindo, assim, o papel do facilitador humano.³¹ O software ODR pode apoiar a negociação por meio da correspondência de interesses específicos com soluções em potencial ou o fornecimento de diagnóstico de problemas personalizado para o indivíduo.³²

Essa aplicação (ODRs) pode ser recomendada na mediação, conciliação e arbitragem.

No âmbito da Nova Lei de Licitações, os sistemas de resolução de disputas poderão auxiliar nas mais diversas controvérsias contratuais. Contudo, acredita-se que na hipótese das grandes obras de engenharia, ou questões estruturais, de alta complexidade, seja mais adequada a opção pelos comitês (*dispute boards*).

Portanto, a Resolução de Disputas Online (ODR) se apresenta como um mecanismo essencial para modernizar e otimizar a solução de conflitos, promovendo maior eficiência, redução de custos e celeridade nos processos, sobretudo no contexto da Administração Pública e da Lei n. 14.133/2021, cuja aplicação permite minimizar a judicialização e aprimorar a segurança jurídica nas contratações.

²⁸ Ethan Katsh e Orna Rabinovich-Einy (*apud* NUNES, Dierle. Virada Tecnológica no Direito Processual e Etapas do Emprego da Tecnologia no Direito Processual: Seria Possível Adaptar o Procedimento pela Tecnologia. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (coord.) *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 35.

²⁹ *Id. Ibid.*

³⁰ Ethan Katsh e Orna Rabinovich-Einy (*apud* NUNES, Dierle; MALONE, Hugo. O Uso da Tecnologia na Prevenção Efetiva dos Conflitos: Possibilidades de Interação entre *Online Dispute Resolution*, *Dispute System Design* e Sistema Público de Justiça. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (coord.) *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 127.

³¹ NUNES, Dierle. *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 37.

³² QUEK ANDERSON, Dorcas. (*apud* NUNES, Dierle. Virada Tecnológica no Direito Processual e Etapas do Emprego da Tecnologia no Direito Processual: Seria Possível Adaptar o Procedimento pela Tecnologia. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (coord.) *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 37.

4 Conclusões

A consensualidade na Administração Pública, impulsionada pela Lei n. 14.133/2021, representa uma mudança paradigmática na gestão de contratos administrativos, promovendo maior eficiência, celeridade e segurança jurídica. O uso de meios alternativos de solução de controvérsias, como mediação, arbitragem e dispute boards, permite a resolução de litígios de forma mais ágil e menos onerosa, reduzindo a judicialização e aprimorando a governança pública.

O avanço tecnológico fortalece essa nova abordagem, viabilizando ferramentas como jurimetria, inteligência artificial e resolução de disputas online (ODR), que permitem análises preditivas, padronização de decisões e otimização da atuação dos gestores públicos. A utilização dessas tecnologias possibilita a antecipação de conflitos e a adoção de soluções mais eficazes, alinhando-se ao princípio da eficiência e à necessidade de racionalização dos recursos públicos.

A transformação da Administração Pública em um ente mais dialógico e colaborativo reforça a segurança jurídica nas contratações, favorecendo um ambiente mais equilibrado entre poder público e particulares. Dessa forma, a implementação de mecanismos consensuais, aliada à tecnologia, representa um avanço significativo para a modernização da gestão pública e a promoção de uma atuação estatal mais eficiente e resolutiva.

Referências

BATISTA, Larissa Pereira; SUCUPIRA, Grazielle Isabele Cristina Silva. Os métodos consensuais de resolução de conflitos aplicados à nova lei de licitações e contratos administrativos. *Research, Society and Development*, São Paulo, v. 11, n. 5, 2022. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/28037>. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020. Estabelece diretrizes sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 11 mar. 2025.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Barueri/SP: Atlas, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário. NUNES, Marcelo Guedes *et al.* Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. (Série Justiça e Pesquisa). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8aab4515becd037933960ba8e91e1efc.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2025.

FEIGELSON, Bruno; SASSON, Jean Marc. A advocacia 4.0 é novo normal. In: FEIGELSON, Bruno; RAVAGNANI, Giovani; BECKER, Daniel (coord.). *O Fim dos Advogados? Estudos em Homenagem ao Professor Richard Susskind*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 2, p. 24-30, 2021.

FREITAS, Alexandre Mattos de. *Os óbices ao avanço da consensualidade nas contratações públicas: uma abordagem à luz das alterações à LINDB e da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021)*. São Paulo: Dialética, 2023.

GABRIEL, Martha. *Educação na era digital: conceitos, estratégias e habilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2023. Edição Eletrônica.

GARCIA, Flávio Amaral. *A Mutabilidade nos Contratos de Concessão*. 2. ed. São Paulo: JusPODIVM: Malheiros, 2023.

MOACYR, Karina Reis. Jurimetria. a estatística e a importância da previsão de comportamentos no direito. *Revista de Propriedade Intelectual Direito Contemporâneo e Constituição*, Aracaju, a. VIII, v. 13, n. 01, p. 110-131, fev. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma administração pública consensual: legalidade *versus* eficiência. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017.

NUNES, Dierle. Virada Tecnológica no Direito Processual e Etapas do Emprego da Tecnologia no Direito Processual: Seria Possível Adaptar o Procedimento pela Tecnologia. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (coord.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 17-54.

NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2021.

NUNES, Dierle; MALONE, Hugo. O uso da tecnologia na prevenção efetiva dos conflitos: possibilidades de interação entre Online Dispute Resolution, Dispute System Design e sistema público de justiça. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (org.). *Os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

POLSON, Nick; SCOTT, James. *Inteligência Artificial: como funciona e como podemos usá-la para criar um mundo melhor*. Rio de Janeiro: Vogais, 2020.

SÁ, Acácia Regina Soares de. Meios alternativos de solução de conflitos e a nova lei de licitações e contratos administrativos. *Migalhas*, Brasília, abr. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/384605/meios-alternativos-de-solucao-de-conflitos-e-a-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 11 jul. 2023.

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

CARVALHO, Anete Marques Penna de; MORAES, Marcio Augusto Moura de. A consensualidade nos contratos administrativos: benefícios trazidos pela Lei n. 14.133/2021, jurimetria e abordagens tecnológicas. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 321-334. ISBN 978-85-450-0925-2.

ARRANJOS INSTITUCIONAIS E SERVIÇO PÚBLICO DE QUALIDADE: UM DEBATE NECESSÁRIO SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS E REGULAÇÃO

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO

Professor do PPGDP – Mestrado e Doutorado em Direito e Políticas Públicas da UFG.

Professor de Direito Administrativo na Estácio Brasil, ESMAFE/PR e ESMEG/GO.

Pós-Doutor em Direito Político e Econômico pelo MACKENZIE/SP.

Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR.

Sumário: 1 Introdução. 2 Arranjos Institucionais no Estado Constitucional; 3 Inovações e Serviço público de qualidade; 4 Conexões entre regulação, políticas públicas e serviço público de qualidade. Referências.

1 Introdução

Honrado pela oportunidade de participar do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), João Pessoa – Paraíba, entre os dias 8 e 10 de outubro de 2024, escrevo este artigo sobre arranjos institucionais e serviço público de qualidade, como debate necessário sobre políticas públicas e regulação.

2 Arranjos institucionais no estado constitucional

A CR/88 determina a obrigação da função de planejamento para o Estado, em seu artigo 174, caput, ao estabelecer que como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O Estado brasileiro, portanto, não pode se limitar a fiscalizar¹ e incentivar

¹ “Fiscalizar” significa verificar se algo ocorre, sob a motivação de efetivamente fazer com que ocorra ou não, ou seja, prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a

os agentes econômicos privados. Deve também planejar.² O modelo de planejamento previsto na Constituição de 1988 visa à instituição de um sistema com grande participação do Poder Legislativo e vinculação do plano ao orçamento e os fins enunciados no texto constitucional. No texto constitucional, estão estipuladas as bases para um planejamento democrático, com aumento da transparência e controle sobre o gasto público, ao exigir coerência entre o gasto anual do governo e o planejamento de médio e longo prazos.³

Apesar de ser um lugar comum na literatura econômica e jurídica, cabe destacar que regras claras, estáveis e com estruturas de imposição de custos conhecidas e transparentes são premissas para que investimentos sejam realizados pelas Instituições. Ao mesmo tempo, a regulação deve buscar a criação dos incentivos corretos para corrigir falhas de mercado e proporcionar a alocação de recursos no aumento de qualidade e inovação tecnológica dos serviços ao consumidor.⁴ Investir em idôneo sistema racional de contratação pública, que migre para parâmetros objetivos de avaliação dos custos diretos e indiretos, na senda da *governança* eticamente responsável, transparente e prospectiva deve ser o caminho.⁵

Para que as escolhas públicas se revelem eficientes e sejam aptas a alcançar os resultados pretendidos, não apenas pela administração, mas por toda a sociedade, é indispensável que a alocação de vontades se dê mediante a participação de seus legítimos interessados, principalmente, sobre as finalidades que cada política se dispõe a atender.⁶ Nas palavras de Juarez Freitas, as escolhas públicas serão legítimas se resultarem: 1) sistematicamente eficazes; 2) sustentáveis; 3) motivadas; 4) proporcionais; 5) transparentes; 6) razoavelmente desviesadas; 7) incentivadoras de participação social; 8) da moralidade pública; e 9) da devida responsabilização por ações e omissões.⁷

Os arranjos institucionais no Estado Constitucional representam a conformação estrutural e dinâmica das instituições públicas para garantir a realização dos princípios e valores constitucionais. Diferentemente do modelo burocrático tradicional, que priorizava hierarquia e rigidez procedimental, os arranjos institucionais contemporâneos buscam maior flexibilidade, coordenação e eficiência, incorporando mecanismos de governança democrática, controle social e *accountability*. Nesse sentido, o desenho institucional não se limita à estrutura organizacional, mas envolve também a interação entre os diversos atores estatais e não estatais na formulação e implementação de políticas públicas, refletindo uma concepção pluralista e participativa da administração pública.

atividade econômica, dando concreção aos princípios que conformam a ordem econômica, conforme: RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 304.

² BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 153.

³ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 204-205.

⁴ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Desafios da regulação de telecomunicações no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 231-249, out./dez. 2012.

⁵ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013.

⁶ SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, p. 66, jul. 2012.

⁷ FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 120, jun. 2015.

A complexidade dos arranjos institucionais é evidenciada pela interdependência entre órgãos, entidades e poderes, exigindo modelos inovadores que combinem estabilidade e adaptabilidade. No Brasil, por exemplo, a separação dos poderes é complementada por mecanismos de cooperação e freios e contrapesos, permitindo uma atuação coordenada entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Além disso, a crescente influência de agências reguladoras, conselhos participativos e organismos internacionais desafia a concepção clássica da soberania estatal, impondo novos desafios à teoria do Direito Administrativo. O Estado Constitucional, nesse contexto, não apenas estrutura a organização do poder, mas também define os limites e as condições para a sua legitimação democrática.

A efetividade dos arranjos institucionais no Estado Constitucional depende da capacidade de adaptação às transformações sociais, tecnológicas e econômicas. A digitalização da administração pública, a intensificação da participação cidadã por meio de plataformas digitais e o fortalecimento de redes colaborativas são exemplos de tendências que reconfiguram as relações institucionais. Nesse sentido, a governança pública deve ser concebida como um processo dinâmico e interativo, no qual o Direito Administrativo assume papel central na regulação e no equilíbrio das forças que moldam a ordem constitucional.

3 Inovações e serviço público de qualidade

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o serviço público como a atividade em que o oferecimento de utilidade ou comodidade material diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido no próprio sistema normativo. A partir desse conceito, é possível identificar dois elementos: 1) material, como a prestação de uma atividade de utilidade pública, que visa atender a necessidades coletivas; 2) formal, como atividade submetida a um regime jurídico específico.⁸

A própria Constituição de 1988 prevê a possibilidade de o Estado desempenhar determinadas atividades por meio de instrumentos jurídicos que, em diferentes graus, conferem variados níveis de controle estatal. Dessa forma, alguns empreendimentos e atividades no setor de energia elétrica se enquadram como atividades econômicas de livre iniciativa privada, contrastando com a prestação rígida de serviço público diretamente pelo Estado. Assim, o regime jurídico aplicável a cada situação não se define unicamente pela natureza da atividade (se serviço público ou atividade econômica), mas sim pela forma de outorga estabelecida pelo legislador para cada empreendimento específico. Além disso, é relevante destacar que o §1º do artigo 176 da Constituição também prevê um regime jurídico particular, vinculado à fonte primária de energia sujeita a aproveitamento.⁹

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 670.

⁹ As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. §1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante

A definição da forma de remuneração de um serviço público é uma escolha discricionária do Poder Público, pautada na conveniência e oportunidade para alcançar o modelo mais eficiente de prestação do serviço. No entanto, essa margem de discricionariedade se encerra no momento em que a decisão é tomada, com a definição do modelo mais adequado. Uma vez estabelecido que determinado serviço público será custeado exclusivamente por recursos públicos, integralmente pelos usuários ou por um sistema híbrido que combine ambas as fontes, não há mais espaço para reavaliações discricionárias. O modelo escolhido deve ser preservado e mantido conforme a decisão originalmente adotada.¹⁰

As inovações no setor público representam um vetor essencial para a modernização do Estado e a melhoria da qualidade dos serviços prestados à sociedade. Em um contexto de crescente demanda por eficiência, transparência e acessibilidade, a adoção de novas tecnologias, metodologias gerenciais e formas de participação social tem sido um diferencial para governos que buscam aprimorar sua capacidade de resposta às necessidades dos cidadãos. Nesse sentido, a inovação no serviço público não se limita à digitalização de processos, mas abrange a reconfiguração institucional e a implementação de novos modelos de gestão baseados em evidências e na colaboração entre diferentes setores da sociedade.

A transformação digital na administração pública tem sido um dos principais impulsionadores da inovação, permitindo maior agilidade e eficiência na prestação de serviços. Ferramentas como inteligência artificial, big data e blockchain vêm sendo utilizadas para automatizar processos, garantir maior segurança na gestão de informações e aprimorar a capacidade de tomada de decisão dos gestores públicos. Além disso, a digitalização amplia o acesso dos cidadãos aos serviços essenciais, reduzindo a burocracia e facilitando o exercício de direitos fundamentais. O governo eletrônico e as plataformas digitais de atendimento ao cidadão ilustram esse avanço, promovendo maior interação e eficiência na prestação de serviços públicos.

Além da tecnologia, a inovação no serviço público também se manifesta na adoção de novas abordagens de governança, que privilegiam a descentralização, a integração entre diferentes órgãos e a participação social. Modelos de gestão compartilhada, como as parcerias público-privadas e os contratos de gestão, têm demonstrado potencial para otimizar recursos e ampliar a oferta de serviços de qualidade. A implementação de laboratórios de inovação pública, que funcionam como espaços de experimentação e cocriação de soluções, também tem sido uma tendência crescente em diversos países, reforçando a importância da criatividade e do design thinking na formulação de políticas públicas eficazes.

A promoção de um serviço público de qualidade exige, ainda, o fortalecimento da cultura organizacional e a valorização dos servidores. O investimento na capacitação contínua dos profissionais da administração pública é fundamental para garantir a

autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas, conforme: artigo 176 da Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

¹⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 156, out./dez. 2013.

adaptação às novas tecnologias e métodos de trabalho. Além disso, a adoção de modelos de gestão por competências e a modernização das carreiras públicas podem contribuir para o aprimoramento da motivação e do desempenho dos servidores, tornando o setor público mais eficiente e inovador.

A inovação também deve estar alinhada à transparência e ao controle social, garantindo que a modernização da administração pública não se traduza em aumento da opacidade ou em dificuldades no acesso aos serviços. O uso de dados abertos, auditorias tecnológicas e plataformas de participação cidadã são exemplos de mecanismos que reforçam a *accountability* e permitem que a sociedade acompanhe e avalie as políticas públicas implementadas. Assim, a qualidade do serviço público não se mede apenas pela eficiência operacional, mas também pela legitimidade e confiabilidade das ações estatais.

Outro aspecto crucial para a inovação no serviço público é a sustentabilidade, que deve orientar a formulação e a execução das políticas públicas. O uso de tecnologias limpas, a digitalização para reduzir o consumo de papel e a implementação de políticas de governança ambiental são exemplos de estratégias que permitem conciliar inovação e responsabilidade socioambiental. A administração pública deve atuar como referência na promoção de práticas sustentáveis, incentivando um modelo de desenvolvimento que combine eficiência, equidade e respeito ao meio ambiente.

Em síntese, a inovação no serviço público é um instrumento estratégico para aprimorar a qualidade e a efetividade da administração pública, garantindo maior eficiência, transparência e acessibilidade. O desafio consiste em equilibrar modernização e inclusão, assegurando que as transformações tecnológicas e gerenciais resultem em benefícios concretos para toda a sociedade. Dessa forma, a busca por um serviço público de qualidade deve estar sempre pautada por valores democráticos, compromisso com a cidadania e adaptação constante às novas demandas e desafios do século XXI.

4 Conexões entre regulação, políticas públicas e serviço público de qualidade como debate necessário

As conexões entre regulação, políticas públicas e serviço público de qualidade são fundamentais para a compreensão da estruturação e do funcionamento do Estado contemporâneo. A regulação, enquanto mecanismo de controle, incentivo e direcionamento da atividade econômica e social, desempenha papel central na implementação de políticas públicas eficazes e na garantia de um serviço público adequado às necessidades da sociedade. O desenho institucional regulatório influencia diretamente a efetividade das políticas estatais, a alocação de recursos e a consecução de objetivos estratégicos de interesse coletivo.

A regulação pode ser entendida sob diversas perspectivas, desde sua concepção normativa e restritiva até sua função promotora de desenvolvimento e inovação. No contexto das políticas públicas, a regulação assume um papel instrumental, servindo como meio para viabilizar ações governamentais em setores estratégicos, como saúde, educação, infraestrutura e energia. A interação entre regulação e políticas públicas ocorre em diferentes níveis: na definição de diretrizes normativas, na fiscalização da execução de serviços e na indução de comportamentos que aprimorem a qualidade e a eficiência dos serviços ofertados.

O serviço público de qualidade depende, em grande medida, da existência de um arcabouço regulatório robusto, coerente e responsivo. A previsibilidade e a estabilidade das normas regulatórias são essenciais para garantir segurança jurídica, atração de investimentos e continuidade dos serviços. Além disso, a regulação eficiente deve incorporar mecanismos de transparência e participação social, permitindo que os cidadãos influenciem e acompanhem a prestação dos serviços públicos, fortalecendo o controle democrático sobre a administração pública.

A regulação econômica de setores estratégicos, como o de energia elétrica e telecomunicações, ilustra a importância do equilíbrio entre a intervenção estatal e a liberdade de mercado. Ao mesmo tempo em que protege o interesse público e evita falhas de mercado, a regulação deve incentivar a concorrência saudável e a inovação, promovendo maior eficiência e qualidade nos serviços. Modelos regulatórios que adotam incentivos econômicos, como tarifas baseadas em desempenho e regulação por resultados, têm se mostrado eficazes na melhoria da prestação de serviços públicos.

Outro aspecto relevante é a relação entre regulação e *accountability*. O controle regulatório deve ser acompanhado por mecanismos de avaliação de desempenho, auditoria e responsabilização dos agentes públicos e privados envolvidos na prestação de serviços. A adoção de indicadores de qualidade, benchmarking e auditorias regulatórias fortalece a governança pública e contribui para a melhoria contínua dos serviços.

A digitalização e a inovação tecnológica também têm impactado significativamente a regulação e a prestação dos serviços públicos. A implementação de ferramentas como inteligência artificial, big data e blockchain pode aprimorar a capacidade de fiscalização, reduzir custos operacionais e aumentar a transparência na relação entre Estado e sociedade. A regulação responsiva, que se adapta rapidamente às novas demandas e tecnologias, torna-se essencial para garantir a eficiência e a modernização dos serviços públicos.

Por fim, a efetividade da regulação e das políticas públicas na promoção de um serviço público de qualidade depende de um equilíbrio dinâmico entre a atuação estatal e a participação da sociedade. A colaboração entre diferentes níveis de governo, o engajamento dos cidadãos e a construção de marcos regulatórios flexíveis e orientados por evidências são elementos indispensáveis para que o Estado possa cumprir seu papel de forma eficiente, equitativa e sustentável no século XXI.

Referências

- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- 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.
- FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 120, jun. 2015.
- FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 35-53, abr./jun. 2013.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Desafios da regulação de telecomunicações no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 231-249, out./dez. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Políticas públicas e regulação socioambiental. *Governança, estratégias e escolhas públicas: energia e desenvolvimento em pauta*. Curitiba: Íthala, 2017.

NASCIMENTO NETO, José Osório do; PIRATELLI, João Paulo Machado. Tecnologia e inovação na gestão pública: enfrentamento de crises com transparência e participação popular no âmbito da Lei 13.979/2020. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 20, p. 69-94, 2022.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 156, out./dez. 2013.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, p. 66, jul. 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Componentes indispensáveis no desenho da matriz regulatória de novas tecnologias. *Sequência* (UFSC), v. 45, p. 1-26, 2024.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício; MODESTO, Paulo Eduardo Garrido; FERRAZ, Luciano. *Interesse público multinível*. São Paulo: Dialética, 2024.

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

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Arranjos institucionais e serviço público de qualidade: um debate necessário sobre políticas públicas e regulação. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 335-341. ISBN 978-85-450-0925-2.

EFEITO GANGORRA E DESEQUILÍBRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

IRENE PATRÍCIA NOHARA

Professora de Direito Administrativo na Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Livre-Docente, Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.
Professora-Pesquisadora Permanente da Pós-Graduação em Direito Político e Econômico
da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Sumário: 1 Introdução. 2 Passado do controle: influência francesa, transformações históricas e reviravoltas do controle no Brasil. 3 Controle no presente: paulatina influência norte-americana. 4 Futuro do controle: desafios de enfrentamento do neoliberalismo tecno-policialesco. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O controle da Administração Pública, ao longo do tempo, tem mobilizado intensa atenção institucional e social, oscilando entre momentos de protagonismo e de descrédito, frequentemente marcado por um cenário de desorientação e incerteza. Trata-se de tema que enfrenta, conforme será visto, um “efeito gangorra”, pois oscila entre um período de ascensão, sendo as instituições orientadas à prioridade do combate à corrupção, à agenda de pesquisa e aos financiamentos, e estímulos vão com grande veemência para essa tônica, depois, há abusos e excessos no alastramento da mentalidade punitivista, seja pela distorção, pelo radicalismo ou mesmo por não mais interessar, do ponto de vista político, então, o tema é ignorado e/ou olhado com desconfiança.

O tema do controle associado ao combate à corrupção, então, provoca espanto semelhante aos *altos e baixos* vivenciados, na renascença italiana, por Girolamo Savonarola. Este foi frade dominicano, líder religioso, que levantou multidões em suas pregações contra a corrupção, o luxo e os excessos, tanto da Igreja como da sociedade florentina da época. Ascendeu com a expulsão dos médicos de Florença, em 1494, e

implementou um regime com forte moralidade e restritiva austeridade, de cunho radical. Assim, chegou a destruir obras de arte, livros, roupas luxuosas e objetos que reputava “pecaminosos”. Contudo, essa mesma capacidade de reunir multidões gerou grande resistência, não apenas entre a abastada elite, tendo sido excomungado pelo Papa, e, em 1498, o mesmo sujeito que outrora reunia as massas, com grande entusiasmo, foi preso, torturado, enforcado e queimado publicamente na Piazza dela Signoria. Quem observou impactado essa instabilidade do poder, em que os que outrora heróis são linchados moralmente, foi Maquiavel,¹ sendo aquele fato influenciador de parte de suas reflexões sobre política, poder e manipulação das massas...

Daquele tempo até os dias atuais, pode-se dizer que a dinâmica do poder não se altera, pois, em face das disputas existentes, é constante que pessoas públicas sejam, em um tempo, exaltadas, mas, ao confrontarem determinado núcleo de poder, em pouco tempo, são execradas publicamente e, ainda, presas. Então, não é de hoje que grassa “nas massas” a figura, um tanto quanto medieval, na expressão de Walfrido Warde, do “tarado do caldafalso”, isto é, do sujeito que vibra de excitação diante dos “enforcamentos” públicos, preenche sua vida regozijando na epiderme das tragédias da humilhação política midiática, embalados na catarse do escândalo, sem se dar conta do subterrâneo que existe para que cada escândalo venha à tona, de forma seletiva e criteriosamente planejada.²

A multidão é conduzida, assim que surja uma janela de oportunidade, ao distante desejo de ser protagonista de uma transformação sobre a qual não teve ingerência, dado que originada de um plano meticulosamente orquestrado a portas fechadas no xadrez da “alta” política. Assim, o objetivo do presente escrito, confeccionado com reflexões da autora, para a celebração dos 50 anos do IBDA, é abordar os movimentos do controle (dentro da abordagem *do passado, do presente e do futuro*), suas investidas, seus excessos e sua retração, intentando problematizar o seu desequilíbrio, bem como a difícil tarefa que é (re)equilibrá-lo e transformar o combate e à prevenção da corrupção em *política de Estado*, procurando afastá-lo da distorção de catalisador momentâneo das jogadas políticas.

2 Passado do controle: influência francesa, transformações históricas e reviravoltas do controle no Brasil

O tema do controle da Administração Pública é muito relevante ao Direito Administrativo. A partir do controle se estabelecem os mecanismos de responsabilização, seja dos agentes públicos, seja daqueles que, em conjunto, colaboram com o desvirtuamento do Estado à conformação ao ordenamento jurídico. Assim, trata-se de um dos principais aspectos da disciplina, apesar de dividir as opiniões, os corações e até as tarefas/atribuições daqueles que se debruçam sobre a temática.

Costuma-se fixar em Montesquieu a baliza reflexiva do controle, a partir de sua máxima de que: *c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir, a tendance*

¹ MAQUIAVEL. *O príncipe*. Bauru: Edipro, 2001. p. 77.

² Em forma de espetáculo. Cf WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

*a en abuser. Tout homme va jusqu'à ce qu'il trouve des limites.*³ A frase indica que é uma experiência eterna que toda pessoa que tem poder, tende a abusar dele, daí porque todo homem “vai até onde encontra limites”, sendo estes limites exatamente associados à presença ou à ausência de controle. Apesar de Montesquieu ter sido um nobre, nascido em um castelo nos arredores de Bordeaux, sul da França, ele não compactuava com o absolutismo que vigorava com força na França,⁴ e teve nas instituições inglesas de então a inspiração para pleitear que houvesse mecanismos que absorvessem as classes sociais que disputavam o poder, para uma divisão mista de governo, refreando assim os ímpetos de controle absoluto na dinâmica política.

O histórico do controle da Administração Pública é normalmente associado ao período pós-Revolução Francesa, onde houve a limitação do arbítrio dos governantes absolutistas, tendo sido estruturado um Estado de Direito submetido à legalidade e à responsabilização inclusive dos governantes. Na França, considerada o berço do Direito Administrativo,⁵ no movimento inicial, houve o afastamento do julgamento do Executivo pelo Judiciário de então, tido por corrupto, tendo sido estabelecido um sistema de contencioso administrativo no qual, inicialmente, a Justiça foi retida, ocasião em que o Conselho de Estado era órgão que emitia pareceres cuja decisão era do Chefe do Executivo/Governo. Contudo, a partir de 24 de maio de 1872, com a justiça delegada, o Conselho de Estado adquire autonomia para julgar os litígios administrativos, transformando-se em um Tribunal Administrativo, o que garante a independência do juiz administrativo.

No Brasil, por sua vez, a influência francesa foi forte, sobretudo no período imperial. Chegou a haver a instituição de um Conselho de Estado no Brasil, mas ele atuou da mesma maneira do que a justiça retida na França, isto é, suas decisões se submetiam à aprovação do Chefe do Executivo, que era o Imperador.

Contudo, a partir da Proclamação da República, houve a abolição do Conselho de Estado, sendo que a Constituição de 1891 adotou um sistema de jurisdição una, similar ao utilizado pelos Estados Unidos. Note-se que, apesar da adoção da jurisdição una no Brasil, ainda assim o julgamento da Administração Pública no Brasil fora feito, geralmente, com base na aplicação do direito público, sendo um sistema diferente do adotado no *Common Law*.

Logo, fixaram-se alicerces do controle que foram: o princípio da legalidade, submetendo a todos, inclusive o governante, conforme ele foi sendo responsabilizável; o controle judicial dos atos administrativos, sendo também do período republicano a criação do Tribunal de Contas, um marco relevante do controle.

O tema do controle da Administração passou por muitas transformações, tendo sido marcante, como última etapa, a promulgação da Constituição de 1988, que fundou um Estado Democrático de Direito, gerando, ainda, o empoderamento de muitas instituições voltadas ao controle, o que provocou uma escalada nesta atuação.

³ MONTESQUIEU, Charles Louis d. Secondat., baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 148.

⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis d. Secondat., baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. XII.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 49-56, 1998.

Nos períodos da ditadura militar, houve a associação da discricionariedade a uma carta em branco para que o poder fosse ainda mais arbitrário, afastando-se o Judiciário da análise e do controle... Assim, a discricionariedade fora vista como uma fenda pela qual a liberdade e os direitos das pessoas poderiam se esvair, pois o Executivo poderia praticar seus arbítrios e seus atos seriam afastados do controle. Contudo, com o fortalecimento do controle judicial da Administração Pública, até o momento em que se começou a inverter o pêndulo, na expressão de Caio Tácito,⁶ em face dos excessos e arbítrios praticamos a partir do controle, houve uma atitude diferenciada em relação ao tema.

O pêndulo do controle mais se parece com uma espiral, de tantas reviravoltas que o controle já enfrentou no Brasil em um curto espaço de tempo... Basta que se pense na ambiência do início da década de noventa, em que houve a eleição de Fernando Collor, que levantou a bandeira do combate ao luxo na Administração Pública (ao que ele chamava de marajás, referindo-se a supostos altos salários de servidores), depois, com os excessos cometidos, mormente com a retenção da poupança da classe média brasileira, em face da falta de “boa articulação” com o Congresso Nacional, houve o *impeachment* (1992), impulsionado por escândalo de corrupção.⁷

Na sequência do *impeachment* de Collor, houve uma verdadeira profusão de legislações punitivistas e intensificadoras de controle no Brasil, a exemplo da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), que combateu atos de improbidade de agentes públicos, disciplinou sanções severas, como a perda da função pública, multa, ressarcimento ao erário e suspensão de direitos políticos, recaindo sobre agentes públicos e terceiros envolvidos nos esquemas, bem como a Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993), a qual foi muito mais rigorosa do que a disciplina anterior, estabelecendo critérios mais rígidos para participação em certames, a partir da redução da discricionariedade, da tipificação mais severa dos crimes nas licitações, no fortaleceu da transparência, controle e fiscalização das licitações e contratos.

É difícil não associar o ocorrido do início da década de noventa, há mais de trinta anos, com o que sucedeu mais recentemente, em que a Presidente Dilma Rousseff, na falta de “boa articulação” com o Congresso Nacional, num cenário de recessão econômica, pela queda dos preços das *commodities*, inflação e desemprego crescente, sobretudo após recusa do seu partido de apoiar o Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, na Comissão de Ética, em face do processo de quebra de decoro, sofreu *impeachment*, o que ocorreu no final de agosto de 2016, gerando a ascensão de Michel Temer, que era Vice, à Presidência do Brasil.

Curioso de observar que, em outubro de 2016, o articulador do *impeachment* de Dilma, Eduardo Cunha, fora preso e condenado por corrupção passiva, lavagem

⁶ Expressão utilizada por Caio Tácito em vários contextos, a exemplo do seguinte artigo clássico: TÁCITO, Caio. O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 1-10, out./dez. 1995.

⁷ Anos depois, houve a prisão internacional (na Tailândia) e extradição do operador do esquema da corrupção e tráfico de influência, sendo o seu depoimento temido entre políticos e empresários. Todavia, num desses “mistérios políticos”, PC Farias foi encontrado morto na casa de praia em Maceió/AL, baleado ao lado de sua namorada, mesmo sob forte supervisão de “segurança”, na qual os agentes sequer ouviram os estampidos dos tiros, sendo a versão oficial de que a namorada teria praticado um crime passionai e, logo em seguida, cometido suicídio – narrativa, aliás, tida por inconsistente em face da trajetória das balas e da posição que foram encontrados os corpos.

de dinheiro e evasão de divisas (condenação mais recentemente anuladas pelo questionamento, em 2023, da competência da Lava Jato), e Michel Temer, por sua vez, que assumiu a Presidência, tempos depois, em entrevista que deu, em setembro de 2019, quando não estava mais no poder, afirmou ao Programa Roda Viva, que Rousseff era “honestíssima”, dizendo que não haveria nada que possa “apodá-la” de corrupta,⁸ sendo que ele jamais atribuiu à Dilma qualquer ato de desonestidade pessoal, reconhecendo sua integridade, tendo sido afastada, no relato de Temer, por pedaladas fiscais e problemas de relacionamento com o Congresso Nacional.

Logo após o afastamento de Dilma Rousseff, de novo: houve arrefecimento do controle, o que se deu com a criação da Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016), que disciplinou rigorosamente a fiscalização e o controle das estatais, dado cenário de forte influência da Operação Lava Jato, sendo também do período, mas não diretamente efeito dele, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei n. 12.848/2013), que resultou de compromissos internacionais assumidos no sentido de punir mais rigorosamente as empresas que praticam atos contra a Administração Pública.

Contudo, apesar de a Lava Jato ter sido uma operação que tentou dismantelar esquemas de corrupção nas estatais, a partir da ‘Vaza Jato’, com a revelação de conversas entre procuradores da Operação com o juiz, fora identificado, que Sérgio Moro, que teria atribuição de julgar, simultaneamente orientava procuradores na acusação, sendo que as mensagens trocadas traziam luz ao fato de que a força-tarefa tinha, no fundo, intentos políticos de afastar a candidatura de Lula, em 2018.

Tal suposição ficou de mais factível, a partir do momento em que, após a eleição de Bolsonaro, Sérgio Moro assume como Ministro do Presidente eleito, sendo que em 24 de abril de 2020, após afirmar que o então Presidente tentava influir na Polícia Federal para proteger aliados e familiares, Moro pede exoneração do posto de Ministro da Justiça e Segurança Pública. Foi contratado no final do ano para prestar consultoria especializada para reestruturação empresarial e gestão de crises, prestando serviços inclusive para empreiteiras outrora investigadas pela própria Lava Jato, e, em 2021, deixou as atribuições na consultoria e iniciou, de vez, sua carreira política, tentando candidatar-se a Presidente, mas acabou, no final, logrando êxito em eleição de Senador pelo Estado do Paraná.

Enfim, nessas alturas da história recente brasileira, o controle já era um dos temas mais polarizados do Direito Administrativo, sendo divididas as opiniões entre, de um lado, os punitivistas, geralmente do controle, e, de outro, os garantistas, geralmente da advocacia (pública ou privada), que buscavam refrear os ímpetos desequilibrantes do controle.

Houve um tempo em que o Sistema Nacional de Combate à Corrupção ganhou força associada ao desdobramento da Lava Jato e o tema corrupção foi a bandeira máxima estimulada em eventos, congressos e demais atividades científicas e institucionais, sendo, então, completado um sistema legislativo bastante rigoroso, constituído por: Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), Lei Anticorrupção Empresarial (Lei n. 12.846/2013), Lei das

⁸ CNN. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/ex-companheiros-de-chapa-dilma-e-temer-se-encontram-no-tse-em-posse-de-moraes/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013), dispositivos do Código Penal sobre crimes contra a Administração Pública, e a Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016).

Contudo, o enfrentamento do tema começou a ganhar novos contornos, por uma série de fatores, somados aos desvios noticiados pela Operação Lava Jato, a exemplo das críticas sofridas pelo ativismo judicial, com a imprevisibilidade decorrente de uma visão decisionista por parte dos Tribunais Superiores, a intensificação do fenômeno da Administração Pública do medo,⁹ tendo em vista o apagão de canetas, e a imputação de diversos agentes políticos no elastério da “tarrafa punitivista”, que jogava no “balaio da improbidade” um conjunto numeroso de agentes públicos, sem que houvesse um cuidado maior com a individualização da pena.

Assim, a “virada do pêndulo” ou “da gangorra” se deu a partir da aprovação de leis que objetivavam garantir mais segurança jurídica e refrear os excessos do controle, a exemplo, da Lei n. 13.655/2018, que alterou a LINDB, acrescentando dispositivos relacionados à interpretação/aplicação do direito público. Mesmo com todas as críticas que são merecidas às pretensas soluções apresentadas pela LINDB com um rol de novos problemas (verdadeiros *solublemas*, ou seja, soluções que geram novos problemas), ainda assim deve-se ressaltar, que, em 2018, houve oficialmente uma mudança de postura em relação ao controle, pois a “Nova LINDB” procurou enfrentar o empilhamento de sanções, a desproporcionalidade da pena, motivação insuficiente, assim como a necessidade de uma conduta mais deferente por parte do controle, tendo em vista os desafios fáticos enfrentados com base no primado da realidade.

Neste sentido, importante recordar que o IBDA, na iniciativa do então-Presidente Fabrício Motta,¹⁰ capitaneou um processo bem-sucedido de realizar jornadas para discussão dos novos diplomas legislativos, buscando consenso entre os administrativistas e contribuir para a interpretação da matéria, sendo que primeiro deles foi realizado em 2019, na cidade de Tiradentes/MG, onde se reuniu um grande número de professores de Direito Administrativo de todo o País para discutir, deliberar e criar enunciados interpretativos da LINDB.

Outrossim, de 3 a 7 de agosto de 2020, ocorreu a *Primeira Jornada do Conselho da Justiça Federal*, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), de forma online, pois em meio à pandemia de covid-19, em que em conjunto com o Luciano Ferraz fomos encarregados de coordenar cientificamente, sob a Presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, atualmente Presidente desta Corte, Herman Benjamin, a comissão de Controle da Administração.

O próximo passo legislativo no sentido de refreamento dos ímpetus excessivos por parte do controle foi a edição da Lei n. 14.230/2021, que alterou significativamente a Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/1992, a ponto de esta ser chamada, após as alterações processadas, de Improbidade Reformada. Também o IBDA realizou debates para aprovação de enunciados interpretativos da Improbidade Reformada, agora sob a Presidência de Cristiana Fortini, o que ocorreu na cidade de Pirenópolis/

⁹ Sendo de 2020, a brilhante defesa de Rodrigo Valgas dos Santos, na obra que se tornaria um clássico da área Direito Administrativo do Medo, publicada pela editora Revista dos Tribunais e depois revista com as alterações subsequentes na legislação. Cf. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

¹⁰ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 119.

GO, resultando inclusive em publicação de obra, da editora Fórum, denominada de *Comentários aos Enunciados do IBDA: Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa*.¹¹

Em síntese, do histórico do controle, percebe-se que houve uma evolução a partir da estruturação do Estado de Direito, que o Brasil teve influência inicial francesa, mas que, a partir da República, houve conformação do sistema de jurisdição una. Marco mais contemporâneo do controle foi a Constituição de 1988, que fortaleceu as instituições, abrindo espaço para uma profusão de leis.

Se inicialmente houve uma paulatina celebração da restrição da discricionariedade administrativa pelo controle, este último enfrentou reviravoltas significativas nesses últimos 37 anos de Constituição de 1988, sendo indiciário deste ‘estado de coisas’ o fato de que dois Presidentes da República sofreram *impeachment* desde a redemocratização, por falta de articulação política com o Congresso Nacional, aliada à insatisfação popular com medidas econômicas, em contexto de crise, sendo que a corrupção foi, como sempre, “o” catalizador utilizado para mobilizar a opinião pública e galgar apoio para articulações políticas gestadas a portas fechadas em círculos restritos... Assim, desde tempos imemoriais, o jogo político, isto é, a ‘troca do baralho’ de agrupamentos políticos é aspergido pela santidade do argumento moralista do combate à corrupção, que procura elevar, com muita ação de propaganda pública, um grupo interessado ao rol das “pessoas de bem”, em contraponto com o grupo rival, estigmatizado como impuro ou “corrupto”, na “cruzada” entre “o bem e o mal”...

Pela percepção da hipocrisia, houve uma hermenêutica de suspeição com discursos veementes de combate à corrupção, devido à possibilidade de sua distorção, isto é, de desvio de finalidade. Isso tanto ocorreu que o Presidente subsequente, Jair Bolsonaro, em 7 de outubro de 2020, durante uma cerimônia oficial no Palácio do Planalto, declarou: “eu acabei com a Lava Jato porque não tem mais corrupção no governo”, sugerindo que, com ele, a corrupção teria acabado... Quando o que acabara, em realidade, foi o móvel central da mobilização do combate à corrupção, que era neutralizar a campanha do adversário político, mas qualquer um sabe, desde a tenra idade nos bancos escolares, que *corrupção* nos governos, seja lá de qualquer âmbito (federal, estadual, distrital ou municipal)... jamais acabará do dia para a noite...

O Brasil tem um histórico associado à corrupção (não só o Brasil...). Desde o escrivão que relatou o descobrimento, Pero Vaz de Caminha, houve uma tentativa de nepotismo, de que o rei liberasse seu genro do degredo, após ler seu o relato caprichoso sobre o país que supostamente era “descoberto”. Ao comentar as raízes históricas da corrupção, Adriana Romeiro expõe que, no século XVI a XVIII, “era preferível ser roubado por um pirata em alto mar do que aportar no Brasil”,¹² dada mentalidade da elite de enriquecer sem qualquer escrúpulo... Ademais, também no Império, expõe Patrick Wilcken que:

¹¹ FORTINI, Cristiana; GODINHO, Heloísa Helena A. M.; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno P.; SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Comentários aos Enunciados do IBDA: mudanças na lei de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

¹² AYER, Flávia. Corrupção está enraizada no Brasil desde o período colonial, revela historiadora. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/08/13/interna_politica,891482/corruptao-esta-enraizada-no-brasil-desde-o-periodo-colonial-revela-hi.shtml. Acesso em: 20 mar. 2025. Cf. ZIMMER JÚNIOR, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Compliance anticorrupção e das contratações públicas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 58.

a corrupção sempre fora uma característica da vida ao redor do império, mas assumiu uma forma concentrada no Rio [...]. Enquanto a vida era uma luta para muitos dos cortesãos mais periféricos, os ministros do governo logo passaram a ter um padrão de vida muito acima dos recursos que poderiam ter ganhado legitimamente [...]. Por trás das bengalas, mantos e perucas, e por trás das cerimônias formais e dos éditos proferidos em linguagem refinada, o roubo em nome da Coroa disseminou-se à larga.¹³

Trova disseminada no Império era: “quem rouba pouco é ladrão, quem rouba muito é barão, quem mais rouba e mais esconde, passa de barão a visconde”, sátira que criticava a corrupção e o favorecimento da nobreza Imperial no reinado de Dom Pedro II.

Na República Velha, tempo do coronelismo, também houve muita corrupção, inclusive fraude do nascente sistema eleitoral, como o voto de bico de pena ou a “degola” dos candidatos indesejados, quando os trabalhadores rurais passaram a ser eleitores. Ademais, mesmo após o fim da República Velha, os períodos de ditadura vivenciados no Brasil foram especialmente cruéis com jornalistas que ousassem divulgar alguma das corrupções existentes.

Logo, é óbvio que a corrupção não acabou e não acabará de vez, sendo imprescindível transformar o seu combate em *política de Estado*, perene e equilibrada, a ser levado a cabo com seriedade e respeito às garantias constitucionais, para que haja consistentes avanços nesse relevante tema.

3 Controle no presente: paulatina influência norte-americana

A Operação Lava Jato sofreu críticas em face da máxima da judicialização da política (*lawfare*). Houve a suspeita de que a lei e o sistema judicial foram sendo utilizados como armas para fins políticos, com auxílio da mídia, em acusações sem materialidade, em que ações judiciais eram promovidas para desacreditar oponentes políticos, tentando obter publicidade negativa contra o “inimigo”. Depois da eleição de Lula III, houve uma aliança bastante heterogênea do ponto de vista político, a polarização da sociedade, e, ainda, a invasão aos Poderes em 8 de janeiro de 2023. Diferentemente de Dilma, Lula não trouxe no seu discurso de posse a prioridade ao combate à corrupção, mas inicialmente conseguiu congregiar um grupo bastante diverso de sua equipe ministerial.

No presente, a justiça lida com aqueles que invadiram os Poderes no dia 8 de janeiro de 2023, incluindo o ex-Presidente, em julgamentos realizados pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal. O STF já condenou muitos por tentativa de abolição violenta do Estado Democrático de Direito, tentativa de golpe de Estado, associação criminosa armada, dano qualificado e deterioração do patrimônio tombado, em penas que variam de um até dezessete anos de prisão.

Contudo, para além do caótico cenário político, percebe-se que o controle, no presente, foi sendo paulatinamente alterado, para uma conformação peculiar, que merece ser abordada. A Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016) representou o diploma por excelência que foi inspirado nos resultados de controle da Operação Lava Jato. Trata-se de lei que incrementou as regras de fiscalização das estatais, restringiu indicações políticas

¹³ WILKEN, Patrick. *Império à Deriva: a Corte Portuguesa no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 121.

e estabeleceu um regime próprio de licitações e contratos. Houve preocupação com a governança das estatais, tendo em vista a possibilidade de conflito de interesses próprio das sociedades de economia mista.

Advirta-se, no entanto, que a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei n. 12.846/2013), por sua vez, não foi produto direto da Lava Jato, mas foi um dos passos assumidos por compromissos internacionais do governo federal, em face da OCDE e da ONU, no sentido da responsabilização objetiva de pessoa jurídica por ato praticado contra a Administração Pública.

Enquanto os Estados Unidos adotavam os rigores de seu FCPA (depois supreen-dentemente suspenso pela reeleição de Trump),¹⁴ o Brasil, a partir da Lei Anticorrupção Empresarial,¹⁵ que entrou em vigor em 2014, começou a adotar sanções dissuasivas do envolvimento das empresas em fraudes e corrupção, em que, além da reparação integrado do dano, se prevê a imposição de multa de até 20% do faturamento bruto do ano anterior ao da instauração do processo administrativo e a publicação extraordinária da decisão condenatória.

A publicação da decisão condenatória é uma sanção bastante temida, dado que tem grande potencial de impacto reputacional. Como as empresas, sobretudo aquelas que se abrem em ações, têm seu valor de mercado estabelecido de forma bastante especulativa, qualquer incidente que afete a reputação da organização pode gerar a queda imediata de seu valor. Não obstante, a lei prevê, no inciso VIII do art. 7º, que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica tem o condão de reduzir a sanção.

Outro aspecto digno de ressalva foi a adoção do acordo de leniência, como mecanismo apto a auxiliar na investigação da corrupção, bem como a diminuir a sanção daquela empresa que colaborar, assim como ocorre na hipótese de identificação de cartel, em sistema inspirado na legislação anticoncorrencial.

Nos dez anos de vigência da Lei Anticorrupção Empresarial, a Controladoria Geral da União¹⁶ instaurou 1.573 processos administrativos de responsabilização, dos quais 842 foram julgados e resultaram em multas de mais de um bilhão de reais. A CGU, em conjunto com a AGU, celebrou 27 acordos de leniência, dos quais 8.8 bilhões foram pagos. Ademais, um total de 54 empresas se comprometeram a implementar ou aperfeiçoar seus programas de integridade, sob o monitoramento da CGU.

Ocorre que, se antes as regras eram previstas em leis e os procedimentos todos preestabelecidos, atualmente, há um sistema em que os órgãos de controle vão editando atos normativos, que alteram o regime de consensualidade, para uma atuação mais eficaz. Assim, não bastasse a mudança dos decretos, sendo que o Decreto n. 11.129/2022 substituiu o Decreto n. 8.420/2015, na regulamentação da Lei Anticorrupção, nesse

¹⁴ CNN. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/negocios/suspensao-por-trump-de-lei-anticorruptcao-pode-afetar-empresas-brasileiras/>. Acesso em: 20 mar. 2025.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

¹⁶ Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202401/lei-anticorruptcao-completa-10-anos-de-vigencia#:~:text=H%C3%A1%20exatamente%2010%20anos%2C%20em,administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20brasileira%20ou%20estrangeira.>

interim, houve a edição, pela CGU, da Portaria Normativa n. 19/2022, que disciplinou o julgamento antecipado nos processos administrativos de responsabilização, mas, depois, a partir da Portaria n. 155/2024, houve a revogação do julgamento antecipado e sua substituição pelo termo de compromisso. Torna-se dificultoso acompanhar as alterações procedimentais, devido à edição constante de atos normativos que não são nem lei, nem sequer o Decreto que regulamenta a lei.

Outra tendência do momento, à medida que o Estado se vê incapaz de ser onipresente nas inúmeras possibilidades de violação do ordenamento, é compartilhar da responsabilidade pela fiscalização com os agentes do mercado. Isso ocorre de forma setorializada, em função das atuações de diversas agências e órgãos. Por exemplo, se um operador financeiro recebe quantia de dinheiro vivo e permite a movimentação dos recursos, sem aplicar as regras de *due diligence* e de compliance, e sem comunicar ao órgão de fiscalização, ele pode ser responsabilizado, caso se constate que o dinheiro é fruto de corrupção ou de outras atividades ilícitas. Assim, agentes de bancos, corretoras, fundos de investimentos devem observância não apenas às leis, como à Lei de Lavagem de Dinheiro, mas sobretudo às resoluções e demais atos normativos editados em profusão pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários.

Não há neste âmbito aquela máxima que vale para a tributação no sentido do *pecunia non olet*, mas os agentes financeiros são atualmente transformados em verdadeiros fiscais, mesmo (e principalmente) em face de grande monta de recursos, pois, além de suas tarefas, ganham do Estado a atribuição de identificar, monitorar e reportar operações suspeitas, com obrigação de procurar auxiliar na identificação da origem dos recursos, na avaliação de envolvidos, dos fornecedores, no monitoramento de movimentais financeiras incompatíveis com a realidade do cliente, sendo obrigados a informar operações financeiras suspeitas ao COAF, que atualmente se vincula ao Banco Central. Os agentes, ainda que privados, devem se atualizar em todas as regras de compliance, não podem se omitir em operações suspeitas, sendo aplicadas sanções como multas, cassação de licenças ou responsabilidade criminal de diretores e executivos.

Há, por conseguinte, a influência no controle dos mecanismos de governança corporativa e seus princípios, como a transparência (*disclosure*), a equidade (*equity*, no justo tratamento dos *stakeholders*), a *accountability* (prestação de contas), assim como o compliance, visto do prisma da responsabilidade corporativa. Percebe-se, pois, uma maior complexidade no controle, a necessidade de acompanhamento das resoluções editadas por diversos órgãos encarregados, numa profusão de agências e entidades de controle, bem como a pronta resposta, a conformidade e a autorregulação. Também é imprescindível a gestão de riscos, faceta essencial ao compliance, sendo o calibre dos efeitos do controle direcionado em função do impacto e da probabilidade de ocorrência dos incidentes.

O controle estatal, antes predominantemente repressivo, passa a ser preventivo, difuso e voltado à dissuasão de condutas futuras. Paralelamente, sob a ótica da defesa, há ampliação de estratégias com base na LINDB, que restringe a responsabilidade ao erro grosseiro, permite consensualidade e impõe proporcionalidade nas sanções. Isso evita o acúmulo punitivo e relativiza a autonomia entre instâncias. Soma-se a isso a valorização de meios alternativos de resolução de conflitos na Administração, como mediação, arbitragem e comitês de disputas, com destaque para as câmaras de conciliação nas procuradorias.

4 Futuro do controle: desafios de enfrentamento do neoliberalismo tecno-policialesco

Por tudo o que se expôs do passado ao presente do controle, percebe-se que o movimento do controle não é linear, mas que a pauta enfrenta altos e baixos, em função do contexto, sendo muito influenciada pela agenda institucional, que é determinada pela agenda governamental. Ainda, não raro, o controle assume distorções políticas, em que um governo que sucede o outro procura lastrear tudo o que houve no anterior, sendo preocupação menos esforçada aquela de encontrar as corrupções do próprio governo.

Entretanto, a ideia da “gangorra do controle” não diz respeito tão somente aos “altos e baixos” nas atitudes com o controle, mas também se pode utilizar dessa alegoria para refletir que quando o Estado Social sofre retração, daí, o controle do Estado se torna policialesco. Assim, a sociedade se submete à exposição da violência, aumenta a disciplina da atividade de segurança privada, os agentes do Estado são incapazes de dar conta das violações ocorridas, em uma gangorra que pesa para soluções que ameaçam à democracia com soluções autoritárias.

Logo, o futuro do controle, se associado ao neoliberalismo excludente, a proliferação de entidades setoriais de controle, muitas das quais com grande carga de captura, sem que haja a devida orquestração, nem o acompanhamento ético do rápido avanço tecnológico por parte da sociedade, pode apresentar características eminentemente distópicas.

Com a evidente redução do Estado de Bem-Estar, a tendência é de ampliação de mecanismos de controle social por meio de tecnologias avançadas. Ademais, o cenário é de privatização da vigilância e da segurança, com as grandes corporações voltadas à tecnologia e aos dados assumindo funções que antes eram desenvolvidas pelo Estado, o que nem sempre será feito com base no direcionamento do interesse público.

A retração do valor da igualdade, tão associado à distribuição equilibrada de oportunidades sociais e de condições materiais de vida, provocará o incremento de uma repressão seletiva (algo que já existe...), na qual haverá a manutenção de privilégios das elites, bem como a criminalização das ações de diversos grupos marginalizados. Com o avanço da inteligência artificial e a automação de inúmeras atividades, haverá o aumento do desemprego estrutural. A expansão de câmeras, drones e dispositivos inteligentes que captam voz e imagem, a privatização de presídios, se não devidamente monitorados, provocará a intensificação da vigilância de massa com uso da inteligência artificial.

O avanço dos neurodispositivos, sem a regulação devida, irá fazer com que pequena parcela da população tenha acesso a tecnologias que lhes permitam desenvolver capacidades biônicas, ao passo que os demais não terão acesso ao mínimo em termos de condições dignas de vida e de trabalho, sendo, ainda, um desafio mobilizar forças transformadoras que normalmente vinham da juventude, dada menor resiliência e cooptação pelos algoritmos das redes sociais.

Sistemas automatizados, com base em modelos preditivos, irão operar restrições às liberdades, sendo que, enquanto as classes mais baixas serão expostas à “punição preventiva” ou mesmo à vigilância constante, as elites, por outro lado, irão mobilizar seus meios para contornar o excesso da vigilância e garantir sua privacidade. Haverá a paulatina transferência do controle e o seu compartilhamento com os sistemas privados,

o que, na prática, dificultará a transparência e a fiscalização por parte do Poder Público, já ciente de não conseguir manter as rédeas ou controlar o caos social.

Assim, se houver um empobrecimento da população, se as condições de vida forem degradantes e as oportunidades escassas, o futuro será um caldeirão de conflitos sociais, em que, assim como na década de trinta do século anterior, as visões fascistas e excludentes irão ganhar vida, jogando em alguns grupos marginalizados toda culpa pelos problemas sociais.

Logo, faz-se necessário incutir ética e olhar com atenção o movimento de retração das abordagens do Direito Administrativo Social,¹⁷ pois a emergência do controle tecnopolicial, num contexto de intensificação neoliberal, pode gerar uma distopia, em que a regulação da vida social será mediada por tecnologias cada vez mais intrusivas, geridas e controladas pelo setor privado, o que terá efeitos nas liberdades e na democracia, impactando, por conseguinte, a estruturação do poder.

A resposta à essa realidade distópica dependerá, então, da capacidade do sistema jurídico e estatal de impor barreiras éticas e legais ao descontrole e à falta de limites que o poder econômico, concentrado em oligopólios de Big Techs e demais corporações que manejam dados, para que não haja um controle absoluto das mentes e dos ânimos humanos, destruindo a capacidade humana de sonhar com um projeto de sociedade mais equilibrada, dada manipulação algorítmica do Capitalismo de Vigilância,¹⁸ que beneficia grandes corporações, cooptando as elites governamentais.

Uma característica do controle será debruçar-se sobre formas de flexibilização dos excessos de regulação, para que haja desenvolvimento de atividades mais ajustadas com as transformações tecnológicas e os avanços provocados por tecnologias disruptivas, assim, serão mais presentes os sandbox regulatórios¹⁹ e o monitoramento e o impacto da regulação, que será mais plástica e amoldada de forma contextual, em função de estruturas específicas de mercado.

O desafio para que a balança altere seu rumo seria estimular o empoderamento da diversidade, enfrentando o mito do discurso falacioso da “meritocracia”, garantir a igualdade de oportunidades sociais, preocupar-se com a soberania econômica e política da nação, num movimento que retoma legitimamente ao planejamento estatal capaz de realizar políticas públicas que garantam o bem-estar geral, estimular uma economia complexa, incentivar a inovação e a educação, evitando o empobrecimento geral, a precarização das relações e, a partir da igualdade, fazer frente à captura do poder político pelos interesses econômicos.

5 Conclusão

O presente escrito apresenta uma hipótese de cenário distópico do futuro do controle, que lamentavelmente é o que tem grande probabilidade de acontecer, diante do Capitalismo de Vigilância e da ascensão de extremismos, em face da intensificação

¹⁷ Destaca-se o grupo liderado por Emerson Gabardo, do NINC, Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná – NINC/UFPR, que pesquisa e aprofunda a abordagem de temas relacionados ao Direito Administrativo Social.

¹⁸ ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 7.

¹⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2025. p. 929.

da exclusão social neoliberal e da emergência de uma abordagem tecno-policialesca de atuação do Estado. No entanto, ao mesmo tempo em que se identifica que a história não é linear, pois há movimentos de altos e baixos, também não há uma visão determinista ou mesmo fatalista dos rumos do controle, pois se entende que as forças sociais são influenciadas pelos acontecimentos, mas elas também são capazes de influenciar o curso da história.

De qualquer modo, é atordoante observar o passado do controle, percebendo que, mesmo após a Constituição de 1988, com o fortalecimento das instituições, houve excessos e disfunções, cooptações e utilização do combate à corrupção como discurso catalizador de mudanças políticas nas mãos de grupos interessados mais na “troca do baralho” político do que em propriamente estabelecer uma política de Estado perene e equilibrada, efetivamente comprometida com o combate à corrupção, apesar de todos os esforços das instituições efetivamente comprometidas com esse fim, a exemplo da Transparência Internacional e da Controladoria-Geral da União.

Enquanto isso, historicamente, sabe-se que não há estratégia mais bem-sucedida do que reunir as massas para execrar publicamente os agentes políticos taxados de “corruptos”, de preferência nas cruzadas “do bem contra o mal”. Assim, houve, conforme visto, picos de intensificação do controle por alterações legislativas processadas normalmente após contextos de *impeachments* e de arrefecimento do discurso em prol da suposta “moralização” da Administração Pública, para dar uma resposta às massas que foram agitadas pelos grupos que tinham suas aspirações políticas.

Contudo, o movimento da gangorra foi alterado e o controle enfrentou uma mudança de abordagem a partir da Nova LINDB, com a Lei n. 13.655/2013, bem como com a Improbidade Reformada, conforme alterações processadas pela Lei n. 14.230/2021, tendo em vista o fenômeno da Administração Pública do medo e dos excessos do controle. A comunidade científica passou a ter uma nova atitude em face da restrição da discricionariedade administrativa, sendo exigido mais deferência em relação à atuação do gestor, com o pleito de refrear ativismos.

Também é paulatina, no presente, a adoção de mecanismos de governança e compliance no controle, com influência norte-americana, dado compartilhamento de papéis investigativos que seriam originariamente do Estado com os agentes do mercado, bem como a fragmentação da atuação do controle em função de um emaranhado de atos normativos e resoluções editadas por uma infinidade de agências e órgãos de controle. Assim, os desafios que o controle enfrenta passam a ser de outra natureza: estratégias de consensualidade, negociação, proporcionalidade ao questionar o efeito de empilhamento de sanções, gestão de riscos e exigência de plena remediação, por parte das organizações, que passam a responder por atos contra a administração, assim como, por parte dos indivíduos, a averiguação dos papéis razoáveis e a responsabilização por erro grosseiro também passam a ser as tônicas do debate.

Nessa perspectiva, o controle é dividido com os agentes do mercado, sob pena de responsabilizações, em um movimento de *accountability* responsiva e de autorregulação, tornando-se mais complexa e difícil a tarefa de acompanhar o último ato normativo ou a última resolução que alteraram os processos de responsabilização, o estabelecimento de mecanismos internos de controle, o incremento da consensualidade e as novas formas de defesa em face dos meios alternativos de composição de conflitos, dada abertura de câmaras de conciliação no seio da Administração.

Logo, apesar da possibilidade de excessos e das distorções do controle serem realidade que se repete, o controle se altera em uma grande velocidade, nos seus limites, institutos e na sua regulação, de modo que “nada fica como antes, na terra de Abrantes”... exigindo do aplicador do Direito Administrativo grande sensibilidade para perceber e acompanhar os movimentos cambiantes que provocam os altos e baixos do instigante e controvertido tema do controle da Administração Pública.

Referências

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 49-56, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.
- FORTINI, Cristiana; GODINHO, Heloísa Helena A. M.; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno P.; SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Comentários aos Enunciados do IBDA: mudanças na lei de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.
- MAQUIAVEL. *O príncipe*. Bauru: Edipro, 2001.
- MONTESQUIEU, Charles Louis d. Secondat., baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 119.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2025.
- SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2024.
- TÁCITO, Caio. O Retorno do pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 1-10, out./dez. 1995.
- WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.
- WILKEN, Patrick. *Império à Deriva: a Corte Portuguesa no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- ZIMMER JÚNIOR, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Compliance anticorrupção e das contratações públicas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

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

NOHARA, Irene Patrícia. Efeito gangorra e desequilíbrio do controle da administração pública: passado, presente e futuro. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 343-356. ISBN 978-85-450-0925-2.

O STF, O ERRO GROSSEIRO E A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LINDB: ANÁLISE DO JULGAMENTO DAS ADIS 6421 E 6428

RAFAEL RAMOS

Presidente da Comissão de Estudos sobre a Lei de Introdução às Normas
do Direito Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.
Mestre em Direito pela PUC/RS.
Procurador Municipal de Porto Alegre.

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Texto e contexto da Lei n. 13.655/2018. 3 A constitucionalidade da limitação da responsabilidade do gestor público. 4 Responsabilização e proporcionalidade: da proibição de excesso à proibição de proteção insuficiente. 5 A LINDB e os órgãos de controle externo. 6 Considerações finais. Referências.

1 Considerações iniciais

No final de março de 2024, chegou ao final o julgamento das ADIs 6421 e 6428 que discutiam a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), na redação dada pela Lei n. 13.655/2018, arts. 12 e 14 do Decreto n. 9.830/2019 e a Medida Provisória n. 966/2020. Referidas ADIs propostas, no contexto da pandemia de covid-19, respectivamente pela Rede Sustentabilidade e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, tinham como principal argumento a suposta violação do art. 37, §6º, CF.¹

¹ A análise da decisão do STF deixará de lado a alegação da inconstitucionalidade da MP 966, tendo em vista que a medida provisória questionada (MP nº 966/2020) perdeu a eficácia em decorrência do término do prazo para sua votação pelo Congresso Nacional. A respeito da MP 966, ver MAFFINI, Rafael. LINDB, Covid-19 e sanções administrativas aplicáveis a agentes públicos. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (org.). *Nova LINDB: Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, v. 1, p. 191-221.

Em razão da relevância do tema em debate – a limitação da responsabilidade do gestor público – o julgado acabou contando com a participação de alguns importantes *amici curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) e a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP),² trazendo argumentos contrários a declaração de inconstitucionalidade.

A participação do IBDA, capitaneada pelos professores Cristiana Fortini e Maurício Zochun, contou com a realização de sustentação oral, por ocasião do julgamento no Plenário Virtual da Corte, pelo professor Rodrigo Valgas, assim como a entrega de parecer elaborado pela sua Comissão de Estudos sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,³ tendo como principais argumentos:

- (a) Princípio da Legalidade e proporcionalidade: O princípio da legalidade é uma pedra angular do Estado de Direito, garantindo que ninguém seja responsabilizado por condutas não previstas em lei. Responsabilizar o gestor apenas por dolo ou erro grosseiro está em conformidade com esse princípio, pois exige que haja uma clara violação intencional ou negligência grave para que a responsabilização ocorra. Isso evita a imposição de penalidades excessivas ou injustas, garantindo a proporcionalidade da punição em relação à gravidade da conduta.
- (b) Estímulo à atuação administrativa eficiente: a responsabilidade do gestor apenas por dolo ou erro grosseiro incentiva uma atuação mais proativa e eficiente por parte dos administradores públicos, já que a responsabilidade fosse ampliada para incluir negligência simples, por exemplo, muitos gestores poderiam se sentir inibidos em tomar decisões necessárias, temendo possíveis consequências jurídicas. Com a restrição da responsabilidade a condutas mais graves, o gestor tem maior margem de manobra para atuar em prol do interesse público sem receios excessivos;
- (c) Eficiência e desenvolvimento administrativo: a restrição da responsabilidade a dolo ou erro grosseiro contribui para a eficiência administrativa e o desenvolvimento institucional. Gestores públicos desempenham funções complexas e, ocasionalmente, podem enfrentar situações ambíguas ou incertas. Ao permitir que atuem com maior liberdade, desde que ajam de boa-fé e sem negligência grave, pode-se alcançar resultados mais eficazes e inovadores na administração pública;
- (d) Segurança jurídica: a clara definição de quais condutas são passíveis de responsabilização – dolo ou erro grosseiro – proporciona maior segurança jurídica aos gestores públicos. Eles podem orientar suas ações com base em critérios mais objetivos, evitando interpretações subjetivas que poderiam surgir se a responsabilidade fosse estendida a outros graus de negligência. Isso também evita litígios desnecessários e promove uma administração mais confiável e previsível;

² A Manifestação da SBDP foi subscrita por Carlos Ari Sundfeld, Juliana Palma, André Rosilho, entre outros.

³ RAMOS, Rafael; WEGERMANN, Alessandra; VORONOFF, Alice; CYRINO, André; ROSILHO, André J.; AZEVEDO, Camila Moraes; ZAGO, Daniela; BITENCOURT, Eurico; HEINEN, Juliano; VALE, Luís Manoel Borges do; BAPTISTA, Patrícia; FRANÇA, Phillip Gil; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.421. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 26, n. 146, p. 177195, jul./ago. 2024. Parecer.

- (e) Recomendações dos órgãos de controle externo: nos últimos anos foram editadas diversas recomendações de órgãos de controle (CNJ, CNMP e TCU) com explícita menção à LINDB, demonstrando sua compatibilidade com o texto constitucional.

2 Texto e contexto da Lei n. 13.655/2018

O vetusto Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942, inicialmente denominado Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), tem por objeto a interpretação e a aplicação de enunciados normativos. Mais especificamente, embora situada no plano infraconstitucional, contém dispositivos de interpretação, aplicação e integração de outras leis no tempo e no espaço, sendo, pois, considerado “lei das leis”.

No entanto, o legislador, percebendo que a denominação dada (LICC), não abarcava adequadamente todo o campo de incidência do referido diploma legislativo, pois não limitada ao âmbito do Direito Civil, alterou a sua denominação, através da Lei n. 12.376/2010, para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

A alteração da denominação, por si só, evidentemente, não foi capaz de promover a necessária atualização da LINDB. Vale lembrar que o Decreto-Lei n. 4.657 entrou em vigor em 1942, ou seja, ainda na vigência do Código Civil de 1916, cujos valores eram ligados ao liberalismo e ao individualismo.

De lá para cá, muita coisa mudou. No campo normativo, por exemplo, tivemos a entrada em vigor de um novo Código Civil (2002), de dois códigos de Processo Civil (1973 e 2015), e de três constituições (1946, 1967/69 e 1988). A Constituição de 1988, no que lhe concerne, foi responsável por promover, ao mesmo tempo, a reconstitucionalização e a redemocratização do país. Mais do que isso, alçou o cidadão, não mero administrado, à condição de titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado. Além disso, deu um impulso significativo à atuação dos órgãos de controle: Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas.

Em 2018, através da Lei n. 13.655,⁴ a LINDB sofreu, sem sombra de dúvidas, a sua mais profunda alteração, por meio da inserção de dez novos artigos com o objetivo declarado de promover segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Dessa forma, foram incorporados ao texto legal dispositivos a respeito de consequencialismo (art. 20 e 21), primado da realidade (art. 22), regime de transição (art. 23), segurança jurídica e proteção da confiança (art. 24), consensualidade (art. 26), custos e externalidades do processo (art. 27), limitações na responsabilidade do agente público (art. 28), consulta pública (art. 29) e eficácia vinculante de precedentes administrativos (art. 30).

A Nova LINDB, impregnada pelo pragmatismo e pelo realismo, é uma resposta ao ambiente de crescente decisionismo e controle asfixiante que tem como consequências a insegurança e a paralisia decisória na Administração Pública. O mundo da aplicação descontextualizada da lei e sem a devida consideração das consequências concretas de

⁴ A Lei 13.655/2018 é fruto do trabalho acadêmico dos professores Carlos Ari Sundfeld (FGV Direito SP) e Floriano de Azevedo Marques Neto (Faculdade de Direito da USP), responsáveis pela elaboração do anteprojeto de lei. Ver SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277-285.

cada decisão não é compatível com uma gestão pública eficiente idealizado pelo texto constitucional. A nova legislação tem como objetivo ser uma importante ferramenta para lidar com esse cenário.⁵

De fato, a Lei n. 13.655/2018 buscou dar ao agente público honesto os instrumentos necessários para o aperfeiçoamento e a inovação da gestão pública com a necessária segurança. O excesso de controle instalado nos últimos anos, acabou, em inúmeros casos, por ter como consequência negativa o que alguns vão chamar de “apagação das canetas” ou, no limite, o direito administrativo do medo. Num ambiente em que o medo é latente, por óbvio, as práticas inovadoras tendem a desaparecer em razão do risco da eventual responsabilização.

3 A constitucionalidade da limitação da responsabilidade do gestor público

O art. 28 da LINDB, em face da falibilidade do ser humano, declara que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”, nada mais fez do que reconhecer um “espaço de tolerância jurídica ao erro” por parte de gestores públicos.⁶

Sendo importante ressaltar que a limitação da responsabilidade do gestor público por norma infraconstitucional não é nenhuma novidade, pois outros dispositivos legais já traziam tal orientação. O Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, traz diversos dispositivos com restrições à responsabilidade pessoal de certos agentes públicos: magistrados (art. 143),⁷ integrantes do Ministério Público (art. 181),⁸ membros da Advocacia Pública (art. 184),⁹ membros da Defensoria Pública (art. 187).¹⁰ Nada obstante, não houve declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos legais.

O art. 143, CPC, refere que “o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”. Ou seja, referido artigo impõe restrição à responsabilidade muito superior a fixada no art. 28 da LINDB, “pois sequer a *culpa* em quaisquer de seus graus pode gerar responsabilidade pessoal do magistrado, mas apenas *dolo* ou *fraude*, que têm por premissa a *intenção* em causar dano”.¹¹

⁵ Ver SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 13.655/2018). *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 279, n. 2, p. 209-249, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82012>. Acesso em: 23 jul. 2024.

⁶ DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 2.

⁷ “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; [...]”.

⁸ “Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

⁹ “Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

¹⁰ “Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

¹¹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Art. 28 da LINDB: a cláusula da proteção decisória do agente público no direito brasileiro. In: RAMOS, Rafael (Coordenador). *Comentários à nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 164.

Outro exemplo que poderia ser dado é o da Lei 12.527/2011 (mais conhecida como Lei de Acesso à Informação). O citado diploma, ao tratar da responsabilidade do agente público civil ou militar, elege como conduta ilícita suscetível de responsabilização: “agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação;” (art. 32, III).¹²

Como refere Rodrigo Valgas dos Santos, “o art. 28 da LINDB veio apenas consagrar o *princípio da isonomia*, posto que a exigência de responsabilização apenas nos casos de dolo ou fraude é adotada para magistrados, promotores públicos, ministros e conselheiros de tribunais de contas, sendo isonômico e razoável aplicar a responsabilidade por atividade decisória ou técnica no exercício de função administrativa apenas nos casos de dolo ou erro grosseiro”.¹³

Demais disso, a graduação da culpa, de longa data, é adotada pela doutrina pátria, distinguindo-a em grave, leve e levíssima¹⁴, sendo o erro grosseiro equivalente à culpa grave. No Código Civil, inclusive, a graduação da culpa encontra previsão expressa no parágrafo único do art. 944: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a *gravidade da culpa* e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Aliás, na 1ª Jornada de Direito Administrativo promovida pela IBDA, realizada em 2019 na cidade de Tiradentes (MG),¹⁵ que teve por tema a “LINDB e seus impactos no Direito Administrativo”, foi aprovado o seguinte enunciado: “O art. 28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o §6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins da responsabilidade regressiva do agente público”.¹⁶

O art. 37, §6º, CF/88, por sua vez, segundo Gustavo Binenbojm e André Cyrino, ao se referir à culpa, “não fechou questão sobre o grau ou intensidade de sua incidência para a configuração da responsabilidade do agente público. Assim, logo à partida, a crítica adota uma versão de *maximalismo* constitucional incompatível tanto com a letra expressa da Lei Maior, quanto com uma visão aberta e democrática do constitucionalismo. Por evidente, não existe uma interdição a que o legislador democrático *densifique* o conceito de culpa ou adote uma certa modalidade ou intensidade para que a responsabilidade reste configurada”.¹⁷

¹² Outros exemplos: art. 38, §2º, Lei n. 13.327/2016, art. 40, Lei n. 13.140/2015 etc.

¹³ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Art. 28 da LINDB: a cláusula da proteção decisória do agente público no direito brasileiro*, p. 166.

¹⁴ Ver, por exemplo, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 61-62; MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 141-143.

¹⁵ Referido evento contou com a participação dos seguintes juristas: Adriana da Costa R. Schier (PR), Clóvis Beznos (SP), Cristiana Fortini (MG), Emerson Gabardo (PR), Florivaldo Dutra de Araújo (MG), Geraldo Spagno (MG), João Paulo Lacerda (MS), Joel Niebuhr (SC), José Osório Nascimento Neto (PR), Lígia Melo Casimiro (CE), Maria Fernanda Pires (MG), Raquel Urbano de Carvalho (MG), Rogério Medeiros (MG), Rodrigo Valgas dos Santos (SC), Rúsvel Beltrame da Rocha (MG), Pedro Niebuhr (SC). Coordenação: André Freire (SP), Irene Nohara (SP), Luciano Ferraz (MG), Vanice Valle (RJ). Coordenação Geral: Fabrício Motta (GO).

¹⁶ Disponível em: <https://ibda.com.br/wp-content/uploads/2023/06/Enunciados-IBDA-publicacao-Forum-2.pdf>.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, p. 203-224. No mesmo sentido, PALMA, Juliana Bonacorsi de; ROSILHO, André. Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB. *Revista da CGU*, v. 13, n. 23, jan./jun. 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/55519/Downloads/admin,+Constitucionalidade+do+Direito+ao+Erro+do+Gestor+P%C3%ABlico+do+art.+28+da+Nova+LINDB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/55519/Downloads/admin,+Constitucionalidade+do+Direito+ao+Erro+do+Gestor+P%C3%ABlico+do+art.+28+da+Nova+LINDB%20(1).pdf). Acesso em: 23 jul. 2024.

O art. 28 da LINDB veio, na verdade, suprir lacuna legislativa, tendo em vista a ausência de norma protetiva do agente público honesto que porventura cometa algum erro. O sistema normativo prevê diversos instrumentos legais para lidar com o gestor público desonesto (*v. g.*, Lei de Improbidade Administrativa), mas não havia norma para disciplinar, *em caráter geral*, o erro do gestor de boa-fé. Aliás, na linha da tese firmada pelo julgador, havia violação à proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente.

A Lei n. 13.655/2018 é uma resposta legislativa para enfrentar o chamado “apagão das canetas” e o “direito administrativo do medo”¹⁸ e tem como uma de suas marcas o fortalecimento do dever de motivação. Daqui para a frente, por expressa exigência legal, decisões que venham sancionar o gestor público reclamam considerar as “circunstâncias fáticas, o grau de responsabilidade com que o administrador decidiu, a realidade que estava diante quando da decisão etc.”,¹⁹ em razão do dever de contextualização, previsto no art. 22 da LINDB.²⁰

Mais: a partir do art. 28 da LINDB, a responsabilidade pessoal do agente público fica limitada a situações em que houver a prática de um ato intencional (dolo) ou um erro de natureza grave (grosseiro).²¹ Nesse sentido, o Decreto n. 9.830/2019, declara que “considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (ar. 12, §1º).

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em julgado de 2007, quando tratou de analisar a responsabilidade de um parecerista, empregou expressamente o termo “erro grosseiro”: “É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa”.²² Ou seja, não há nenhuma novidade na utilização da expressão erro grosseiro.

4 Responsabilização e proporcionalidade: da proibição de excesso à proibição de proteção insuficiente

O princípio da proporcionalidade é instrumento, largamente utilizado no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, de controle das restrições ao exercício dos direitos fundamentais, sendo nessa acepção ligado a sua tradicional feição de *proibição de excesso*.

¹⁸ Ver, por todos, SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: RT, 2020.

¹⁹ HEINEN, Julian. Comentários ao art. 28 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (org.). *Segurança jurídica na aplicação do direito público*. Comentários à Lei nº 13.655/18. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 166.

²⁰ Ver MENDONÇA, José Vicente Santos de; ALBUQUERQUE, Lucca Fernandes. Art. 22 da LINDB: decifrando o dever de contextualização. In: Ramos, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 67-80.

²¹ DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 93.

²² MS 24631, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09-08-2007.

No entanto, nos últimos anos, a partir da ideia dos deveres de proteção do Estado, a doutrina vem falando na *dupla face* da proporcionalidade, “atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional das medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção”.²³ A proporcionalidade, enquanto *proibição de proteção insuficiente*, tem inclusive encontrado aceitação na jurisprudência do STF.²⁴

O legislador ao positivar no artigo 28 da LINDB que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”, veio, na verdade, suprir, em norma de caráter geral, uma *proteção insuficiente dos agentes públicos*. As leis editadas, no que diz respeito a responsabilização dos agentes públicos, sempre tiveram em mente o agente público desonesto (por exemplo, Lei n. 8.429/1992). No entanto, faltava o devido tratamento e proteção ao agente público bem-intencionado que eventualmente possa cometer algum erro. Lacuna finalmente suprida com a Lei n. 13.655/2018.²⁵

5 A LINDB e os órgãos de controle externo

Passados mais de sete anos, desde a sua entrada em vigor, fato é que a Lei n. 13.655/2018 (Nova LINDB), não impediu qualquer tipo de fiscalização ou ação dos órgãos de controle sobre a atuação irregular de agentes públicos desonestos. Na verdade, ela tem sido responsável por promover uma maior aproximação da atuação administrativa e controladora da *realidade vivida* diariamente por gestores e particulares de boa-fé e por permitir a inovação na gestão pública com a necessária segurança jurídica.

Mais: referida lei gradativamente foi ganhando espaço em decisões de gestores públicos, de órgãos controladores (Ministério Público e Tribunais de Contas) e órgãos do Poder Judiciário, desde as instâncias inferiores até as Cortes Supremas (STF e STJ). No período da pandemia de covid-19, um grande teste para a nova lei, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, por exemplo, editaram recomendações com referências à LINDB.

No âmbito do Conselho Nacional de Justiça, a Recomendação n. 66/2020,²⁶ relativa ao julgamento das ações que versem sobre o direito à saúde e a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da covid-19, prevê:

[...] Art. 3º Recomendar a todos os juízos com competência para o julgamento sobre o direito à saúde que avaliem, com maior deferência ao respectivo gestor do SUS, considerando o disposto na LINDB, durante o período de vigência do ‘estado de calamidade’ no Brasil: [...]

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 386.

²⁴ RE 778889, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

²⁵ Ver BINENBOJM, Gustavo; DIONISIO, Pedro de Hollanda. Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 2, p. 109-135. Ver também a magnífica monografia de DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

²⁶ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318>.

Art. 5º Recomendar a todos os juízos com competência sobre o direito à saúde que *seja observado o efeito prático da decisão* no contexto de calamidade, com vistas ao cumprimento do interesse público e da segurança do sistema sanitário, bem como a efetividade judicial e a celeridade no cumprimento da decisão.

No âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, a Recomendação Conjunta PRESI-CN N. 2/2020,²⁷ relativa a critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas, vem impregnado pela ideia de deferência às escolhas administrativas legítimas dos gestores públicos, prevista no art. 22, LINDB, como é possível ver, exemplificativamente, no art. 2º:

Art. 2º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, *seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material.*

Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, *é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.*

No âmbito do Tribunal de Contas da União, a Resolução 315/2020,²⁸ dispendo sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do TCU prevê expressamente a “necessidade de adequação da atuação do TCU às disposições contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, sem fazer qualquer ressalva quanto a observância do art. 28.

Ao que tudo indica, como refere Gustavo Justino de Oliveira, tais recomendações, impregnadas pelo pragmatismo e consequencialismo previstos pela Lei n. 13.655/2018, dão sinais alvissareiros de uma mudança de curso na trajetória institucional dos órgãos de controle externo. De um hiperativismo do controle da gestão pública, responsável, em muitas situações, pela paralisia decisória para posicionamentos revisionais mais deferentes e que prestigiam a discricionariedade do gestor sem o comprometimento da necessária atuação fiscalizadora da atividade da Administração Pública.²⁹

6 Considerações finais

O STF ao concluir o julgamento das ADIs 6421 e 6428, seguindo o voto condutor do julgado da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, fixou a seguinte tese: “1. Compete ao legislador ordinário dimensionar o conceito de culpa previsto no art. 37, §6º, da CF,

²⁷ Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>.

²⁸ Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/*/?TIPO%253A%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMATO%253A315%2520NUMANOATO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252CNUMATOINT%2520desc/0/%2520?uuid=ee4d0190-96e6-11ea-b39d-7744880a9168.

²⁹ Ver OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal nº 13.655/18: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. In: RAMOS, Rafael; MAFFINI, Rafael (coord.). *Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 261-277.

respeitado o princípio da proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente; 2. Estão abrangidas pela ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves”.

Em suma, a limitação da responsabilidade do gestor apenas por dolo ou erro grosseiro (art. 28 da LINDB), não desborda dos limites da *liberdade de conformação normativa* deferida ao legislador, mostrando-se, na verdade, uma abordagem constitucionalmente adequada, pois preserva princípios fundamentais do Estado de Direito, incentiva a atuação administrativa responsável, eficiente e promove segurança jurídica.

Referências

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de direito administrativo*, [S. l.], p. 203-224, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77655>. Acesso em: 19 jun. 2024.

BINENBOJM, Gustavo; DIONISIO, Pedro de Hollanda. Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 2, p. 109-135.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

HEINEN, Juliano. Comentários ao art. 28 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (org.). *Segurança jurídica na aplicação do direito público*. Comentários à Lei n. 13.655/18. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 161-176.

MAFFINI, Rafael. LINDB, Covid-19 e sanções administrativas aplicáveis a agentes públicos. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.). *Nova LINDB: Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, v. 1, p. 191-221.

MENDONÇA, José Vicente Santos de; ALBUQUERQUE, Lucca Fernandes. Art. 22 da LINDB: decifrando o dever de contextualização. In: Ramos, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 67-80.

MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal n. 13.655/18: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. In: RAMOS, Rafael; MAFFINI, Rafael (coord.). *Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 261-277.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 13.655/2018). *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 279, n. 2, p. 209-249, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82012>. Acesso em: 23 jul. 2024.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; ROSILHO, André. Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB. *Revista da CGU*, v. 13, n. 23, jan./jun. 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/55519/Downloads/admin,+Constitucionalidade+do+Direito+ao+Erro+do+Gestor+P%C3%BAblico+do+art.+28+da+Nova+LINDB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/55519/Downloads/admin,+Constitucionalidade+do+Direito+ao+Erro+do+Gestor+P%C3%BAblico+do+art.+28+da+Nova+LINDB%20(1).pdf). Acesso em: 23 jul. 2024.

RAMOS, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

RAMOS, Rafael; MAFFINI, Rafael (coord.). *Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20220.

RAMOS, Rafael; WEGERMANN, Alessandra; VORONOFF, Alice; CYRINO, André; ROSILHO, André J.; AZEVEDO, Camila Moraes; ZAGO, Daniela; BITENCOURT, Eurico; HEINEN, Juliano; VALE, Luís Manoel Borges do; BAPTISTA, Patrícia; FRANÇA, Phillip Gil; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.421. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 26, n. 146, p. 177195, jul./ago. 2024. Parecer.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: RT, 2020.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Art. 28 da LINDB: a cláusula de proteção decisória do agente público no direito brasileiro. In: Ramos, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 161-180.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

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

RAMOS, Rafael. OSTF, o erro grosseiro e a constitucionalidade do art. 28 da LINDB: análise do julgamento das ADIS 6421 e 6428. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 357-366. ISBN 978-85-450-0925-2.

AS CARACTERÍSTICAS E O ITER PROCEDIMENTAL DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL: ANÁLISE DE CONTROVÉRSIAS EM REGULAMENTOS FEDERATIVOS

LUCIANO ELIAS REIS

Doutor em Direito Administrativo pela Universitat Rovira i Virgili.
Doutor e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Coordenador da Especialização em Direito Administrativo da Escola Paranaense de Direito.
Presidente do Instituto Nacional da Contratação Pública.

Sumário: 1 Introdução. 2 A modalidade diálogo competitivo e suas particularidades. 3 Iter procedimental. 4 Breve conclusão. Referências.

1 Introdução

A modalidade diálogo competitivo sem dúvidas foi a que gerou maior curiosidade aos operadores de compras públicas no Brasil, pois é nova e não constava nem na Lei n. 8.666 e nem em outras legislações do tema anteriores. Apesar disso, insta salientar que não é uma modalidade totalmente inédita e criada pelo legislador brasileiro. Pode se constatar a sua existência na União Europeia, nos Estados Unidos e na Inglaterra.¹

De todo modo, apesar da ansiedade de as pessoas visualizarem um diálogo competitivo na prática no Brasil, até o presente momento não se concretizou nenhum, apesar de algumas tentativas frustradas. Um pouco se deve ao medo de fazer diferente ao habitual, falta de regulamentação em muitas esferas federativas, requisitos que são

¹ Sobre o tema, além do nosso livro *Compras Públicas Inovadoras* (2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2025), vide REISDORFER, Guilherme F. *Diálogo competitivo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022 e OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo brasileiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67-106, abr. 2021.

bastante singulares e também pelo tempo para o seu desenvolvimento, o que por si já afasta possíveis curiosos que gostariam de fazê-lo em seis meses e sem qualquer regulamentação.

2 A modalidade diálogo competitivo e suas particularidades

Para os fins da Lei n. 14.133, diálogo competitivo é a modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentarem proposta final após o encerramento dos diálogos.

De imediato, impende gizar que não se confunde tal modalidade com a situação em que a Administração Pública não possui informações completas para realizar a sua licitação e uma simples audiência pública é suficiente para supri-la com os dados e subsídios e assim proceder a uma contratação segura. A audiência pública é preconizada agora expressamente no artigo 21 da nova lei. Mesmo antes dessa previsão explícita, no âmbito de contratação de soluções de tecnologia da informação, já havia norma disciplinando que o seu uso seria uma boa prática quando o termo de referência ou o projeto básico é disponibilizado em consulta ou audiência pública, a fim de avaliar a completude e a coerência da especificação dos requisitos, a adequação e a exequibilidade dos critérios de aceitação.

Essa colheita de informações junto ao mercado, de maneira formal, ocorre porque às vezes os agentes de contratação não possuem subsídios e sequer segurança da correção do que está colocado no edital ante o desconhecimento ou incompletude técnica em decorrência da assimetria informacional.

A Lei n. 14.133 condicionou o diálogo competitivo aos casos em que o objeto envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração.

Quanto ao primeiro pressuposto, inovação tecnológica ou técnica, valioso relembrar o que já foi dito sobre a distinção de inovação e tecnologia. A inovação técnica é distinta da tecnológica por **óbvio**, já que seria somente o uso de uma técnica diferente para apresentar uma solução. A imperiosidade de inovação pode significar a inexistência de uma solução no mercado ou ainda a inexistência de uma solução disponível, de pronto, no mercado. Ou seja, há grande diferença entre ausência de solução e falta de solução customizada para atender a necessidade pública.²

São duas coisas completamente diferentes. Enquanto a inexistência de solução no mercado pode ser caso, por exemplo, de soluções inovadoras nos termos da Lei Complementar n. 182, o que se assemelha em partes à parceria para inovações estipulada

² “O inciso I, alínea a, do art. 32 trata de caso em que a demanda da Administração envolve uma inovação tecnológica ou técnica. Trata-se de situação em que o Estado deseja que o mercado desenvolva, no bojo do procedimento licitatório, aspectos tecnológicos ou técnicos de um bem, serviço ou obra de que a Administração Pública necessita. Esse é o caso em que não há no mercado solução disponível para a necessidade da Administração.” (OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 32).

na legislação da União Europeia, aqui no diálogo competitivo já preexiste a solução genericamente no mercado, porém o fornecedor terá que adaptá-la para ser customizada à Administração Pública. Adaptação e customização são albergadas pelo conceito de inovação.

Caso fosse para criar uma nova solução em si, logo o legislador teria que utilizar a palavra invenção ou o intérprete teria que associar neste momento inovação com invenção, o que não parece ser o caso.

O pressuposto da alínea 'b' é uma delimitação da alínea anterior. Ao preconizar que existem soluções disponíveis no mercado, porém essas não suprem a necessidade pública sem uma adaptação, logo quer dizer que dentro do gênero inovação se almeja uma inovação técnica ou tecnológica para adaptar solução já existente. Nem toda inovação técnica ou tecnológica enseja só uma adaptação. Isto é, em outras palavras, uma adaptação técnica ou tecnológica é uma inovação, mas nem toda inovação técnica ou tecnológica se concretiza por meio de adaptação. Infelizmente, houve um erro do legislador ao disciplinar em duas alíneas, porquanto poderia ter descrito tudo em uma **única** alínea, evitando potenciais futuras interpretações equivocadas. Por tais razões, prega-se o discernimento sobre o que é inovação, ciência e tecnologia, já que o uso dessas palavras sem a cognição adequada sobre o seu alcance pode desencadear impropriedades legislativas como esta.

O requisito da alínea 'c' é fundamental que esteja presente para caracterizar o escorreito uso da modalidade. A Administração Pública recorre à interação com os fornecedores justamente para arrefecer a assimetria informacional e buscar subsídios técnicos para primeiramente compreender dadas soluções holisticamente e depois avaliar como bem descrever adequadamente as especificações técnicas da solução escolhida como a mais apropriada.

Quanto à diferença entre este pressuposto e o uso da audiência pública outrora referida, convém explicar que no diálogo competitivo a Administração Pública não sabe qual solução adotará para satisfazer a sua necessidade. O seu anseio é conversar com diversos empreendedores para descortinar a sua ignorância sobre a existência de uma ou várias soluções, assim como assimilar as vantagens e desvantagens de cada qual para posterior escolha. Diferentemente, na audiência pública, a solução já foi escolhida, mas existem dúvidas ou obscuridades para publicar o ato convocatório, isso sem falar nas situações de audiência para ampliar a transparência da atuação estatal.

Desde já, imperioso asseverar que as condições impostas pelo legislador quanto ao objeto são pressupostos e integrativas ao caso concreto. Ou seja, é imprescindível que todos os requisitos estejam presentes no caso concreto, sob pena de inviabilidade do uso da modalidade.

Quanto ao problema que a Administração Pública visa satisfazer, é inexorável que o novo procedimento legal seja usado quando ela não possuir conhecimento suficiente do mercado nem noção completa para identificar os meios e as alternativas que satisfaçam suas necessidades, em especial: i) não sabe ou sequer conhece a solução técnica mais adequada para resolver o seu problema (ou mesmo se existe solução para tanto); ii) desconhece os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já escolhida a ponto de não ter subsídios e segurança para descrever no ato convocatório, notadamente no termo de referência; e iii) não tem noção completa da estrutura jurídica ou financeira do

contrato (formatação jurídica e/ou financeira da operação), visto que há necessidade de avaliar pagamento antecipado, pagamento parcelado, formato usual do mercado para o recebimento provisório e definitivo, dentre outros aspectos, os quais serão fundamentais para as cláusulas financeiras e também para aquelas atinentes à gestão e fiscalização do ajuste.

Aqui, por sua vez, as condições não são cumulativas. Pode ser que as dificuldades enfrentadas sejam tão somente para elaborar os requisitos técnicos de uma solução conhecida superficialmente em linhas gerais pelo órgão ou entidade licitadora. O inciso I do artigo 32 prescreve pressupostos indispensáveis e cumulativos para a escorreita utilização da modalidade, já o inciso II prevê requisitos alternativos e não cumulativos.

3 Iter procedimental

No que se refere ao iter procedimental, está previsto no §1º do artigo 32 da Lei n. 14.133. Consiste basicamente em três etapas.

A primeira é a manifestação e avaliação da qualificação dos fornecedores que intencionem participar da licitação. A Administração Pública disponibilizará um primeiro edital com as exigências e suas necessidades. O prazo entre a publicação e a data da entrega dos documentos dos licitantes será de, no mínimo, 25 dias úteis. É recomendável prazo maior a depender das dificuldades de compreensão das necessidades da Administração Pública e da complexidade dos documentos a serem apresentados.

Nesse primeiro momento haverá uma pré-seleção dos fornecedores que poderão participar da segunda etapa, razão pela qual a Administração Pública deverá fazer uma ata de julgamento da análise documental, assim como abrir prazo para que os inconformados possam interpor recurso administrativo nos termos do artigo 154.

A segunda etapa consiste nos diálogos propriamente ditos entre fornecedores e Administração Pública. Serão marcadas sessões (temporariamente) sigilosas para que cada fornecedor apresente a sua solução de proposta para resolver o problema e a necessidade pública indicados pelo órgão ou entidade no instrumento convocatório.

A sessão será individual por licitante e tão somente participará a Comissão de Contratação e o(s) representante(s) do licitante. Pode ser que a sessão individual de cada licitante dure um período do dia ou vários períodos e dias, tudo a depender da complexidade da proposta e da escorreita compreensão dos agentes integrantes da Comissão.

É viável também que a Administração Pública opte por fazer várias rodadas de diálogo. Em outras palavras, a primeira sessão com cada licitante seja de mera apresentação genérica da solução apresentada para que em uma segunda rodada cada licitante explique as minudências de cada projeto e ainda responda aos questionamentos técnicos dos agentes da Comissão de Contratação.

Durante as rodadas de diálogo pode ser que a Comissão de Contratação opte por não continuar escutando alguma solução, fato que ensejará a desclassificação do licitante para as próximas rodadas.

O número de rodadas pode ser, inicialmente, concebido no ato convocatório, porém não se deve deixar estipulado um limite máximo de rodadas de diálogos sob pena de haver um engessamento da atuação da Comissão da Contratação.

Como versa sobre soluções que são total ou parcialmente desconhecidas pela Administração Pública, não é possível aferir de plano na redação do ato convocatório como e quando se dará a completa compreensão de cada solução pelos agentes da comissão. Por isso, recomenda-se que se coloque a título de orientação um número indicativo de rodadas, sem impedimento de se entender pelo seu elastecimento.

Assim, os candidatos poderão ir aprimorando as suas propostas até que a Administração, quando encerrado o diálogo, decida por qual ou quais soluções apresentadas permitirão que seja enviada uma proposta final (oferta definitiva).

Quando se fala que as sessões serão temporariamente sigilosas, quer dizer que as sessões até o julgamento final desta segunda etapa serão restritas e delas só participarão o licitante envolvido e a Comissão de Contratação. O condicionamento da publicidade se dá justamente pelo fato de existir parcela de inovação entre os empreendedores licitantes.

Como já dito alhures, o segredo em um processo de formação de inovação é essencial para que sirva como um diferencial de um empreendedor ante os demais concorrentes no mercado, seja para este certame ou para outros potenciais negócios – privados ou públicos. Informação de um processo inovativo vale dinheiro e é essencial para quem atua no mercado concorrencial.

Ainda que sejam sigilosas, todas as sessões serão gravadas. Entende-se pertinente a feitura de atas com os principais acontecimentos apesar da gravação de vídeo e áudio. A informação sobre a gravação decorre de interpretação legal, mais precisamente no inciso VIII do §1º do artigo 32 da Lei, e mesmo assim deverá ser expressamente colocada no edital para evitar qualquer elucubração futura, inclusive em consequência da legislação de proteção de dados.

A quebra da restrição de acesso ao conteúdo nas sessões somente acontecerá quando houver o julgamento final desta segunda etapa pela Comissão da Contratação, oportunidade em que todas as gravações serão liberadas para acesso a toda e qualquer pessoa, seja licitante ou não.

É muito importante que dentro da repartição exista algum mecanismo para o controle do referido sigilo temporário, evitando assim qualquer violação da regra do sigilo. Se algum agente da Comissão da Contratação disponibilizar alguma informação privilegiada ou descortinar o seu sigilo profissional, deverá responder nas esferas cível, criminal e administrativa.³

Caso porventura exista interesse legítimo de algum agente de controle, interno ou externo, para acompanhar tais sessões, entende-se plenamente possível. Igualmente acontece com o caso do orçamento sigiloso, é viável que algum agente de controle tenha justificativa para intervir em tais rodadas. De todo modo, isso deve ficar consignado em ata, assim como o agente deve ser alertado que não poderá publicizar algo ali ocorrido, salvo em algum documento oficial expedido dentro do contexto de sua competência institucional. A deterioração desta regra o sujeitará à responsabilização nos termos da lei.

Uma questão interessante no diálogo competitivo é que a segunda etapa não necessariamente julgará favorável a, tão somente, uma **única** solução. Poderá a Comissão de Contratação optar por uma ou várias soluções, totais ou parciais.

³ Se for agente público.

O cuidado a ser tomado aqui é que sempre se confeccione o novo ato convocatório para selecionar a proposta mais vantajosa na terceira etapa com critérios objetos e claros. Em outras palavras, pode ser inconsistente selecionar duas soluções antagônicas, já que na terceira etapa da seleção do fornecedor poderá inexistir critérios objetivos para discernir duas ou mais propostas e com isso violar o princípio da isonomia, inclusive.

É deveras relevante que a Comissão de Contratação sempre se pautar também nos princípios da ordem econômica da Constituição da República Federativa de 1988 e no dever de respeitar os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (fundamentos do Estado brasileiro), por isso deve receber preparação e informações sobre os conceitos de inovação e limites de intervenção do Estado na economia.

Outro ponto é que nesta segunda etapa a Comissão de Contratação poderá sugerir ou indicar condição para uma solução ser aceita. Por exemplo, desde que implemente algumas modificações a contento dos interesses da Administração Pública. Essa solicitação poderá acontecer nas rodadas de negociação para que passe à próxima rodada de diálogo ou até vir descrita no julgamento final.

A terceira etapa iniciará com um novo ato convocatório. Tal edital tem por escopo a estipulação de regras para a seleção da proposta mais vantajosa da solução ou das soluções entendidas como adequadas na segunda etapa.

A lei brasileira vedou a participação de novos licitantes, leia-se fornecedores que não participaram anteriormente nas etapas pretéritas. Entende-se que é o mais correto, até para prestigiar aqueles que gastaram tempo e recursos para convencer a Administração Pública que a sua solução seria a mais pertinente. Caso o fornecedor tenha participado da primeira etapa, porém foi excluído por não preencher a qualificação necessária, este não poderá disputar a terceira etapa. Em outras palavras, é imprescindível que tenha efetivamente atuado na etapa do diálogo, mesmo que desclassificado em algum momento, para então ter o direito de ofertar proposta na terceira etapa (análise de propostas e habilitação). A título de curiosidade, no âmbito estadual no Paraná, o Decreto n. 10.086/2022 traz a possibilidade de que o licitante desqualificado na primeira etapa possa participar da etapa competitiva, desde que o edital assim estipule, consoante regra esposada no artigo 144, §3º. A mais, um ponto superinteressante no referido decreto é a permissividade de se fixar a concessão de prêmio ou remuneração ao licitante que tiver sua solução escolhida e adotada, conforme regra do artigo 140, §5º.

De outro lado, alguém poderia entender que o simples fato de sua solução ser a escolhida já o colocaria em uma vantagem natural ante os demais concorrentes, contudo a rapidez de adaptação do mercado e a busca fluída de informações, até disruptivas, entre os empreendedores fazem com que essa vantagem seja pequena.

O segundo edital deverá ser devidamente publicado nos meios legalmente determinados e respeitará o prazo, mínimo, de sessenta dias úteis de publicidade. Regerà ainda como será feita a escolha da proposta mais vantajosa por meio de critérios claros, objetivos e mensuráveis, assim como os documentos a serem entregues.

Na questão documental, deverá haver a dispensa, parcial ou total, de documentos habilitatórios já apresentados na primeira etapa do processo de licitação. Tudo dependerá do que se solicitará agora na terceira etapa.

Atinente à proposta comercial, essa será exigida de todos os licitantes, inclusive para aquele(s) que apresentou(aram) a(s) solução(ões) licitada(s). Imperioso o cuidado

nas cláusulas editalícias para equalizar as propostas (respeitando as diferenças de cada qual e o quanto elas representam no julgamento), se houver mais de uma solução descrita no edital como passível de atender aos reclamos da Administração Pública.

A primeira etapa de qualificação e a terceira etapa não serão sigilosas, sendo que o sigilo temporário (ou publicidade diferida) ocorrerá tão somente para a etapa de diálogo em razão da sua funcionalidade. O sigilo é exceção, logo deverá ser aplicado em situações excepcionais, tal como apontado pela própria lei de licitações. Usa-se a expressão sigilo temporário ou publicidade diferida, porque a publicização de todos os atos somente sucederá após a emissão da decisão administrativa sobre a segunda etapa, mesmo que a decisão possa não ser a definitiva em virtude do recurso administrativo.

A fase recursal da terceira etapa será feita nos termos do artigo 165 da Lei e dependerá da regra escolhida pelo edital para inferir se única ou não. Será única se a etapa de proposta for antes da habilitação. Do contrário haverá dois momentos recursais.

Aproveitando sobre a fase recursal, salienta-se que os regulamentos expedidos para a regulamentação da nova lei têm divergido sobre as etapas e os atos decisórios que serão objeto de recurso administrativo nesta modalidade. O Decreto Estadual n. 10.086/2022 do Estado do Paraná preceitua no artigo 147 a possibilidade de interposição de recurso administrativo após a fase de qualificação, de diálogo e de apresentação e julgamento de propostas.⁴ O Decreto Estadual n. 1.525/2022 do Estado do Mato Grosso prescreve que o procedimento será em duas etapas (do diálogo e da competição ou nas palavras do artigo 100 “a primeira, a fase do diálogo entre Administração Pública e os particulares, e a segunda, a fase competitiva”) e que não acontecerá viabilidade de interposição de recurso após a decisão da primeira fase, consoante se observa do artigo 104. Isto é, o recurso poderá ser manejado tão somente após a decisão da fase competitiva, o que me parece um grande equívoco e uma restrição à ampla defesa e ao contraditório inadmissíveis. De todo modo, neste caso, a melhor interpretação a ser feita é que houve restrição ao recurso hierárquico e os licitantes prejudicados poderão interpor recurso administrativo de reconsideração, nos termos do inciso II do artigo 165 da Lei n. 14.133, após a primeira fase.

No que se refere ao critério de julgamento a ser escolhido nesta terceira etapa, o mais usual será a técnica e preço, já que a Administração Pública deverá tomar a devida cautela para escolher alguém que possua uma metodologia e expertise técnica na solução apresentada na proposta, além de superar o critério do preço em menor escala.

Todavia, nada obsta que se possa utilizar também a melhor técnica, o maior retorno econômico e até *excepcionalmente* o menor preço ou maior desconto, quando a solução estiver bem definida, inclusive no aspecto metodológico, e não houver risco ao interesse público para a execução do objeto ante a diferença entre potenciais fornecedores de acordo com a sua expertise. No âmbito federal, as instruções normativas mencionam os critérios de julgamento menor preço ou maior desconto passíveis de serem usados nesta modalidade.

⁴ O artigo 147 alude às fases do artigo 135, porém, ao que parece, se trata de um erro de indicação dos numerais das remissões após as revisões e elaboração da minuta final, por isso se deve ler e compreender como as fases do artigo 137.

Ainda, salienta-se que a Lei n. 14.133 também teve o condão de acrescentar a modalidade de diálogo competitivo como factível de ser utilizada para as concessões comuns e para as parcerias público-privadas.

Por fim, quanto à Comissão de Contratação, ou denominada de Comissão Especial por alguns regulamentos, será composta de pelo menos três servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão. Os profissionais contratados assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses, sob pena de responsabilidade cível e penal. Aqui é feita uma crítica, porque a depender das características técnicas do problema a ser resolvido, das soluções apresentadas pelo mercado e do grau de maturidade acerca do tema, é comum que o profissional ou a comissão para fins de assessoramento técnico tenham papel fundamental na etapa do diálogo e até na formação do convencimento para a emissão da decisão sobre o vencedor, razão pela qual dever-se-ia pensar que eles pudessem subscrever os atos decisórios, inclusive para serem responsabilizados em casos de desvios, atos dolosos ou erros grosseiros.

4 Breve conclusão

Como se pode inferir da leitura supra e retro, a modalidade diálogo competitivo traz uma lógica diferente às modalidades tradicionais, já consabidas pelos operadores públicos e privados no Brasil a partir da legislação das **últimas** décadas, e que pode representar uma excepcional ferramenta para a concretização de compras públicas inovadoras.

Para o seu sucesso, é inexorável que os agentes se qualifiquem o máximo possível para diminuir a probabilidade de erros e riscos e, ao mesmo tempo, tenham a coragem de experimentar inovações para enfrentar problemas vanguardistas que não encontram respostas ordinárias e já utilizadas.

Referências

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo brasileiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67-106, abr. 2021.

REIS, Luciano Elias. *Compras Públicas Inovadoras*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2025.

REISDORFER, Guilherme F. *Diálogo competitivo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

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

REIS, Luciano Elias. As características e o iter procedimental do diálogo competitivo no Brasil: análise de controvérsias em regulamentos federativos. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 367-374. ISBN 978-85-450-0925-2.

OS ENUNCIADOS DO IBDA ACERCA DAS MUDANÇAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: COMO FOI A CONSTRUÇÃO DOS ENUNCIADOS

JUSCIMAR PINTO RIBEIRO

Ex-Presidente do IDAG – Instituto de Direito Administrativo de Goiás.
Especialista em Direito Administrativo e em Direito Constitucional. Conselheiro do IBDA.

Sumário: 1 Introdução. 2 Etapas das propostas de Enunciados do IBDA. 3 Conclusões finais. Referências.

1 Introdução

O IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo realizou, de 8 a 10 de outubro de 2024, na cidade João Pessoa-PB, o 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, com ampla temática acerca das matérias e temas de direito administrativo brasileiro, e dentre os inúmeros painéis e conferências, o tema da nova lei de improbidade administrativa foi abordado.

Tivemos a oportunidade de participar no dia 10 de outubro, do Painel 9 – Debate: Enunciados do IBDA sobre Improbidade Administrativa, onde atuei como Presidente de Mesa, enquanto era Presidente do IDAG, ladeando os ilustres debatedores: Irene Nohara (SP) Professora da Universidade Mackenzie; Ismar Viana (SE) (Auditor de Controle Externo do TCE-SE); Luiz Magno (SC) - Advogado e Professor Universitário (UNIVALI); Marcelo Harger (SC) Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUCSP e Advogado e Raquel Carvalho (MG) - Procuradora do Estado de MG.

O debate abordou diversos dos enunciados produzidos pelo IBDA acerca das mudanças na Lei de Improbidade Administrativa, mas o que foram os enunciados e como foram construídos? Essa é a construção que iremos tratar aqui.

Os “Segundos Enunciados do IBDA - Jornada de Pirenópolis” tratou das Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa, onde o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo realizou, na cidade de Pirenópolis-GO, no dia 26 de maio de 2023,

reunião plenária presencial para apresentação e votação das propostas de enunciados sobre as “Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa”.

Naquela reunião, foram aprovados 39 enunciados, frutos de análise de 229 propostas apresentadas pela comunidade jurídica em geral e amplamente discutidas por um colegiado qualificado e plural composto por docentes, advogados, integrantes do Judiciário, do Ministério e dos Tribunais de Contas.

2 Etapas das propostas de Enunciados do IBDA

A Jornada foi regida por regulamento amplamente divulgado e disponibilizado no site do IBDA, e que teve como a metodologia utilizada contemplando as seguintes etapas:

- 1) Apresentação de propostas de enunciados – foi aberta à comunidade jurídica em geral a oportunidade de apresentarem até três propostas de enunciados, de acordo com as informações formais divulgadas. As propostas deveriam ser encaminhadas eletronicamente, por meio de link divulgado nos sites e redes sociais do IBDA, do IDAG e demais Institutos Regionais;
- 2) Seleção das propostas - as propostas apresentadas pelo público em geral foram analisadas pela Coordenação Geral e pelos Coordenadores Científicos, obedecendo a critérios de relevância e pertinência temática e, posteriormente, remetidos para discussão pelas Comissões de Trabalho;
- 3) Discussão nas Comissões de Trabalho - as propostas de enunciados selecionadas foram discutidas em sessões virtuais de cada um dos Grupos de Trabalho. Os enunciados aprovados pelos Grupos foram encaminhados à Coordenação Geral para organização da discussão e votação na plenária;
- 4) Discussão e aprovação em reunião plenária – As proposições selecionadas pelos Grupos de Trabalho foram discutidas e votadas presencialmente em reunião plenária realizada no dia 23 de maio de 2023, cabendo à Coordenação Geral a condução dos trabalhos. Os Coordenadores Científicos apresentaram as propostas de enunciados, fornecendo esclarecimentos, quando necessário, sendo possível a discussão objetiva pelos integrantes da plenária;
- 5) Revisão e publicação dos enunciados aprovados – os enunciados aprovados foram revisados pelo Grupo Revisor para realização de correções formais, ajustes de redação e sistematização, sem possibilidade de alteração do teor dos enunciados.

Após tais etapas, e em decorrência das deliberações formuladas na reunião plenária mencionada, restaram aprovados os seguintes enunciados do IBDA:

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.
 3. O particular, quando beneficiário de ato ou contrato com a Administração Pública, só pode ser enquadrado na Lei de Improbidade Administrativa se houver induzido ou concorrido dolosamente para a consumação da conduta.
 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.
 5. O princípio da insignificância é aplicável aos atos de improbidade administrativa.
 6. O enquadramento de agentes públicos ou políticos no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, inclusive na hipótese do inciso VIII, exige comprovação de proveito indevido e lesão efetiva ao erário, nos termos do artigo 21, inciso I, não sendo possível tipificá-la por mera presunção de dano.
 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.
 8. O julgamento de agente político pelo ato de improbidade administrativa, previsto na Lei nº 8.429/1992, não impede sua responsabilização por crime de responsabilidade e não configura bis in idem, com exceção da hipótese prevista no artigo 85, inciso V, da Constituição da República, em relação aos atos do Presidente da República, conforme decidido pelo STF no Tema 576.
 9. A limitação da dupla punição pelo mesmo fato (ne bis in idem) aplica-se à improbidade administrativa, na forma da expressa disposição do art. 21, §5º, e por estar dentre os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, na forma do art. 1º, §4º, da Lei nº 8.429/1992, ambos com redação dada pela Lei nº 14.230/2021.
 10. Aplica-se o princípio da individualização das condutas nos casos de improbidade administrativa, inclusive quando houver corréus.
 11. A aplicação de penalidade a pessoa jurídica privada, na hipótese dos artigos 3º e 12, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa, deve levar em conta, dentre outros fatores, os potenciais impactos econômicos e sociais das punições sobre a comunidade em que ela atua, sobre o mercado de trabalho, sobre a arrecadação tributária e sobre as alternativas de contratações futuras para a Administração Pública.
 12. 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.
 13. É constitucional a norma do art. 12, §1º, da Lei nº 8.429/92, que limita a pena de perda da função pública à hipótese de vínculo da mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, ressalvada a possibilidade excepcional de extensão

a outros vínculos, nos casos de enriquecimento ilícito previstos no artigo 9º, inciso I.

14. A absolvição, na esfera penal, por qualquer dos fundamentos previstos no art. 386 do CPP, impede a tramitação de ação de improbidade em que se discutam os mesmos fatos, salvo na hipótese de absolvição por atipicidade criminal da conduta, prevista no inciso III daquele dispositivo legal.
15. O estabelecimento de sanções e gradações distintas para os tipos previstos nos art. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21, não viola a Constituição da República.
16. Os prazos processuais na ação de improbidade administrativa serão computados em dias úteis na forma do art. 219 do Código de Processo Civil.
17. A ação de protesto interruptivo de prescrição é incabível na ação de improbidade administrativa, tendo em vista as hipóteses de interrupção taxativamente previstas no art. 23, §4º, da Lei nº 8.429/92.
18. Nas ações de improbidade administrativa, a competência da Justiça Federal é definida em razão da presença das pessoas jurídicas de direito público previstas no art. 109, I, da Constituição da República na relação processual, e não em razão da origem dos recursos.
19. Nas ações de improbidade administrativa em curso, o marco inicial do prazo de prescrição previsto no artigo 23, §5º, da Lei nº 8.429/92 é a data da entrada em vigor da Lei nº 14.230/21.
20. O direito do réu de ser interrogado deve ser exercido como último ato da instrução processual nas ações de improbidade administrativa.
21. A ação de improbidade administrativa não deve ser utilizada como sucedâneo da ação civil pública.
22. A presunção de inocência é garantia processual do direito administrativo sancionador e, portanto, incide na ação de improbidade administrativa.
23. A decretação de indisponibilidade de bens, em caráter cautelar, deve advir de indícios da existência de dolo específico acompanhados da demonstração do *periculum in mora*.
24. 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.
25. Os pedidos de indisponibilidade de bens deferidos antes da entrada em vigor da Lei nº 14.230/21 podem ser reapreciados à luz dos requisitos previstos no artigo 16 da Lei nº 8.429/92, com fundamento nos arts. 14 e 296 do CPC.
26. A concessão de liminar, inaudita altera pars, para a decretação de indisponibilidade de bens nas ações de improbidade administrativa, dependerá da comprovação, baseada em elementos concretos e lastreada em indícios mínimos, de que a oitiva prévia do réu poderá frustrar a efetividade da medida, ou da existência de circunstâncias que recomendem a proteção liminar.
27. A atuação do agente público em estrita observância às orientações gerais do respectivo ente ou órgão (art. 24, parágrafo único, LINDB), ou em conformidade com manifestação prévia dotada de caráter vinculante (art. 30, parágrafo único, LINDB), afasta a configuração do dolo para fins de responsabilização

por improbidade administrativa.

28. É constitucional a não configuração de improbidade administrativa nos casos de ação ou omissão decorrentes de divergência interpretativa, nos termos do art. 1º, §8º da LIA.
29. Instaurado procedimento para fins de celebração do acordo de não persecução cível, o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada devem oportunizar efetiva participação e negociação aos interessados.
30. A celebração e a homologação de acordo de não persecução civil, prevista no art. 17-B da Lei nº 8.429/92, não pode, mesmo por regulamento, ser condicionada ao reconhecimento, por parte do investigado, da prática de atos de improbidade administrativa ou de sua culpabilidade.
31. Em relação ao acordo de não persecução cível, no caso da improbidade em concurso de agentes, a extensão do ressarcimento integral deve considerar o grau de participação na conduta ímproba, bem como a capacidade econômico-financeira, podendo o valor do dano ou da vantagem obtida ser substituído por outras formas de prestação que atendam a interesse público relevante, considerando, inclusive, o §6º, do art. 17-B, mediante compensação e aquiescência do ente público interessado.
32. A análise quanto ao oferecimento de ANPC compete ao Ministério Público ou à pessoa jurídica lesada, de modo que a sua celebração não constitui direito público subjetivo das pessoas físicas e jurídicas investigadas, acusadas ou condenadas, muito embora seja reconhecido aos acusados de suposta prática de ato de improbidade administrativa direito à apreciação da hipótese de solução negocial, cabendo aos legitimados motivar expressamente as razões de eventual negativa de proposição no caso concreto.
33. A expressão “ente federativo lesado”, indicada no artigo 17-B, §1º, I, da Lei nº 8.429/92, deve ser compreendida como indicativa da pessoa jurídica lesada pelo ato de improbidade.
34. A análise a ser empreendida pelo Poder Judiciário na homologação dos acordos de não persecução cível, prevista no art. 17-B, §1º, III, da Lei de Improbidade Administrativa, deve se pautar pela deferência, concentrando-se na regularidade, na voluntariedade e na legalidade do acordo.
35. Nos termos do artigo 26, §1º, IV, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de aplicação subsidiária nas ações de improbidade administrativa, constitui requisito de validade do acordo de não persecução civil a fixação de prazo para seu cumprimento, findo o qual será feita análise para fins de deferimento do termo de quitação.
36. Com o advento da Lei nº 14.230/2021, nas ações de improbidade administrativa em curso, cabe ao juiz examinar os fatos para verificar o enquadramento típico da infração quanto à presença ou não do dolo específico (Tema 1199/STF), ficando vedado ao autor da ação alterar, após a citação, a narrativa dos fatos, a causa de pedir e os pedidos, na pretensão de imputar aos réus conduta diversa da narrada na inicial.
37. A tese fixada pelo STF no Tema 1199 sobre a irretroatividade da revogação da

modalidade culposa do ato de improbidade para ações transitadas em julgamento contraria o art. 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos por recusa de retroatividade da norma sancionatória mais benéfica ao acusado.

38. 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.
39. A manifestação do Tribunal de Contas prevista no §3º do art. 17-B da Lei nº 8.429/1992 tem natureza opinativa, motivo pelo qual não vincula as partes nem o magistrado.

3 Conclusões finais

A elaboração dos enunciados do IBDA teve a Coordenação Geral da Professora Cristiana Fortini (MG-Presidente do IBDA), e também atuaram na Coordenação Fabrício Motta (GO), Heloísa Helena (GO) e Rodrigo Valgas (SC). Já os Grupos de Trabalho e Coordenadores Científicos foram:

Grupo 1) Atos de Improbidade Administrativa: inovações do art. 9º, 10 e 11 - Luciano Ferraz (MG), Maísa de Castro Sousa (GO) e Márcio Cammarosano (SP).

Grupo 2) Regime do Acordo de Não Persecução Cível – José Roberto Pimenta (SP), Ismar Viana (SE) e Rafael Schwind (SP).

Grupo 3) Improbidade e Direito Intertemporal – Adriana Schier (PR), Bruno Belém (GO) e Maria Fernanda Pires (MG)

Grupo 4) Sanções e dosimetria – Bruna Piza (GO), Fávio Unes (DF) e Rodrigo Valgas (SC)

Grupo 5) Aspectos processuais relevantes – Daiesse Bonfim (SP), Juscimar Ribeiro (GO) e Raquel Carvalho (MG)

Grupo 6) Novo regime da indisponibilidade de bens - Fernanda Fritoli (SP) e Francisco Zardo (PR).

Grupo 7) STF e as recentes decisões no novo regime da LIA: limites e possibilidades – Irene Nohara (SP), Ricardo Schneider (AL) e Vanice Valle (RJ). Grupo Revisor: Ana Cláudia Finger (DF), Daniel Marchionatti (DF) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (SP).

Foram participantes dos Grupos de Trabalho e participaram do processo de elaboração dos enunciados: Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho – SP; Alice Voronoff – RJ Aline Sueli de Salles Santos – TO Ana Luiza Jacoby - DF Ana Maria

Barata- PA André Saddy - RJ André Urin - RJ Anete Marques Pena de Carvalho - PA Antônio Flávio de Oliveira - GO Antonio Rodrigo Machado de Sousa - DF Arthur Castro - DF Bernardo Strobel Guimarães - PR Caio Cavalcanti - MG Carlos Nitão - PB Caroline Bittencourt - RS Caroline Lacerda - DF Cesar Pereira - SP Clovis Beznos- SP Daniel de Carvalho Guimaraes - MG Deylson Lira - AL Edgar Guimarães - PR Edson Bernardo Andrade Reis Neto - RO Emerson Moura - RJ Eurico Bittencourt - MG Fabio Lins - AL Fábio Santos - RO Felipe Gurjão - RO Felipe Klein Gussoli - PR Fernando Manica - PR Fernando Menezes - SP Flávia Cammarosano- SP Flavio Garcia Cabral - MS Florivaldo Dutra de Araújo - MG Francisco Taveira Neto - GO Georges Humbert - BA Giulia Andrade - PR Guilherme Carvalho e Silva - PI Igor Pereira Pinheiro- CE Ines Mello - RJ Ivana de Oliveira Pio - GO Jacintho Arruda Câmara - SP Jeibson dos Santos Justiniano - AM Jose Sergio Cristovam - SC Juliana Palma - SP Juliano Heinen - RS Karina Harb - SP Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya - RN Laís Amâncio Q. Pereira - GO Leonardo Ferraz - MG Lígia Mello - CE Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz - SP Luís Vale - AL Luiz Magno Pinto Bastos - SC Manoel Peixinho - RJ Maracelia Lima de Oliveira - RO Marçal Justen Filho - DF Marcelo Harger - SC Marcelo Luís Abreu e Silva - BA Marcelo Magalhães - CE Marcilio Barrenco- MG Marcio Alexandre Cammarosano - SP Marcio Augusto Moura de Moraes - PA Marcos César Gonçalves - GO Maria Elisa Braz - MG Maria Teresa Fonseca Dias - MG Mariana de Siqueira - RN Marilda de Paula Silveira - DF Marilene Matos - DF Mateus Bertoni - PR Mateus Camillo - SP Mateus Graner - PR Noel Baratieri - SC Pascal Abou Khalil - AC Patricia Ferreira Baptista - RJ Pedro de Hollanda Dionisio - RJ Rafael Araripe Carneiro - DF Rafael Maffini - RS Renata Fabris - RO Renata Lane - SP Renato Andrade - PR Renato Borelli - SP Rita Tourinho - BA Rodrigo Pironti - PR Rodrigo Santos Neves - ES Rogério Favreto - RS Rogerio Gesta Leal - RS Ruy Espíndola - SC Samantha Chantal Dobrowolski - SP Sarah Campos - MG Spiridon Anyfantis - GO Thais Marcal - RJ Thiago Marrara - SP Vanessa Cerqueira Reis - RJ Vanessa Terrade - RJ Vera Monteiro - SP Victor Russo Fróes Rodrigues - PA Virgínia Vieira - MG; Vívian Cristina Lima López Valle - PR Vladimir França - RN Wallace Paiva - SP.

A plenária de aprovação dos enunciados foi realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e teve a organização do Instituto de Direito Administrativo de Goiás - IDAG com o apoio: SEBRAE, UEG, OABGO, Prefeitura Municipal de Pirenópolis-GO. O trabalho é resultado de meses de debates entre centenas de especialistas, somados à participação ativa do público, que apresentaram sugestões valiosas, enriquecendo as análises. Como fruto desse esforço coletivo, foi elaborado uma série de enunciados que oferecem orientações interpretativas, contribuindo para a aplicação prática e eficaz da nova legislação em todo o Brasil.

Referências

IBDA. *II Enunciados do IBDA Jornada de Pirenópolis*. Disponível em: <https://enunciados.ibda.com.br/2023/>. Acesso em: 12 mar. 2025.

IDAG. Instituto de Direito Administrativo de Goiás. Disponível em: <https://idag.com.br/> Acesso em: 12 mar. 2025.

Técnicas (ABNT):

RIBEIRO, Juscimar Pinto. OS enunciados do IBDA acerca das mudanças da Lei de Improbidade Administrativa: como foi a construção dos enunciados. *In*: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 375-382. ISBN 978-85-450-0925-2.

DO FORMALISMO AOS ALGORITMOS: TRIBUNAIS DE CONTAS E O DESAFIO DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NOS CINQUENTA ANOS DO IBDA

RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES

Professor de Direito Administrativo do Centro Universitário Cesmac
Pós-Doutorando (USP) e Doutor em Direito (PUC/RS)
Procurador do Ministério Público de Contas de Alagoas

Sumário: 1 Introdução. 2 Os Tribunais de Contas do passado: o formalismo exacerbado. 3 Os Tribunais de Contas do presente: a busca por relevância via eficiência. 4 Os Tribunais de Contas do futuro: a imersão nas novas tecnologias. 4.1 Os riscos do novo mundo digital para o controle externo. 4.1.1 Falta de transparência e a questão da “caixa-preta” da IA. 4.1.2 Discriminação algorítmica e viés de dados. 4.1.3 Uso indevido de dados e violação da privacidade. 4.1.4 Substituição indevida da decisão humana. 4.1.5 Riscos de cibersegurança e manipulação de dados. 4.1.6 Dependência excessiva de tecnologias privadas. 4.1.7 Resistência cultural. 4.2 Em direção a um “controle de vigilância”? 4.3 Considerações para um controle tecnológico responsável. 4.4 Rumo a um controle externo expandido pela tecnologia. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O controle da Administração Pública constitui elemento fundamental do Estado Democrático de Direito, sendo os Tribunais de Contas protagonistas nessa missão institucional. Este artigo analisa a trajetória evolutiva dessas Cortes de Contas no Brasil, tomando como marco temporal os cinquenta anos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), fundado em 1975, período que coincide com profundas transformações no paradigma do controle externo brasileiro.

A relevância deste estudo reside na necessidade de compreender como os Tribunais de Contas têm se adaptado às diferentes configurações do Estado brasileiro, desde o regime militar até a contemporaneidade digital, passando pela redemocratização

e pela reforma administrativa. Essa análise é especialmente oportuna diante da crescente incorporação de tecnologias disruptivas no âmbito do controle, fenômeno que promete revolucionar, mas também desafiar, as bases tradicionais da fiscalização das contas públicas.

Nesse contexto, emerge o problema central da pesquisa: como os Tribunais de Contas evoluíram ao longo dos últimos cinquenta anos e quais os desafios e perspectivas que se apresentam para essas instituições diante da revolução tecnológica em curso? A hipótese que norteia esta investigação é a de que, embora tenha ocorrido uma significativa evolução do controle formal para o controle de resultados, a incorporação acelerada de novas tecnologias traz consigo tanto oportunidades quanto riscos que precisam ser adequadamente endereçados.

Metodologicamente, o trabalho adota uma abordagem histórico-evolutiva e crítico-propositiva, valendo-se de pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias clássicas e contemporâneas, análise da evolução constitucional e normativa do controle externo, e exame de casos emblemáticos que ilustram os desafios emergentes no contexto da transformação digital. A estrutura do artigo reflete essa perspectiva temporal, dividindo-se em três momentos analíticos: passado, presente e futuro dos Tribunais de Contas, com ênfase especial nas questões tecnológicas que conformarão o controle externo nas próximas décadas.

2 Os Tribunais de Contas do passado: o formalismo exacerbado

Com base no trabalho de Ruben Rosa, é importante destacar que a criação do Tribunal de Contas não foi um processo isento de críticas e objeções significativas ao longo da história brasileira. Nesse contexto, destaca-se a posição contundente de Cândido Batista de Oliveira, antigo ministro da Fazenda em 1839, que expressou forte oposição à instituição deste órgão de controle. Em sua manifestação, que Rosa classifica como rara por se tratar de publicação impressa no estrangeiro, Batista argumentava que esse tipo de instituição estaria longe de alcançar os objetivos de fiscalização severa e independente do sistema financeiro. Ele rejeitava a ideia de que tal órgão seria o único meio eficaz de fiscalização das finanças públicas, considerando-o, ao contrário, uma custosa e inútil sinecura, comparável a instituições similares criticadas em outros países. Na visão de Batista, embora esses órgãos pudessem ter prestado serviços relevantes ao Estado em períodos de governos absolutistas, representavam agora excrescências prejudiciais no sistema financeiro das nações, perpetuando-se apenas por força do hábito e pela influência de interesses particulares.¹

Esse debate histórico sobre a utilidade e eficácia dos Tribunais de Contas, documentado por Ruben Rosa em “As Contas do Brasil”, demonstra que as preocupações com a independência, a efetividade e a natureza jurídica destes órgãos constituem questões recorrentes no pensamento administrativo brasileiro.

Acerca dos Tribunais de Contas da época, Themístocles Brandão, por ocasião do 15º aniversário do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em 9 de junho de 1972, já alertava que “é preciso insistir que se trata de órgão com funções extremas

¹ ROSA, Ruben. *As Contas do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 32.

de responsabilidades, e que precisa ser integrado por pessoas de perfeita idoneidade técnica e moral”.² À luz do cenário constitucional da época, o autor já reconhecia a possibilidade de o Tribunal deixar de aplicar um ato por inconstitucional, ao defender que “exerce o Tribunal de Contas o controle de constitucionalidade usando apenas da técnica da interpretação que conduz à valorização da lei maior. Neste ponto tem aplicado o princípio da supremacia da Constituição”. Quanto aos efeitos dessa atuação, reconhecia que “não pode, entretanto, anular o ato, nem anular a lei, mas apenas deixar de aplicá-la por inconstitucional”.³

O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) surge em Curitiba, em 23 de fevereiro de 1975, com Manoel de Oliveira Franco Sobrinho aclamado como seu primeiro presidente, por indicação de Themístocles Brandão Cavalcanti. À época, o país vivia sob a ditadura militar, instaurada em 1964, e era comandado pelo general Ernesto Geisel (1974-1979), que assumiu a presidência em 15 de março de 1974, sucedendo Emílio Garrastazu Médici. Esse período é marcado pelo começo do vagaroso processo de abertura política (distensão), que se propunha de forma “lenta, gradual e segura”. Por certo, esse momento político influenciou o modo como o Direito Administrativo era pensado então. Estávamos ainda distantes da redemocratização, e a Constituição de 1988, marco fundamental que transfigurou substancialmente as bases do Direito Administrativo brasileiro, ainda era um sonho muito distante.

À época, vigia a Constituição de 1967, com as alterações da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que previa um modelo altamente centralizador de poder na União e no Poder Executivo. Do ponto de vista do controle da Administração Pública, o texto constitucional atribuía ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, a competência para fiscalizar a execução orçamentária. A Constituição previa também que o Tribunal de Contas realizaria auditorias financeiras e orçamentárias, um sistema que havia substituído a sistemática anterior do controle prévio ou registro. Em caso de ilegalidades, o Tribunal poderia assinar prazo para a adoção das providências necessárias ao cumprimento da lei e, se não atendido, sustar a execução do ato impugnado. O controle externo ainda era focado predominantemente no aspecto formal da atuação estatal, restrito basicamente à verificação da conformidade com as normas legais (controle de legalidade).⁴

Quando o IBDA foi fundado em 1975, os Tribunais de Contas já haviam se estabelecido como instituições relevantes no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que sua atuação estivesse predominantemente limitada ao controle formal de legalidade, como apontado no contexto constitucional vigente à época. Esse aspecto era fortemente censurado pela doutrina.

De fato, as críticas históricas ao controle excessivamente formalista dos Tribunais de Contas constituem importante tema na literatura jurídica brasileira. Em conferência realizada em 1955, Miguel Seabra Fagundes já denunciava que “o contrôl de contas,

² BRANDÃO, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – órgão constitucional – funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 109, p. 1-10, jul./set. 1972. p. 2.

³ BRANDÃO, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – órgão constitucional – funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 109, p. 1-10, jul./set. 1972. p. 8.

⁴ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Mínimo Existencial em educação: fundamentos para uma atuação forte*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 262 e segs.

como hoje se exerce, é puramente formal, o que vale dizer, nada significa em relação à legitimidade e moralidade da aplicação das dotações orçamentárias”, destacando que os grandes negócios duvidosos escapavam às suas possibilidades de atuação, enquanto apenas “pequenos casos individuais” ficavam embaraçados em formalidades.⁵ Fagundes defendia uma reforma urgente e ampla da jurisdição e do rito de funcionamento dos TCs, propondo que fosse conferido ao Tribunal “o exame da moralidade dos contratos da Administração” e a possibilidade de determinar diligências *in loco* para verificar o exato emprego das dotações para obras públicas.⁶ Na mesma linha crítica, Celso Ribeiro Bastos sustentava que o controle formalista era insuficiente por desprezar valores fundamentais da coletividade.⁷

A redução do controle ao mero formalismo foi criticada também por diversos autores contemporâneos. Juarez Freitas alerta para o risco de o “exacerbado formalismo” servir como escudo para práticas inadequadas.⁸ Marcos Nóbrega argumenta que “o estrito legalismo, fruto de herança continental, sobretudo ibérica, perde força e deve abrir espaço para uma análise mais aprofundada, visando à eficiência”. Acrescentava que “os Tribunais de Contas, gestados em ambiente conservador, muito custaram a sequer perceber que estávamos num Estado burocrático, e não patrimonialista”.⁹

José de Ribamar Caldas Furtado defende uma visão ampla da legalidade que permita ao Tribunal exercer um controle efetivo sobre a administração pública.¹⁰ Ricardo Lobo Torres (1994, p. 269) sustenta que o controle de legitimidade e economicidade permite a “abertura do controle financeiro para a política”, englobando todos os princípios constitucionais orçamentários e financeiros. Esta evolução crítica reflete o processo de transformação do papel dos Tribunais de Contas, que a Constituição de 1988 tentou endereçar ao incluir expressamente os parâmetros de legitimidade e economicidade no texto constitucional, indo além do tradicional controle de legalidade.¹¹

A evolução institucional dos Tribunais de Contas, desde as resistências iniciais no período imperial até sua definitiva consolidação constitucional na República, revela como o sistema de controle das contas públicas foi progressivamente adquirindo maior relevância, apesar das críticas de figuras como Cândido Batista e Seabra Fagundes. Em 1988 observa-se o ápice desse modelo, dada a pródiga conformação constitucional conferida a essa instituição pelo Constituinte brasileiro. Ao longo da década dos 90 e até os dias atuais, a mudança de perfil, de um controle de viés legalista para um controle voltado à eficiência, caracteriza a busca pelo aperfeiçoamento desse importante órgão de controle, como veremos a seguir.

⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez. 2013. p. 100-101.

⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez. 2013. p. 100-101.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 150.

⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 128-129.

⁹ 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. p. 346-347.

¹⁰ FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 552.

¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994. p. 269.

3 Os Tribunais de Contas do presente: a busca por relevância via eficiência

A transição paradigmática da atuação dos Tribunais de Contas no Brasil, notadamente nas últimas três décadas, evidencia o deslocamento de um modelo estritamente legalista para um modelo de controle orientado pela juridicidade, que ganha impulso com a incorporação da legitimidade como parâmetro de controle dos Tribunais de Contas a partir de 1988 (art. 70, *caput*, da Constituição).¹² Este movimento amplia a noção de legalidade – compreendida em sentido estrito como conformidade formal com a norma –, incorporando a ideia de juridicidade, que abarca os princípios constitucionais da Administração Pública, como impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos já consagrados princípios gerais da proporcionalidade e da razoabilidade.¹³

Conforme sustentamos em outra oportunidade, a concepção atual de legalidade, no sentido de juridicidade, reforça a ideia de que os Tribunais de Contas, ao exercerem suas atribuições constitucionais, não devem se limitar aos aspectos formais do ato administrativo objeto do controle, nem negligenciar as disposições constitucionais aplicáveis ao caso examinado.¹⁴ Para além disso, é possível afirmar, “a partir da teoria dos direitos fundamentais e à luz da Constituição brasileira, que os Tribunais de Contas não são imunes ou indiferentes às normas de direitos fundamentais”, de modo que devem pautar sua atuação em prol da efetivação de tais direitos.¹⁵ Com efeito, a atuação dos órgãos de controle não pode ser vista como “algo dissociado do contexto das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte de 1988, pois a dimensão objetiva de tais direitos impõe a todos os atores estatais uma conduta condizente com essas diretrizes fundamentais”.¹⁶

Neste cenário, despontou entre os mecanismos mais representativos desse novo estágio de atuação o uso crescente das auditorias operacionais pelos Tribunais de Contas, instrumento por excelência do controle de resultados e que tem por objetivo avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados (art. 239, inc. II, RI/TCU), representando um importantíssimo instrumento para a avaliação de políticas públicas.¹⁷

¹² RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Contas e o Mínimo Existencial em educação: fundamentos para uma atuação forte*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 270 e segs.

¹³ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021. p. 635 e segs.

¹⁴ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021. p. 642.

¹⁵ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021. p. 136.

¹⁶ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021. p. 136.

¹⁷ “O princípio da *economicidade* significa minimizar os custos dos recursos. Os recursos usados devem estar disponíveis tempestivamente, em quantidade suficiente, na qualidade apropriada e com o melhor preço. O princípio da *eficiência* significa obter o máximo dos recursos disponíveis. Diz respeito à relação entre recursos empregados e produtos entregues em termos de quantidade, qualidade e tempestividade. O princípio da *efetividade* diz respeito a atingir os objetivos estabelecidos e alcançar os resultados pretendidos”. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI): princípios fundamentais de auditoria (nível 3) – ISSAI 300 – princípios*

Antes de 1988, no âmbito do controle externo, a Constituição não previa fiscalizações ou auditorias operacionais, contábeis ou patrimoniais. Apenas auditorias financeiras e orçamentárias eram expressamente mencionadas, e os Tribunais de Contas atuavam principalmente no controle de conformidade (legalidade).¹⁸

Nesse contexto, a atuação dos Tribunais de Contas na indução de boas práticas administrativas, por meio de recomendações, orientações normativas e ações de capacitação e fomento à governança pública, despontou como mecanismo concretizador do princípio da eficiência, introduzido em nosso ordenamento jurídico a partir da Reforma Administrativa de 1998, implementada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. A partir daí, cresce a compreensão do controle externo como um processo dinâmico, pedagógico e colaborativo, que visa não apenas punir o erro, mas principalmente prevenir a má gestão e promover a efetivação dos direitos fundamentais.

A consolidação dessa nova identidade institucional tem exigido, entretanto, enfrentamento de desafios internos – como a capacitação de quadros, a estruturação de núcleos técnicos especializados e o investimento em inteligência institucional – e externos – como a resistência de setores da Administração e as pressões políticas que permeiam o funcionamento dos Tribunais. Ainda assim, é possível constatar um avanço progressivo na relevância social e na legitimidade democrática da atuação das Cortes de Contas, notadamente quando sua ação é pautada por critérios técnicos, transparência e foco nos resultados.

A busca por eficiência e relevância não se deu em prejuízo da legalidade, mas por meio de sua ressignificação. A legalidade, agora compreendida em seu sentido mais amplo, passou a ser o ponto de partida para uma atuação que persegue a conformidade substancial dos atos administrativos com os valores e objetivos constitucionais.

Por certo, essa migração de um modelo “legalista” para outro voltado à eficiência não se deu da mesma forma para todas as Cortes de Contas, sendo constatados diferentes níveis de evolução em nosso país. Diante da característica do sistema de controle externo adotado pelo Constituinte de 1988, em que as Cortes de Contas são “ilhas”, não há uma uniformização no aspecto normativo, institucional e de recursos humanos, a despeito da simetria constitucional que impõe o modelo federal como parâmetro obrigatório (art. 75, *caput*, da CR), a reclamar, quiçá, a criação de algum mecanismo de controle dos órgãos de controle.¹⁹

fundamentais de auditoria operacional. Tradução Secretaria de Relações Internacionais (Serint/TCU). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. p. 2-3).

¹⁸ Rosilho aponta que esse instrumento já era previsto na Constituição de 1967 como uma das atribuições do sistema de controle *interno*, mas sem ser expressamente denominado como fiscalização ou auditoria operacional: “Art 72 - O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a: I - criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa; II - acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento; III - avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos” (grifo nosso). (ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 296). Segundo Speck, apesar das dúvidas quanto à possibilidade de o TCU realizar inspeções além dos limites do controle clássico, no decorrer dos anos 80 já ocorreram as primeiras experiências com as auditorias operacionais, a ponto de serem editadas normas de “auditoria programática”, nos anos de 1982 e 1984, e criada, em 1986, a Secretaria de Auditoria. (SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 158-159).

¹⁹ Já tratamos da temática anteriormente, na perspectiva dos precedentes administrativos, sugerindo a necessidade de criação de um órgão superior de uniformização para a aplicação de precedentes administrativos. Cf.

Na quadra atual, a migração para um modelo de controle mais efetivo é revolucionada com o progressivo implemento do uso de novas tecnologias pelos órgãos de controle. Todavia, ao tempo que potencializa a fiscalização sobre a Administração Pública de forma antes não imaginada, também representa riscos significativos para a discricionariedade administrativa (excessos do controle), proteção de dados pessoais, transparência, autoritarismo e até a dependência cada vez maior da tecnologia – muitas vezes privada – para o exercício de atividades estatais típicas. Sobre estas questões nos debruçaremos a seguir.

4 Os Tribunais de Contas do futuro: a imersão nas novas tecnologias

A evolução tecnológica e sua crescente adoção pelos órgãos públicos, inclusive pelos Tribunais de Contas, promete revolucionar o exercício do controle externo nas próximas décadas. Se no passado, como vimos, o controle pautava-se predominantemente por aspectos formais de legalidade, e no presente busca-se um equilíbrio entre a aferição de conformidade e a avaliação de resultados, o futuro aponta para um controle potencializado pelos recursos da inteligência artificial, do *big data* e dos algoritmos preditivos.

Pesquisa recente realizada pelo Instituto Rui Barbosa (IRB), Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) e Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) revela que a incorporação da inteligência artificial já é uma realidade no âmbito das Cortes de Contas nacionais. O estudo aponta que 60% dos Tribunais já implementaram soluções de IA em áreas de controle externo, como auditorias e fiscalizações, enquanto 45% planejam expandir seu uso para áreas administrativas e de tecnologia da informação. Mais expressivo ainda, 94% dos tribunais relataram ter projetos de IA em andamento ou em planejamento, com foco principal na melhoria da eficiência operacional (80%), detecção de fraudes (65%) e automação de tarefas repetitivas (53%).²⁰

A expansão dessas tecnologias no âmbito do controle tem produzido resultados impressionantes: redução média de 25% no tempo de análise de auditorias e aumento significativo na precisão das detecções de irregularidades. No Tribunal de Contas da União, por exemplo, desde 2016 são desenvolvidas ferramentas baseadas em inteligência artificial, destacando-se o ChatTCU, assistente virtual desenvolvido em parceria com a Microsoft Azure OpenAI Service, atualmente utilizado por mais de 1.400 usuários internos. Ao todo, identificou-se no âmbito nacional nada menos que 17 soluções diferentes de IA generativa já em operação nos diversos Tribunais de Contas do Brasil, segundo levantamento da Atricon.²¹

RODRIGUES, Ricardo Schneider. Precedentes nos Tribunais de Contas: a imprescindibilidade de um órgão superior de uniformização. In: VALE, Luís Manoel do Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Por uma Teoria dos Precedentes Administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 247-283. Sem embargo, a problemática sugere uma uniformização para além da atividade “jurisdicional”, mas igualmente em termos de normas, procedimentos, infraestrutura e recursos humanos.

²⁰ INSTITUTO RUI BARBOSA (IRB); ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON); TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (TCE/SP). *Inteligência Artificial nos Tribunais de Contas: avanços e desafios*. Brasília: IRB, 2024. p. 17-18.

²¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Uso de inteligência artificial aprimora processos internos no Tribunal de Contas da União*. TCU, Secom, Notícias, 22 fev. 2024. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/>

Essa tendência à digitalização e à automação do controle externo, entretanto, não vem desacompanhada de riscos e desafios significativos que precisam ser adequadamente enfrentados.

4.1 Os riscos do novo mundo digital para o controle externo

A crescente dependência tecnológica para o exercício do controle traz consigo uma série de implicações que vão muito além dos ganhos de eficiência inicialmente prometidos. Como alerta Stuart Russell, um dos mais respeitados pesquisadores no campo da IA, “apostar contra a criatividade humana é temerário, em especial quando nosso futuro está em jogo”. Menciona o caso emblemático de Ernest Rutherford, considerado pai da física nuclear e ganhador do prêmio Nobel, e que considerava impossível a obtenção de energia a partir de átomos, chegando a divulgar esse pensamento no *Times*, apenas para ver essa possibilidade tornar-se realidade em menos de 24 horas, a partir das reflexões de Léo Szilárd, no dia seguinte à publicação da notícia.²² Similarmente, não devemos subestimar o potencial transformador – para o bem e para o mal – que as novas tecnologias podem trazer ao exercício do controle externo.

Entre os riscos mais prementes, e sem a pretensão de esgotar o tema, destacamos.

4.1.1 Falta de transparência e a questão da “caixa-preta” da IA

Um dos problemas fundamentais no uso de ferramentas de IA para o controle público reside na dificuldade de explicação das decisões automatizadas. A opacidade dos algoritmos utilizados e a complexidade matemática subjacente aos modelos de aprendizado de máquina frequentemente impedem que tanto os cidadãos quanto os próprios gestores compreendam os fundamentos de determinadas conclusões alcançadas pelo sistema.²³

Episódio emblemático ocorreu na Holanda, onde um sistema algorítmico usado pelo governo para avaliar riscos de fraude em benefícios sociais foi considerado ilegal pelo Tribunal Distrital de Haia em fevereiro de 2020. A decisão judicial constatou que o sistema “não atende aos requisitos de proporcionalidade e transparência necessários e viola as disposições sobre respeito à privacidade que reconhecem o artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos”. Como destacou o Tribunal, o governo holandês “não tornou público o tipo de algoritmo usado no modelo de risco, nem forneceu informações sobre o método de análise de risco usado”, impossibilitando verificar como a árvore de decisão do algoritmo era projetada e quais critérios utilizava.²⁴

uso-de-inteligencia-artificial-aprimora-processos-internos-no-tribunal-de-contas-da-uniao. Acesso em: 26 mar. 2025; ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (Atricon). *Inteligência artificial generativa na transformação digital dos Tribunais de Contas*. Brasília: Atricon, 2024.

²² RUSSEL, Stuart. *Inteligência Artificial a nosso favor: como manter o controle sobre a tecnologia*. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2021. p. 16-18.

²³ Acerca da explicabilidade das decisões tomadas por algoritmos de aprendizado de máquina, já há algum tempo ocorre o desenvolvimento de técnicas de Inteligência Artificial Explicável (XAI), inclusive com a identificação de diversas abordagens voltadas à solução dessa problemática. Cf. ADADI, Amina; BERRADA, Mohammed. *Peeking inside the black-box: A survey on explainable artificial intelligence (XAI)*. *IEEE Access*, v. 6, p. 52138-52160, 2018.

²⁴ NASSIF, Luis. *Tribunal de Haia declara ilegal algoritmo para avaliação das características pessoais dos cidadãos*. Jornal GGN, 28 fev. 2020. Disponível em: <https://jornalggm.com.br/noticia/tribunal-de-haia-declara-ilegal-algoritmo-para-avaliacao-das-caracteristicas-pessoais-dos-cidadaos/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

A depender do grau de opacidade desses sistemas, corre-se o risco de transformar o controle numa espécie de “oráculo digital” incontestável, cujos fundamentos são inacessíveis tanto ao controlado quanto à sociedade, comprometendo os princípios da motivação e transparência que devem nortear a atuação pública.

4.1.2 Discriminação algorítmica e viés de dados

Outro risco significativo refere-se à possibilidade de que os sistemas de IA utilizados no controle perpetuem ou mesmo amplifiquem preconceitos existentes nos dados de treinamento. Conforme a máxima já disseminada no âmbito da ciência de dados, algoritmos são tão bons quanto os dados que os alimentam e, numa sociedade marcada por desigualdades estruturais, esses vieses podem se infiltrar nos modelos computacionais e produzir resultados discriminatórios.

O caso do sistema Compas (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), utilizado em tribunais americanos para prever reincidência criminal, é exemplar. Uma análise conduzida pela ProPublica revelou que o sistema classificava erroneamente réus negros como de alto risco em uma taxa significativamente maior do que réus brancos. No caso relatado, uma jovem, Brisha Borden, foi classificada como de alto risco após furtar itens de baixo valor, enquanto Vernon Prater, com histórico criminal mais grave, foi classificado como de baixo risco. Dois anos depois, Borden não havia cometido nenhum crime, enquanto Prater foi condenado por roubo.²⁵

Consciente deste tipo de problema, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução n. 615/2025, vedou ao Poder Judiciário o desenvolvimento e a utilização de soluções “que valorem traços da personalidade, características ou comportamentos de pessoas naturais ou de grupos de pessoas naturais, para fins de avaliar ou prever o cometimento de crimes ou a probabilidade de reiteração delitiva na fundamentação de decisões judiciais [...]” (art. 10, inc. II).²⁶ Essa preocupação deve estender-se aos Tribunais de Contas, uma vez que sistemas enviesados poderiam, por exemplo, direcionar fiscalizações de forma desproporcional a determinados entes ou gestores, baseados em padrões discriminatórios embutidos nos algoritmos.

4.1.3 Uso indevido de dados e violação da privacidade

A capacidade de processamento e cruzamento de grandes volumes de dados pelos sistemas de IA utilizados pelos órgãos de controle traz à tona preocupações legítimas quanto à proteção da privacidade e ao tratamento adequado dos dados pessoais. Como demonstrou o escândalo da Cambridge Analytica, que coletou informações privadas

²⁵ ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. *Machine Bias*: There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks. ProPublica, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 26 mar. 2025.

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 615, de 11 de março de 2025*. Estabelece diretrizes para o desenvolvimento, utilização e governança de soluções desenvolvidas com recursos de inteligência artificial no Poder Judiciário. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 54, p. 2-17, 14 mar. 2025. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1555302025031467d4517244566.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2025.

de 87 milhões de usuários do *Facebook* sem seu conhecimento para fins de manipulação eleitoral, o acesso irrestrito a dados pessoais pode ter consequências devastadoras quando mal utilizado.²⁷

No contexto dos Tribunais de Contas, onde o acesso a informações sigilosas e dados sensíveis é parte inerente da atividade fiscalizatória, os riscos de vazamento ou uso inadequado desses dados são amplificados pela adoção de tecnologias que podem não dispor de mecanismos adequados de segurança e governança. A questão torna-se ainda mais sensível considerando-se a possibilidade de geração de perfis comportamentais detalhados de gestores públicos e cidadãos a partir do cruzamento de bases de dados distintas.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) tem demonstrado preocupação com essa questão, tanto que firmou acordo de cooperação com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com duração de vinte meses e o objetivo de selecionar instituição pública que detenha interesse e habilidade técnico-científica para a prestação de serviços de consultoria especializada no Ambiente Regulatório Experimental em Inteligência Artificial e Proteção de Dados da ANPD (“Sandbox Regulatório”). A instituição parceira atuará nas áreas de avaliação de projetos em Inteligência Artificial e Proteção de Dados; implementação de ambiente regulatório experimental (“Sandbox regulatório”), especialmente na área de inteligência artificial e proteção dados; e treinamento e acompanhamento especializado dos participantes do projeto, em todas as etapas do projeto.²⁸

4.1.4 Substituição indevida da decisão humana

Um risco particularmente relevante para os Tribunais de Contas reside na possibilidade de que a utilização crescente de sistemas automatizados acabe por substituir indevidamente o julgamento humano nas decisões de controle. Como já observamos em outra oportunidade, “é necessário compreender que o processo de escolhas públicas é influenciado por inúmeros fatores, nem sempre objetivos e pautados por critérios estritamente técnicos”.²⁹

Considerar que a inteligência artificial poderia realizar as escolhas associadas à implementação de políticas públicas de maneira objetiva e irrefutável, desvinculando-as do processo de legitimação que exige a participação de diversos atores – políticos, econômicos e sociais –, revela uma visão limitada. O processo de legitimação social é fundamental para a harmonização dos interesses dos atores envolvidos, particularmente

²⁷ CAMBRIDGE Analytica se declara culpada por uso de dados do Facebook. G1, 9 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/01/09/cambridge-analytica-se-declara-culpada-por-uso-de-dados-do-facebook.gh.html>. Acesso em: 26 mar. 2025.

²⁸ BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Edital de Convocação nº 001/2024 – Seleção de Instituição Parceira*. Brasília, DF: ANPD, 2024. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/acesso-a-informacao/convenios-e-transferencias/repasse-e-transferencias-de-recursos-financeiros/prodoc/vagas-de-consultoria/edital_de_convocacao_001_2024.pdf. Acesso em: 26 mar. 2025.

²⁹ RODRIGUES, Ricardo Schneider; BLIACHERIENE, Ana Carla. O uso de inteligência artificial generativa pelos Tribunais de Contas: possíveis repercussões na deferência quanto às escolhas dos responsáveis pelas políticas públicas. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos (coord.). *Entre riscos, danos e contratos: a inteligência artificial nas relações patrimoniais*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 179.

aqueles que não serão contemplados, num contexto de necessidades praticamente ilimitadas e recursos escassos.³⁰

A Resolução nº 615/2025 do CNJ reconhece esta preocupação ao estabelecer que são vedadas ao Poder Judiciário soluções “que não possibilitem a revisão humana dos resultados propostos ao longo de seu ciclo de treinamento, desenvolvimento e uso, ou que gerem dependência absoluta do usuário em relação ao resultado proposto, sem possibilidade de alteração ou revisão” (Art. 10, inc. I).³¹ Esse princípio de supervisão humana deve nortear igualmente a adoção de tecnologias de IA pelos Tribunais de Contas.

4.1.5 Riscos de cibersegurança e manipulação de dados

O crescente uso de sistemas computacionais sofisticados para o controle externo amplia significativamente a superfície de ataque para operações maliciosas. Sistemas de IA podem ser alvo de ataques cibernéticos visando comprometer sua integridade ou manipular seus resultados. A possibilidade de criação de *deepfakes* – conteúdo audiovisual criado ou manipulado por IA para parecer realista, como vídeos ou áudios simulando pessoas reais – representa um risco adicional para a confiabilidade das evidências utilizadas em processos de controle.³²

4.1.6 Dependência excessiva de tecnologias privadas

Outro aspecto preocupante é a crescente dependência dos órgãos públicos em relação a tecnologias desenvolvidas e controladas por entidades privadas. Essa dependência pode se tornar particularmente problemática considerando o ritmo acelerado de evolução tecnológica. Como ilustrado pela rápida adoção do ChatGPT, que alcançou 100 milhões de usuários em apenas dois meses (comparado ao tempo que outras tecnologias levaram para atingir essa marca),³³ os órgãos públicos podem se tornar reféns de soluções tecnológicas que rapidamente se mostram obsoletas ou incompatíveis com novas necessidades. Nesse sentido, ao desenvolver soluções em parceria com

³⁰ RODRIGUES, Ricardo Schneider; BLIACHERIENE, Ana Carla. O uso de inteligência artificial generativa pelos Tribunais de Contas: possíveis repercussões na deferência quanto às escolhas dos responsáveis pelas políticas públicas. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos (coord.). *Entre riscos, danos e contratos: a inteligência artificial nas relações patrimoniais*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 179.

³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 615, de 11 de março de 2025*. Estabelece diretrizes para o desenvolvimento, utilização e governança de soluções desenvolvidas com recursos de inteligência artificial no Poder Judiciário. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 54, p. 2-17, 14 mar. 2025. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1555302025031467d4517244566.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2025.

³² Segundo previsões da *Check Point Research (CPR)*, os cibercriminosos adotarão a inteligência artificial para acelerar e expandir suas ferramentas de ataque, desenvolvendo novas variantes de *malware* e *ransomware*, além de utilizar tecnologias de *deepfake* para aprimorar ataques de *phishing* e personificação. Desta forma, o risco da manipulação digital evidencia-se, comprometendo a confiabilidade das evidências em processos de controle. Cf. CISO ADVISOR. *IA, deepfake e hacktivismo: a tempestade perfeita para 2024*. 22 nov. 2023. Disponível em: <https://www.cisoadvisor.com.br/ia-deepfake-e-hacktivismo-armam-a-tempestade-perfeita-para-2024/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

³³ PERALTA, Helena C. *Quanto tempo demoraram as apps mais populares a chegar a 100 milhões de utilizadores?* Forbes Portugal, 6 ago. 2023. Disponível em: <https://www.forbespt.com/quanto-tempo-demoraram-as-apps-mais-populares-a-chegar-a-100-milhoes-de-utilizadores/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

instituições privadas, é importante celebrar ajustes que mitiguem essa dependência, além de buscar a capacitação de suas unidades técnicas para, se possível, desenvolver alternativas próprias.

4.1.7 Resistência cultural

A implementação de tecnologias avançadas nos processos de controle enfrenta ainda barreiras culturais significativas, tanto por parte dos servidores e membros dos Tribunais quanto dos jurisdicionados. Como apontado por estudos do Instituto Arapyaú, gestores públicos e especialistas apontam a existência de um ordenamento jurídico que pune o risco como o principal entrave para inovação, gerando um ambiente onde “o servidor tem medo de ser punido pelos órgãos de controle, se algo der errado na contratação. A inovação pressupõe erro”.³⁴

Essa ambiência de insegurança institucional é aprofundada por aquilo que Rodrigo Valgas dos Santos denomina “Direito Administrativo do Medo”.³⁵ Segundo o autor, consolidou-se no âmbito da Administração Pública brasileira um modelo jurídico e cultural em que o receio da responsabilização – administrativa, civil ou penal – passou a condicionar negativamente o agir dos agentes públicos. Essa dinâmica cria incentivos perversos à inércia decisória, à omissão e à negação do risco, desestimulando a adoção de soluções inovadoras e impactando diretamente a eficiência da gestão. Em vez de favorecer a boa administração, o modelo de controle vigente acaba por induzir comportamentos defensivos, em que a legalidade é compreendida não como orientação, senão como mecanismo de autoproteção. Para Valgas, é urgente repensar os sistemas de controle à luz de uma racionalidade mais dialógica, preventiva e pedagógica, capaz de compatibilizar segurança jurídica com governança e inovação.

Uma forma de mitigar os riscos associados ao excesso de controle – que, reconhecemos, é observável em vários casos na Administração Pública, mas não representa a principal causa da ineficiência na gestão pública brasileira – é definir claramente o espaço legítimo de atuação da função administrativa, mediante uma maior deferência às escolhas administrativas.³⁶

4.2 Em direção a um “controle de vigilância”?

O conjunto desses fatores aponta para um risco que transcende os aspectos técnicos e operacionais: a possibilidade de emergência do que poderíamos denominar,

³⁴ INSTITUTO ARAPYAUÍ. *Desafios para Inovação na Gestão Municipal*. [S.l.]: Instituto Arapyaú; Plano CDE, 2019. Disponível em: https://www.planocde.com.br/pt/wp-content/uploads/2019/03/Pesquisa_Desafios-para-Inova%C3%A7%C3%A3o-na-Gest%C3%A3o-Municipal_Arapyau-e-PlanoCDE_publicado.pdf. Acesso em: 26 mar. 2025.

³⁵ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

³⁶ Analisamos o tema com base na Lei n. 14.133/2021, que promove uma maior deferência por parte dos Tribunais às decisões dos administradores públicos, especialmente quando suas novas disposições são combinadas com aquelas já estabelecidas na Lindb. Cf. 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.

em paralelo ao conceito de “capitalismo de vigilância” proposto por Shoshana Zuboff, um “controle de vigilância” – onipresente, automático e praticamente indiscutível.³⁷

Zuboff descreve como as grandes corporações de tecnologia transformaram a experiência humana em matéria-prima para práticas comerciais ocultas de extração, previsão e venda.³⁸ Por analogia, um “controle de vigilância” seria aquele em que os órgãos de controle, munidos de ferramentas de monitoramento contínuo, análise preditiva e cruzamento massivo de dados, exerceriam uma fiscalização permanente e virtualmente inescapável sobre os gestores públicos.

Embora a intensificação do controle possa parecer, à primeira vista, benéfica para a administração pública, seus efeitos colaterais podem ser perversos. Como visto, Valgas já alertava para os riscos dos excessos do controle. O autor desenvolveu o conceito de disfuncionalidade administrativa, decorrente do controle externo, como sendo “toda atuação insuficiente, ineficiente ou ilegal da Administração, decorrente da atuação direta ou indireta dos órgãos de controle externo, que pode produzir condutas ou resultados indesejáveis ao desempenho da função administrativa”.³⁹ É fenômeno correlato ao “apagão das canetas”, que seria a paralisia decisória dos gestores ante o temor de responsabilização pelos órgãos de controle. Um controle hipertrofiado pela tecnologia poderia agravar esse fenômeno, desincentivando a inovação administrativa e o experimentalismo necessário ao aperfeiçoamento das políticas públicas.

Como observa Vanice Lírio do Valle, “a repetição de um padrão conservador de controle, que pretenda que toda ação administrativa se funde em certezas e soluções previamente testadas, pode se apresentar com um sério elemento de constrição aos benefícios potenciais do governo digital”.⁴⁰ A expectativa de rígida atuação do controle e o risco de punição severa em caso de mínimo erro na atuação do gestor incentivam a cautela e a manutenção de rotinas e desestimulam o experimentalismo.

4.3 Considerações para um controle tecnológico responsável

A revolução tecnológica no âmbito dos Tribunais de Contas é não apenas inevitável, mas potencialmente benéfica para o aperfeiçoamento do controle externo. Contudo, para que esses benefícios se concretizem sem os riscos aqui elencados – ou, ao menos, com a mitigação desses riscos –, e sem cogitar de qualquer ineditismo na abordagem do tema, reunimos algumas diretrizes a serem consideradas, já ventiladas em diversos estudos acerca da temática:

1. Transparência algorítmica: os sistemas de IA utilizados pelos órgãos de controle devem ser transparentes quanto aos critérios de decisão e métricas utilizadas, possibilitando a compreensão de suas conclusões tanto pelos gestores

³⁷ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

³⁸ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

³⁹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 375.

⁴⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). *Governo digital e a busca por inovação na administração pública: a Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 58.

fiscalizados quanto pela sociedade. É fundamental implementar algoritmos explicáveis (XAI – *Explainable AI*) que permitam documentar os critérios de decisão de forma clara e acessível.

2. Supervisão humana obrigatória: em linha com a Resolução nº 615/2025 do CNJ, as soluções de IA devem manter o ser humano no centro do processo decisório, garantindo que as decisões finais sejam sempre submetidas à análise e à validação humana, com foco na proteção dos direitos fundamentais. A tecnologia deve ser vista como ferramenta de apoio e não como substituta do julgamento humano em decisões de controle.
3. Auditoria independente dos sistemas: os algoritmos e sistemas de IA utilizados pelos Tribunais de Contas devem ser submetidos a auditorias periódicas por entidades independentes, visando verificar possíveis vieses, erros, vulnerabilidades e até eventuais violações de direitos fundamentais.
4. Gestão de riscos tecnológicos: implementar processos robustos de gestão de riscos cibernéticos, incluindo protocolos de segurança para a proteção contra ataques, manipulação de dados e violações de privacidade, especialmente considerando o volume e a sensibilidade dos dados processados pelos órgãos de controle.
5. Proteção de dados pessoais: alinhamento estrito com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), implementando técnicas de anonimização, minimização e segurança dos dados pessoais tratados, especialmente aqueles considerados sensíveis. O encarregado de proteção de dados deve participar ativamente do desenvolvimento e da implementação de sistemas de IA.
6. Modelo de deferência tecnológica: adoção de uma postura de deferência em relação às decisões inovadoras dos gestores públicos, reconhecendo que a experimentação administrativa é essencial para o avanço tecnológico, desde que devidamente monitorada e baseada em critérios técnicos adequados.
7. Capacitação contínua: investimento em programas de formação e atualização constante tanto dos servidores dos Tribunais de Contas quanto dos jurisdicionados, criando uma cultura de inovação responsável e compreensão dos limites e possibilidades das novas tecnologias.
8. Participação social: implementação de mecanismos que permitam o controle social das ferramentas tecnológicas utilizadas pelos órgãos de controle, como audiências públicas, garantindo a legitimidade e a aceitação social das inovações.
9. Gradualismo na implementação: adoção de uma abordagem gradual e experimental na implementação de novas tecnologias, começando com projetos-piloto em áreas de menor risco antes de expandi-los para funções mais críticas, seguindo o modelo de *sandbox* regulatório. Nesse sentido, a proposta da ANPD de implementação de um *sandbox* regulatório de IA com foco na proteção de dados é uma iniciativa importante.
10. Governança colaborativa: estabelecimento de instâncias interinstitucionais de coordenação entre os diversos Tribunais de Contas e outros órgãos de controle, visando padronizar boas práticas, compartilhar experiências e evitar a fragmentação excessiva de soluções tecnológicas.

4.4 Rumo a um controle externo expandido pela tecnologia

Em vez do cenário distópico de um “controle de vigilância”, é possível vislumbrar um modelo de “controle expandido” pela tecnologia, no qual as ferramentas digitais potencializam a capacidade analítica e a eficiência dos Tribunais de Contas, sem comprometer os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Neste modelo, a inteligência artificial não substitui, mas complementa a inteligência humana, permitindo aos auditores e membros dos Tribunais de Contas dedicar mais tempo à análise qualitativa e à compreensão contextual dos problemas, enquanto os sistemas automatizados processam grandes volumes de dados e identificam padrões que poderiam passar despercebidos.

O controle externo aumentado também privilegia a atuação preventiva e orientativa, utilizando a tecnologia para antecipar riscos e oferecer recomendações aos gestores antes que irregularidades se concretizem, em linha com a tendência já observada de migração de um controle puramente formalista para um controle de resultados.

Esse novo paradigma de controle reconhece e valoriza a experimentação administrativa responsável, oferecendo aos gestores públicos o espaço necessário para inovar, desde que respeitados os parâmetros mínimos de transparência, participação e responsabilidade. Como observado por Vanice Lírio do Valle, “não se avança em relação à administração burocrática com um controle que permaneça burocrático”.⁴¹

A construção desse modelo equilibrado de controle tecnológico exigirá não apenas inovações técnicas, mas também uma profunda transformação cultural nas instituições de controle e na própria Administração Pública, superando resistências e criando um ambiente favorável à inovação responsável e ao aprendizado contínuo.

Para isso, será essencial a contínua reflexão sobre o papel e os limites do controle externo numa sociedade digital, bem como o desenvolvimento de novos marcos normativos e institucionais que deem conta dos desafios éticos, jurídicos e sociais trazidos pela revolução tecnológica em curso.

5 Conclusões

A análise da trajetória dos Tribunais de Contas no Brasil, ao longo dos cinquenta anos do IBDA, revela uma notável evolução institucional, confirmando parcialmente a hipótese central deste estudo. Partindo de um controle essencialmente formalista e frequentemente criticado por sua inefetividade – como evidenciado pelas contundentes críticas de Cândido Batista de Oliveira no passado e de Miguel Seabra Fagundes em meados do século XX –, os Tribunais de Contas gradualmente transformaram-se em instituições com maior capacidade de influência sobre a gestão pública.

O marco divisor dessa trajetória foi, indubitavelmente, a Constituição de 1988, que não apenas ampliou as competências dos Tribunais de Contas, mas também incorporou novos parâmetros de controle, como a legitimidade e a economicidade, transcendendo o tradicional exame de conformidade legal. Essa transição paradigmática, complementada

⁴¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). *Governo digital e a busca por inovação na administração pública: a Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 58.

pela introdução do princípio da eficiência através da Emenda Constitucional n. 19/1998, consolidou um modelo de controle mais orientado a resultados, materializado em instrumentos como as auditorias operacionais.

Contudo, é no horizonte futuro que residem os maiores desafios e oportunidades para as Cortes de Contas. A incorporação acelerada de tecnologias como inteligência artificial, *big data* e algoritmos preditivos promete revolucionar o exercício do controle externo, potencializando sua capacidade analítica e sua eficiência. No entanto, como demonstrado, esta revolução tecnológica traz consigo riscos significativos, entre os quais destacam-se: a falta de transparência algorítmica, a possibilidade de discriminação por viés de dados, violações à privacidade, substituição indevida da decisão humana, vulnerabilidades de cibersegurança, dependência tecnológica e aprofundamento de desigualdades digitais.

O estudo identifica, ainda, o risco emergente de um “controle de vigilância” – automatizado, onipresente e potencialmente incontestável – que poderia comprometer não apenas a autonomia administrativa dos gestores públicos, mas também princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Em resposta a estes desafios, propõe-se um modelo de “controle expandido” pela tecnologia, que equilibre inovação e responsabilidade a partir de diretrizes como transparência algorítmica, supervisão humana obrigatória, auditorias independentes, gestão de riscos tecnológicos, proteção de dados pessoais, deferência administrativa em contextos inovadores, capacitação contínua, participação social, implementação gradual, governança colaborativa e, sobretudo, pautado pela indispensável proteção dos direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição.

Respondendo ao problema inicial da pesquisa, conclui-se que os Tribunais de Contas evoluíram de um modelo predominantemente formalista para um paradigma mais orientado a resultados, mas que agora enfrentam o desafio de incorporar responsavelmente as novas tecnologias sem comprometer sua legitimidade democrática e sua missão constitucional. O futuro do controle externo dependerá, portanto, não apenas do desenvolvimento tecnológico, mas também – e principalmente – da capacidade das Cortes de Contas de harmonizar inovação e princípios fundamentais, eficiência e garantias democráticas, automatização e julgamento humano. Somente assim poderão as tecnologias emergentes servir como ferramentas para o aperfeiçoamento do controle, e não como instrumentos de uma vigilância desmedida e potencialmente autoritária sobre a gestão pública.

Referências

ADADI, Amina; BERRADA, Mohammed. Peeking inside the black-box: A survey on explainable artificial intelligence (XAI). *IEEE Access*, v. 6, p. 52.138-52.160, 2018.

ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. *Machine Bias*: There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks. ProPublica, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 26 mar. 2025.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (Atricon). *Inteligência artificial generativa na transformação digital dos Tribunais de Contas*. Brasília: Atricon, 2024.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRANDÃO, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – órgão constitucional – funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 109, p. 1-10, jul./set. 1972.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Edital de Convocação nº 001/2024 – Seleção de Instituição Parceira*. Brasília, DF: ANPD, 2024. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/repasses-e-transferencias-de-recursos-financeiros/prodoc/vagas-de-consultoria/edital_de_convocacao_001_2024.pdf. Acesso em: 26 mar. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 615, de 11 de março de 2025*. Estabelece diretrizes para o desenvolvimento, utilização e governança de soluções desenvolvidas com recursos de inteligência artificial no Poder Judiciário. *Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, n. 54, p. 2-17, 14 mar. 2025. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1555302025031467d4517244566.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2025.

CAMBRIDGE Analytica se declara culpada por uso de dados do Facebook. G1, 9 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/01/09/cambridge-analytica-se-declara-culpada-por-uso-de-dados-do-facebook.ghtml>. Acesso em: 26 mar. 2025.

CISO ADVISOR. *IA, deepfake e hacktivismo: a tempestade perfeita para 2024*. 22 nov. 2023. Disponível em: <https://www.cisoadvisor.com.br/ia-deepfake-e-hacktivismo-armam-a-tempestade-perfeita-para-2024/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez. 2013.

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 ARAPYAUÍ. *Desafios para Inovação na Gestão Municipal*. [S.l.]: Instituto Arapyaú; Plano CDE, 2019. Disponível em: https://www.planocde.com.br/pt/wp-content/uploads/2019/03/Pesquisa_Desafios-para-Inova%C3%A7%C3%A3o-na-Gest%C3%A3o-Municipal_Arapyaue-PlanoCDE_publicado.pdf. Acesso em: 26 mar. 2025.

INSTITUTO RUI BARBOSA (IRB); ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON); TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (TCE/SP). *Inteligência Artificial nos Tribunais de Contas: avanços e desafios*. Brasília: IRB, 2024.

NASSIF, Luis. *Tribunal de Haia declara ilegal algoritmo para avaliação das características pessoais dos cidadãos*. *Jornal GGN*, 28 fev. 2020. Disponível em: <https://jornalggm.com.br/noticia/tribunal-de-haia-declara-ilegal-algoritmo-para-avaliacao-das-caracteristicas-pessoais-dos-cidadaos/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

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.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI): princípios fundamentais de auditoria (nível 3) – ISSAI 300 – princípios fundamentais de auditoria operacional*. Tradução Secretaria de Relações Internacionais (Serint/TCU). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. p. 2-3.

PERALTA, Helena C. Quanto tempo demoraram as apps mais populares a chegar a 100 milhões de utilizadores? *Forbes Portugal*, 6 ago. 2023. Disponível em: <https://www.forbespt.com/quanto-tempo-demoraram-as-apps-mais-populares-a-chegar-a-100-milhoes-de-utilizadores/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

RODRIGUES, Ricardo Schneider; BLIACHERIENE, Ana Carla. O uso de inteligência artificial generativa pelos Tribunais de Contas: possíveis repercussões na deferência quanto às escolhas dos responsáveis pelas políticas públicas. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos (coord.). *Entre riscos, danos e contratos: a inteligência artificial nas relações patrimoniais*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 169-182.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. Precedentes nos Tribunais de Contas: a imprescindibilidade de um órgão superior de uniformização. In: VALE, Luís Manoel do Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Por uma Teoria dos Precedentes Administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022.

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. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021.

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.

ROSA, Ruben. *As Contas do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

RUSSEL, Stuart. *Inteligência Artificial a nosso favor: como manter o controle sobre a tecnologia*. Tradução Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Uso de inteligência artificial aprimora processos internos no Tribunal de Contas da União*. TCU, Secom, Notícias, 22 fev. 2024. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/uso-de-inteligencia-artificial-aprimora-processos-internos-no-tribunal-de-contas-da-uniao>. Acesso em: 26 mar. 2025.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). *Governo digital e a busca por inovação na administração pública: a Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

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

RODRIGUES, Ricardo Schneider. Do formalismo aos algoritmos: tribunais de contas e o desafio da transformação digital nos cinquenta anos do IBDA. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 383-400. ISBN 978-85-450-0925-2.

RESSARCIMENTO DOS ESTUDOS NOS PROCEDIMENTOS DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE – PMIS: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA NÃO ASSINATURA DO CONTRATO APÓS ADJUDICAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO

ANDRÉ SADDY

Professor na Universidade Federal Fluminense.
Professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
Pós-doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford.
Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.
Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro.
Diretor- Presidente do Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ).

KETLYN GONÇALVES FERNANDES

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.
Pós-graduanda em Direito Municipal Contemporâneo pela UERJ.
Advogada no Escritório Saddy Advogados.

Sumário: 1 Introdução. 2 Ressarcimento dos estudos nos procedimentos de manifestação de interesse – PMIs. 2.1 Modelo majoritário: ressarcimento pelo vencedor da licitante independentemente da assinatura do contrato. 2.2 Modelo minoritário: ressarcimento pelo vencedor da licitante apenas se houver a assinatura do contrato. 3 Relação jurídica pré-contratual e o direito ao ressarcimento em caso de desistência e/ou inadimplência do licitante vencedor. 4 Pretensão reintegradora do autorizado perante o licitante vencedor e hipótese de responsabilidade subsidiária do Poder Público. 5 Conclusões. Referências.

1 Introdução

Os Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMIs) configuram em instrumento relevante para a estruturação de projetos de infraestrutura e concessões públicas, permitindo à iniciativa privada contribuir com estudos, levantamentos e soluções

que beneficiem a Administração Pública. Sob a égide da Lei n. 14.133/2021, os PMIs estabelecem um modelo de cooperação pelo qual os estudos aprovados e utilizados em licitações devem ser ressarcidos pelo licitante vencedor.

Entretanto a ausência de uniformidade legislativa e a dúvida acerca da necessidade de assinatura do contrato para efetivar o pagamento geram incertezas jurídicas que afetam tanto o setor público quanto os autorizados no PMI. O risco de inadimplência ou desistência do licitante vencedor exacerba essa problemática, o que pode desestimular a participação do setor privado.

Diante disso, o presente artigo buscou analisar as bases legais que sustentam o direito ao ressarcimento no âmbito dos PMIs, nesse sentido, destacando as nuances da relação jurídica pré-contratual e a obrigatoriedade de indenização pelos estudos utilizados, mesmo na ausência de formalização contratual.

Para tanto, empregou-se a metodologia lógico-dedutiva e qualitativa com o uso da técnica de pesquisa documental, tendo como fonte primária as legislações da União, de 26 estados da federação¹ e de suas respectivas capitais, bem como do Distrito Federal. O objetivo deste levantamento e análise foi identificar se algum ente federativo, dentro da amostragem estabelecida, traria uma disposição expressa que solucionasse a problemática aqui abordada. No entanto não foram localizadas previsões nesse sentido.

Por essa razão, em um segundo momento, como técnica argumentativa, optou-se por selecionar os cinco estados, e suas respectivas capitais, que mais se valeram do uso do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) como forma de obtenção de estudos para a estruturação da iniciativa, conforme critérios estabelecidos pelo *ranking* da Radar PPP,² sendo eles: Distrito Federal, Pernambuco, Piauí, São Paulo e Minas Gerais. Além disso, o estado e o município do Rio de Janeiro foram inclusos no escopo de análise em razão da localização e domicílio dos autores, o que permitiu uma abordagem mais aprofundada e contextualizada do panorama normativo e prático da temática na região de atuação.

Outrossim, a fim de realizar uma análise que abrangesse todas as regiões do Brasil, foram selecionados, ainda, os estados do Tocantins e do Paraná, bem como suas respectivas capitais, pelo critério de sua classificação no *ranking* elaborado pela Radar PPP acerca dos estados que mais lançaram iniciativas nas modalidades Parceria Público-Privada (PPP) e concessões,³ respectivamente, em 5º e 7º lugar.⁴

Definido o campo amostral (União, 7 (sete) estados-membros – Rio de Janeiro, São Paulo, Piauí, Pernambuco, Minas Gerais, Tocantins e Paraná –, Distrito Federal e 6 (seis) municípios – Rio de Janeiro/RJ, São Paulo/SP, Recife/PE, Belo Horizonte/MG, Curitiba/PR e Palmas/TO), examinou-se a legislação aplicável, bem como os principais desafios e alternativas para assegurar a efetividade do ressarcimento, com vistas à preservação

¹ Não foram encontradas legislações ou outros atos normativos que disciplinem o tema nos seguintes Estados e Municípios capitais: Estado do Rio Grande do Sul, Estado de Roraima, Município de Belém/PA, Município de Campo Grande/MS, Município de Teresina/PI, Município de Boa Vista/RR.

² RADAR PPP. Parcerias Público-Privadas e Concessões: desempenho dos entes estaduais no ciclo de governo 2019-2022. Disponível em: <https://radarppp.com/biblioteca/avaliandoosestadosempppseconcessoes19-22> Acesso em: 2 dez. 2024. p. 8.

³ *Ibidem*, p. 8.

⁴ O 6º lugar no *ranking* de PPPs é o Estado do Rio Grande do Sul, sobre o qual não foram localizadas legislações pertinentes ao tema.

da segurança jurídica e do equilíbrio entre os interesses público e privado. Ao final, o estudo propõe soluções para mitigar os riscos enfrentados pelos autorizados e aprimorar o arcabouço normativo, dessa forma, visando contribuir para a consolidação de práticas mais justas e eficientes no âmbito dos PMIs.

2 Ressarcimento dos estudos nos procedimentos de manifestação de interesse – PMIs

Na proposição do art. 81, *caput*, da Lei n. 14.133/2021, consta que o PMI incorre na possibilidade de a Administração Pública solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública na forma de regulamento.⁵

Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização – supramencionados – estarão à disposição dos interessados, e o “vencedor da licitação” deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital (art. 81, §1º).

Assim, fica claro que o procedimento antecede a realização de licitação, a qual não necessariamente será desempenhada, estando à mercê da discricionariedade da Administração Pública.⁶ E isso significa que a remuneração do particular que teve seu projeto aprovado ocorrerá apenas se for realizada a licitação e dela decorrer um vencedor que efetuará o pagamento antes da assinatura do contrato.

Acontece que, embora o risco do procedimento seja assumido pelo autorizado em realizar os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos,⁷ não há um entendimento uniforme, na legislação brasileira, de que o ressarcimento deve ser realizado apenas mediante a assinatura do contrato. Em verdade, o Decreto Federal n. 8.428/2015 estabelece, em seu art. 16, que:

Art. 16. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste Decreto, serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada exclusivamente pelo *vencedor da licitação*, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados *tenham sido efetivamente utilizados no certame*.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese, será devida qualquer quantia pecuniária pelo Poder Público em razão da realização de projetos, levantamentos, investigações e estudos. (grifo nosso)

No mesmo sentido do que dispõe o Decreto Federal n. 8.428/2015, diversos normativos estaduais e municipais vinculam o ressarcimento somente à existência de

⁵ SADDY, André. Curso de direito administrativo brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2024, v. 3. p. 952.

⁶ NIEBUHR, Joel Menezes. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Curitiba: Zenite, 2020, p. 79. *E-book*.

⁷ GASIOLA, Gustavo Gil. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) municipal: a estruturação integrada de empreendimento. Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 01-22, 2019, p. 3.

um licitante vencedor e à utilização efetiva dos estudos no certame, independentemente da formalização do contrato. Entretanto outros preveem expressamente a necessidade de um contratado que será o responsável pelo ressarcimento, como exposto nos subtópicos seguintes.

2.1 Modelo majoritário: ressarcimento pelo vencedor da licitante independentemente da assinatura do contrato

Observado o modelo federal, pode-se referir que a maioria dos entes federativos, 41 (quarenta e um) no total, sendo a União e mais 11 (onze) entes aqui analisados (municípios do Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Curitiba e Palmas; estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Piauí, Pernambuco, Tocantins e Distrito Federal) e 30 (trinta) inclusos na amostragem (municípios de Salvador/BA, Porto Alegre/RS, São Luís/MA, Maceió/AL, Manaus/AM, Vitória/ES, Goiânia/GO, Cuiabá/MT, Curitiba/PR, Porto Velho/RO, Aracaju/SE, Rio Branco/AC, Fortaleza/CE, João Pessoa/PB, Natal/RN, Florianópolis/SC; e estados do Maranhão, Pará, Acre, Amazonas, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Santa Catarina, Bahia, Ceará, Goiás, Paraíba, Rondônia), utiliza-se do modelo federal que prevê ressarcimento pelo vencedor da licitação independente da assinatura do contrato. Posto isso, passa-se a examinar os entes federativos da amostra selecionada.

O Decreto n. 51.633/2022, do Município do Rio de Janeiro/RJ, estabelece, em seu art. 77, inc. IV c/c art. 87, o mesmo cenário da disposição federal:

Art. 77. A autorização para elaboração dos estudos será pessoal e intransferível e a realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI):

IV - será remunerada somente pelo *vencedor da licitação*, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

Art. 87. O ato de autorização somente poderá ser cancelado pela comissão de contratação, mediante justificativa que demonstre razões relevantes para tal, assegurado ao destinatário da autorização o direito ao ressarcimento, pelo vencedor da licitação, apenas em caso de *aproveitamento dos estudos e na exata proporção do que for utilizado*.

A conjugação dos dispositivos torna claro que o ressarcimento dos estudos será realizado quando houver aproveitamento efetivo deles no processo licitatório. A norma detalha que o pagamento será realizado na exata proporção do que foi de fato utilizado no processo, e a obrigação recai sobre o licitante vencedor.⁸

⁸ No mesmo sentido são as disposições dos seguintes Estados e Municípios pesquisados, porém não foram inclusos neste artigo: Estado do Maranhão (Decreto nº 32.355/2016); Estado do Pará (Decreto n.º 1.242/2015); Estado do Acre (Decreto nº 4.508/2019); Estado do Amazonas (Decreto nº 45.238/2022); Estado do Espírito Santo (Decreto n.º 5.085-R/2022); Estado do Mato Grosso (Decreto nº 926/2011); Estado do Mato Grosso do Sul (Decreto nº 16.065/2022); Estado do Rio Grande do Norte (Decreto nº 33.276/2023); Município de Salvador (Decreto n.º 37.380/2023); Município de Porto Alegre (Decreto n. 19.792/2017); Estado de Santa Catarina (Decreto n. 643/2024); Município de São Luís (Decreto n. 60.157/2024); Município de Maceió (Decreto n. 9.519/2023); Município de Manaus (Decreto n. 3.180/2015); Município de Vitória (Decreto n. 16.961/2017); Município de Goiânia (Decreto

Não há qualquer menção de que o ressarcimento dependa da assinatura do contrato, o que reforça a ideia de que o critério essencial é o uso dos estudos, e não a formalização do vínculo contratual entre as partes. Essa abordagem garante que o trabalho desenvolvido pelo autorizado não seja desvalorizado, principalmente depois de todos os riscos que o autorizado assume⁹, mesmo que o vencedor da licitação, por algum motivo, não venha a assinar o contrato.

Já o Estado do Rio de Janeiro, no Decreto n. 49.143/2024, previu que a instauração de PMI não gera qualquer despesa para a Administração Pública, cabendo ao futuro e eventual contratado, como condição à assinatura do contrato administrativo, o ressarcimento dos custos dos estudos efetivamente aproveitados e na exata proporção do que for utilizado. A escolha do termo “contratado”, no entanto, não significa que o ressarcimento está condicionado à assinatura do contrato, visto que a ele se refere como “futuro e eventual” – ou seja, futuro e eventual contratado é, na verdade, o licitante vencedor, assim como prevê o normativo municipal.

O Município e o Estado de São Paulo enfrentam situação similar. O Município de São Paulo/SP, no Decreto n. 57.678/2017, segue a posição normativa adotada pelo Decreto Federal já mencionado, veja-se:

Art. 17. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste decreto, serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados tenham sido efetivamente utilizados no certame.

Por sua vez, o Estado de São Paulo, no Decreto n. 61.371/2015, estabelece como obrigação da “futura contratada” o ressarcimento dos estudos, investigações, levantamentos e projetos:

Art. 29. Os critérios de ressarcimento deverão constar expressamente do edital de chamamento público e ser fundamentados em prévia justificativa técnica, que poderá basear-se na complexidade dos estudos ou na elaboração de trabalhos similares, bem como em parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

[...] §6º O edital de licitação alusivo a pareceria decorrente de estudos desenvolvidos nos termos do disposto neste decreto deverá prever a obrigação da futura contratada de ressarcir os custos incorridos pelo destinatário da autorização, no valor fixado pelo CGPPP ou CPED.

No Município de Teresina/PI, não foram localizados legislações, decretos ou outros atos normativos regulamentando o Procedimento de Manifestação de Interesse, sendo assim, passa-se a analisar o Estado do Piauí, que seguiu posição similar à de São Paulo, no Decreto n. 16.002/2015, ao dispor que se admite a transferência do ônus de pagamento dos valores de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa

n. 1.133/2019); Município de Cuiabá (Decreto n. 7.605/2019); Município de Curitiba (Decreto n. 701/2023); Município de Porto Velho (Lei Complementar n. 592/2015); Município de Aracaju (Decreto n. 6.870/2022).

⁹ Apenas a título de exemplo, são riscos do autorizado: investimento elevado sem retorno imediato, a incerteza de pagamento, as mudanças normativas, o descarte dos estudos, os questionamentos legais, o uso não autorizado dos estudos, as demandas excessivas de ajuste, a falta de clareza no escopo, a falta de viabilidade do projeto, a rejeição pelo mercado, as mudanças de prioridades políticas e a falta de comprometimento do poder público.

incorrida pelos autorizados ao futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI:

Art. 9º Os interessados serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou entidade solicitante, salvo disposição expressa em contrário.

§1º Quando expressamente previstas no PMI hipóteses de ressarcimento, reembolso, indenização ou remuneração, deverão ser observadas as normas da legislação pertinente.

§2º É admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores decorrentes das hipóteses previstas no §único [sic] ao futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI, observados os termos e condições do instrumento de solicitação de manifestação de interesses, bem como as disposições relativas à aplicação do art. 31 da Lei Federal n. 9.074, de 7 de julho de 1995, e do art. 21 da Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e ainda as disposições constantes no Decreto Federal n. 8.428, de 02 de abril de 2015.

Tanto o Estado de São Paulo quanto o Estado do Piauí merecem, portanto, os mesmos comentários realizados à situação do Rio de Janeiro, no sentido de que “futuro contratado” ou “futuro concessionário ou permissionário” não deve ser entendido como uma vinculação do ressarcimento à assinatura do contrato.¹⁰

O Município de Recife/PE, capital de Pernambuco, optou por entendimento diverso e, por isso, será abordado no próximo ponto.

O Estado de Pernambuco, no Decreto n. 343.000/2016, estabelece que:

Art. 17. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste Decreto, serão ressarcidos, exclusivamente pelo vencedor da licitação, à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados tenham sido efetivamente utilizados no certame.

O que significa que é dever do licitante vencedor ressarcir os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos se esses forem efetivamente utilizados no processo licitatório. Esse decreto não exige que o contrato de licitação seja assinado para que o pagamento seja realizado, mas estabelece que os estudos, investigações, levantamentos e projetos feitos pelos autorizados sejam utilizados no certame, garantindo o direito ao ressarcimento.

O Município de Belo Horizonte e o Município de Curitiba/PR, também, adotam a norma padrão do decreto federal em seu Decreto n. 18.325/2023 e Decreto n. 701/2023, respectivamente:

¹⁰ No mesmo sentido são as disposições dos seguintes Estados e Municípios pesquisados, porém não foram incluídos neste artigo: Estado da Bahia (Decreto n. 16.522/2015); Estado do Ceará (Decreto n. 30.328/2010); Estado de Goiás (Decreto n. 7.365/2011); Estado da Paraíba (Decreto n.º 41.164/2021); Estado de Rondônia (Decreto n. 28.874/2024); Município de Rio Branco (Decreto n. 1.854/2017); Município de Fortaleza (Decreto n. 13.158/2013); Município de João Pessoa (Decreto n. 8.318/2014); Município de Natal (Decreto n. 9.482/2011); Município de Florianópolis (Decreto n. 17.457/2017).

Art. 7º O ressarcimento, caso previsto, será devido pelo licitante vencedor quando os estudos selecionados tenham sido efetivamente utilizados no certame, não cabendo à Administração Pública Municipal promover qualquer reembolso, reparação ou ressarcimento ao autor dos estudos.

Art. 57 [...] §1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital

O Estado do Tocantins e sua capital, o Município de Palmas/TO, estabeleceram redação idêntica em seus decretos regulamentadores, respectivamente, no Decreto n. 6.148/2020 e no Decreto nº 2.349/2023:

[...] Art. 18. O edital do procedimento licitatório para contratação do empreendimento de que trata o art. 1º deste Decreto conterá, obrigatoriamente, cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração de projetos, levantamentos, investigações e estudos utilizados na licitação.

[...] Art. 19. O edital do procedimento licitatório para contratação do empreendimento de que trata o art. 1º deste Decreto conterá, obrigatoriamente, cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração de projetos, levantamentos, investigações e estudos utilizados.

Nesta disposição, fica claro que o ressarcimento é condição para a assinatura do contrato, e não o contrário, atribuindo tal dever expressamente ao vencedor da licitação, corroborando o modelo federal.

Por fim, essa mesma previsão encontra-se no Decreto n. 39.613/2019 do Distrito Federal:

Art. 27. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste Decreto, serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada exclusivamente pelo vencedor da licitação, caso os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados tenham sido utilizados no certame.

Tais redações não dão abertura a entendimento outro se não o de que os estudos, investigações, levantamentos e projetos, ao ser utilizados no processo, devem ser ressarcidos, não sendo necessário que o contrato seja assinado para que o pagamento ocorra. A condição fundamental para o ressarcimento é o aproveitamento dos estudos, investigações, levantamentos e projetos na fase de licitação, e não a formalização do contrato com o vencedor. Outra vez mais é uma posição que busca garantir que o trabalho realizado durante o PMI não seja desvalorizado, com respeito ao compromisso da Administração em remunerar aqueles que contribuíram efetivamente para o sucesso do processo licitatório.

Essas legislações trazidas a título exemplificativo demonstram uma tendência comum de vincular o ressarcimento ao uso dos estudos/investigações/levantamentos/projetos, e não o limitar à assinatura do contrato. Ainda, é uma interpretação coerente

com os princípios de justiça e eficiência administrativa, pois evita que os custos recaiam sobre o ente público; ou que aqueles que receberam a autorização, que investem tempo, recursos e *expertise* na elaboração, fiquem sem a devida compensação por um trabalho que beneficiou diretamente o processo licitatório.

O critério de utilização efetiva dos estudos, investigações, levantamentos e projetos no processo licitatório aparece como o fator central para determinar o pagamento ao autorizado, o que fortalece a ideia de que o trabalho realizado, no âmbito do PMI, deva ser ressarcido conforme sua aplicação no processo licitatório e a adjudicação desse, declarando algum licitante como vencedor, e não na formalização do contrato.

Aqueles autorizados que realizam os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos para o Poder Público não devem ser prejudicados pela falta de assinatura de um contrato, caso estes sejam utilizados no certame, uma vez que isso poderia desestimular a participação do setor privado em projetos futuros e comprometer a continuidade das concessões e parcerias.¹¹

Portanto, as normas que tratam do PMI e do ressarcimento dos estudos, investigações, levantamentos e projetos, especialmente no contexto das concessões e parcerias público-privadas, mostram-se mais flexíveis e equilibradas ao estabelecer que o pagamento deve ser realizado não com base na assinatura do contrato. Isso assegura uma remuneração justa e proporcional para os autorizados, enquanto preserva o interesse público e a continuidade dos projetos de infraestrutura que dependem da contribuição do setor privado.

Para além disso, ao desvincular o pagamento da assinatura do contrato, essas normas promovem maior segurança jurídica para os participantes dos PMIs. Nessa direção, o autorizado responsável pelos estudos, investigações, levantamentos e projetos pode realizar seu trabalho com a certeza de que será ressarcido, mesmo diante de eventualidades como desistência ou inviabilidade contratual por parte do vencedor da licitação.

Conclui-se que a maioria dos marcos legais brasileiros, 41 (quarenta e um) exemplos, demonstrou que o ressarcimento no âmbito dos PMIs não depende exclusivamente da formalização do contrato, com apenas 5 (cinco) exemplos divergentes dentro do campo amostral analisado, como se expõe no próximo tópico. Tal abordagem é fundamental para garantir a continuidade de projetos e a justa remuneração pelos esforços empreendidos no planejamento e desenvolvimento de soluções públicas.

Pode-se referir, portanto, que a efetiva utilização dos estudos, investigações, levantamentos e projetos no certame e a existência de um licitante vencedor fazem surgir, quando não houver previsão expressa ao contrário, o direito subjetivo dos autorizados em PMI ao devido ressarcimento.

¹¹ REIS, Tarsila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 225.

2.2 Modelo minoritário: ressarcimento pelo vencedor da licitante apenas se houver a assinatura do contrato

Conquanto a grande parte dos entes federativos analisados, 41 (quarente e um) no total, observe o modelo federal, percebeu-se, mediante a avaliação realizada, que alguns modelos, 5 (cinco) apenas, sendo 3 (três) aqui analisados (Município de Recife/PE, Estados de Minas Gerais e Paraná) e 2 (dois) inclusos na amostragem (Estados de Alagoas e Sergipe), utilizam-se de expresse enunciado para vincular o ressarcimento à assinatura do contrato.

Cita-se, aqui, o caso do Município de Recife/PE, capital de Pernambuco, que optou, no Decreto n. 34.549/2021, vincular expressamente o ressarcimento à assinatura do contrato, veja-se:

Art. 30. O direito ao possível ressarcimento apenas se concretiza se o edital de licitação associado aos projetos, levantamentos, investigações ou estudos apresentados no PMI for bem-sucedido, ensejando a assinatura de contrato entre a Administração e um parceiro privado, hipótese em que o parceiro privado terá a responsabilidade de remunerar a pessoa autorizada como condição para eficácia do contrato.

Neste caso, não se trata de previsão de futura e eventual contratação (o que ensinaria entender “licitante vencedor”), mas sim de expresse posicionamento de que só haverá ressarcimento caso haja a assinatura.

E mesma previsão é adotada pelo Estado de Minas Gerais, no Decreto n. 48.377/2022, quando estabelece que o ressarcimento será devido caso ocorram as hipóteses listadas cumulativamente, entre as quais está o contrato devidamente assinado, veja-se:

Art. 20, §3º O ressarcimento será devido quando ocorrer às seguintes hipóteses, cumulativamente:

- I - previsão expressa no edital do PMI;
- II - aproveitamento integral ou parcial dos estudos pela Administração Pública;
- III - processo licitatório ou contratação direta que se fundamente nos estudos apresentados;
- IV - existência de licitante vencedor e contrato devidamente assinado cujos estudos decorram daqueles efetivamente aproveitados.

O Estado do Paraná seguiu essa posição minoritária na Lei n. 19.811/2019, ao prever, em seu art. 21, que o signatário do contrato de parceria é o responsável pelo ressarcimento dos custos de elaboração dos estudos, investigações, levantamentos e projetos.¹² O dispositivo ainda fixa prazo para que tal pagamento seja efetuado, veja-se:

Art. 21. Na hipótese de aproveitamento parcial ou total pela Administração Pública dos projetos, estudos ou levantamentos produzidos no âmbito do PMI, será previsto no edital de licitação e no respectivo contrato de parceria a responsabilidade de seu signatário ressarcir

¹² No mesmo sentido são as disposições dos seguintes Estados pesquisados, porém não foram inclusos neste artigo: Estado do Alagoas (Decreto n.º 69.244/2020) e Estado do Sergipe (Lei nº 9.197/2023). Não foram identificados outros municípios/capitais de estados com tal disposição.

os custos de sua elaboração, num prazo definido em edital, que não poderá exceder a três meses contados da assinatura do contrato, promovendo diretamente o autor do projeto o pagamento total ou parcial do preço devidamente aprovado pela Administração no âmbito do PMI, na proporção do aproveitamento do projeto, estudo ou levantamento.

Percebe-se, todavia, que essa posição minoritária, apesar de legal, desestimula o interesse do mercado em participar de PMIs, mormente por parte de agentes técnicos especializados, por conseguinte, comprometendo a atratividade e a qualidade dos projetos apresentados. Essa situação fragiliza o equilíbrio das relações público-privadas, portanto, prejudicando a eficiência na estruturação de projetos e a promoção do interesse público.

3 Relação jurídica pré-contratual e o direito ao ressarcimento em caso de desistência e/ou inadimplência do licitante vencedor

José Calasans Júnior¹³ entende que o PMI constitui interessante instrumento auxiliar do processo de contratação pública, em especial, do processo licitatório, mediante a participação da iniciativa privada na formulação de propostas de solução para questões de interesse coletivo. Não obstante, aduz o autor, é importante ressaltar que a manifestação de interesse não estabelece qualquer vinculação de natureza contratual entre o órgão público que a promove e os agentes privados que dela participem, não gerando, portanto, para estes, qualquer direito, tampouco obrigação para a Administração Pública.

No entanto, como abordado, as legislações brasileiras tendem à previsão de que o direito ao ressarcimento dos estudos independe da assinatura do contrato. Isso porque, antes deste momento, há a chamada relação jurídica pré-contratual que, conforme Guilherme Frederico Dias Reisdorfer,¹⁴ não constitui ambiente jurídico baseado em uma única posição jurídica de potestade ao Estado, tendo como contraface posição de sujeição dos sujeitos que com ele se relacionam.

Do exposto, entende-se que, para o referido autor, essa relação pré-contratual é, em verdade, uma relação obrigacional de confiança, composta por deveres de proteção, cuja função é nortear o exercício da autonomia privada, de modo a impedir que a liberdade negocial seja desenvolvida de forma abusiva.¹⁵

No âmbito dos procedimentos licitatórios, essa relação pré-contratual é caracterizada pela vinculação do particular ao dever de contratar desde o momento que submete sua proposta à Administração, sendo possível sua desistência somente até a conclusão da fase de habilitação, se o certame for regido pela Lei n. 8.666/1993, uma vez que a previsão do art. 43, §6º do antigo regime, não foi incorporada à Lei n. 14.133/2021.

¹³ CALASANS JÚNIOR, José. *Manual da Licitação*: com base na Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021. 3. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 236-237.

¹⁴ REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. *Responsabilidade pré-contratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 360.

¹⁵ REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. *Responsabilidade pré-contratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 104.

Nesse sentido, afirma Guilherme Frederico Dias Reisdorfer¹⁶ que, enquanto o ente público ainda exercerá a deliberação final acerca da contratação, o particular já se encontra vinculado desde quando ingressa no certame, observando as condições para tanto:

Quando a lei impõe referido dever ao sujeito privado, reconhece que a relação pré-contratual que se estabelece é apta a formar posições jurídicas autônomas externas ao processo de contratação e já voltadas a contratar, ainda antes da formação do contrato. Afasta-se - ou, mais precisamente, entende-se como já exercitada - a autonomia privada do sujeito interessado em contratar a partir do momento em que ele formula a sua proposta. A partir de então, surge pretensão em favor do ente público a que o particular permaneça vinculado e responda por eventual desistência, se injustificada.

Por essas razões, alinhadas aos argumentos já desenvolvidos em tópico anterior, é que o licitante vencedor do certame se encontra vinculado a todas as obrigações assumidas previamente, tal como o ressarcimento dos estudos no âmbito dos PMIs.

O pagamento do ressarcimento é, muitas vezes, condição ou requisito para assinatura do contrato, e não o contrário. Isto é, a assinatura do contrato depende de tal comprovação de ressarcimento, porém o ressarcimento não depende da assinatura do contrato. Emprestando-se os termos do direito tributário, significa que o seu “fato gerador” é a utilização dos estudos no certame, e o sujeito passivo da obrigação, ou “contribuinte”, é o licitante vencedor, e não o contratado.

Logo, advoga-se pelo entendimento de que a desistência em assinar o contrato, ou inadimplência do licitante vencedor no cumprimento de requisitos necessários à assinatura, não afeta o direito ao ressarcimento dos estudos, que deverá ser por ele efetivado, sem prejuízo da perda da garantia e aplicação de eventuais penalidades cabíveis.

4 Pretensão reintegradora do autorizado perante o licitante vencedor e hipótese de responsabilidade subsidiária do Poder Público

Visto ser o ressarcimento um direito do autorizado na PMI, que teve seus estudos, investigações, levantamentos e projetos efetivamente utilizados em processo licitatório adjudicado, logo, com licitante vencedor e que, segundo a maioria das legislações, independe da assinatura do contrato; de pronto, passa-se a analisar os possíveis cenários ensejadores da pretensão reintegradora, com especial atenção aos desafios e às questões que exigem uma reflexão mais aprofundada por parte dos legisladores e demais agentes normativos.

Em primeiro lugar, traz-se a seguinte hipótese: caso o licitante vencedor, quando convocado, não assinar o termo de contrato, ensejando a convocação dos licitantes remanescentes nos termos do art. 90, §2º, da Lei Federal n. 14.133/2021, quem deverá ser considerado o licitante vencedor? Ou seja, a quem será direcionada a pretensão reintegradora: ao primeiro ou ao segundo licitante convocado?

¹⁶ *Ibidem*, p. 74-75.

A tal questionamento não há uma resposta exata e absoluta. Entende-se, por conseguinte, que “licitante vencedor” deve ser entendido como aquele que, ao final do processo licitatório, assume a obrigação de celebrar o contrato com a Administração. Logo, caso o primeiro colocado não assine o contrato no prazo estabelecido, a Administração proceda com a convocação do licitante remanescente, e este aceite as condições propostas por aquele, o segundo colocado assumirá a posição de licitante vencedor, uma vez que o primeiro terá deixado de integrar a relação pré-obrigacional.

Portanto, ainda que a recusa do primeiro colocado enseje a perda da garantia prestada e aplicação de penalidades (art. 90, §5º, Lei Federal n. 14.133/2021), como haverá a substituição do polo da relação jurídica pelo segundo colocado, a este deverá ser direcionada a pretensão reintegradora do autorizado na PMI, e, assim, sucessivamente, caso haja nova recusa e nova convocação remanescente.

Diferencia-se essa hipótese, no entanto, do caso de um processo licitatório no qual somente tenha havido um único licitante interessado sagrando-se vencedor. Nesta situação, ainda que haja a recusa à assinatura do contrato, o licitante vencedor não deixará de ocupar esse polo da relação, pois não haverá sua substituição por um eventual remanescente. A premissa seria a seguinte: um licitante vencedor permanece nesta posição até que outro licitante ocupe esse polo, mantendo-se todas as obrigações assumidas. Por conseguinte, a este deverá ser direcionada a pretensão reintegradora do autorizado na PMI.

Não há dúvidas, porém, de que ao licitante vencedor que se recusa à assinatura surge, ao menos, 3 (três) obrigações nos casos de PMI: 1) ressarcimento dos estudos, investigações, levantamentos e projetos; 2) perda da garantia prestada; e 3) cumprimento das penalidades aplicáveis, nos termos do art. 90, §5º, Lei Federal n. 14.133/2021.

Entretanto, ainda é possível vislumbrar um terceiro cenário: o licitante vencedor (seja ele o primeiro ou convocados remanescentes) cumpre as penalidades aplicadas e efetivamente perde a garantia prestada em favor do ente público, mas deixa de ressarcir o autorizado responsável pelos estudos, investigações, levantamentos e projetos. Já foi mencionado que caberia o ajuizamento de ação de pretensão reintegradora, porém seria possível incluir o Poder Público no polo passivo diante de eventual responsabilidade subsidiária?

É pacífico que não será devida qualquer quantia pecuniária pelo Poder Público em razão da realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos, como leciona o art. 16, parágrafo único, do Decreto Federal n. 8.428/2015, cuja redação é repetida pelos normativos dos demais entes federados. Em princípio, então, a resposta para a possibilidade de o Poder Público responder subsidiariamente pelo ressarcimento seria negativa. Entretanto vislumbra-se essa viabilidade considerando não que o Poder Pública realizaria um dispêndio com seus próprios recursos para o pagamento (isso sim desconfiguraria o sentido da norma), mas sim que se utilizasse do valor recebido em decorrência da execução da garantia e/ou da multa aplicada enquanto penalidade cabível.

Como ensina Marçal Justen Filho,¹⁷ a garantia constitui-se numa relação jurídica acessória, destinada a tornar mais certa e rápida a satisfação de eventual crédito não

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1257.

solvido espontaneamente pelo devedor, todavia apenas adquirirá alguma utilidade para o credor na hipótese de o devedor deixar de adimplir espontaneamente seus débitos.

A recusa do licitante vencedor em assinar o contrato, quando não justificada por motivos legítimos, configura conduta que viola o princípio da segurança jurídica e acarreta custos diretos e indiretos à Administração Pública. A legislação brasileira, ao prever a possibilidade de execução da garantia nesses casos, procura assegurar que eventuais danos sejam mitigados e que a transição para o segundo colocado ou a realização de um novo certame não comprometam o interesse público.

Por isso, a destinação da garantia para o pagamento do autorizado em PMI mostra-se compatível com a sua finalidade, pois preserva a integridade do processo licitatório ao ressarcir um custo essencial para sua viabilização.

Do ponto de vista jurídico, a medida também respeita os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois o uso da garantia está circunscrito à finalidade para a qual foi instituída: reparar danos decorrentes da conduta do licitante inadimplente. Essa interpretação, ao alinhar-se ao interesse público, oferece uma solução prática e equilibrada para os desafios enfrentados pela Administração em licitações que se apoiam em PMIs.

Portanto, somente no caso de absoluta inadimplência do licitante vencedor, tendo sido frustradas as tentativas de pretensão reintegradora, não encontrados bens penhoráveis, ou até mesmo no caso de falência, poderia o autorizado buscar a execução da garantia dada ao ente público.

5 Conclusões

O debate pertinente ao ressarcimento dos estudos no âmbito dos PMIs revela a necessidade de equilibrar os interesses dos participantes do procedimento e a eficiência administrativa. A análise realizada demonstrou que, majoritariamente, o direito ao ressarcimento independe da assinatura do contrato, vinculando-se, essencialmente, ao aproveitamento efetivo dos estudos em processo licitatório adjudicado, ou seja, com licitante vencedor, salvo casos específicos e minoritários encontrados, como no Município de Recife/PE e nos Estados de Minas Gerais, Paraná, Alagoas e Sergipe.

Adverte-se que, nos casos em que a legislação expressamente vincula o ressarcimento à assinatura do contrato, não há margem para dúvidas – não se constituindo tais casos em objeto desta pesquisa, visto que esta focalizou-se, primordialmente, em buscar soluções possíveis para os casos em que a legislação não é clara o suficiente, nesse caminho, adotando-se uma interpretação razoável e segura.

A interpretação aqui adotada, portanto, respaldada por normativos de diversos entes federativos, visa assegurar que os esforços empreendidos pelos autorizados sejam devidamente compensados, desse modo, promovendo maior segurança jurídica e incentivando a participação privada em futuros projetos. A desvinculação entre o ressarcimento e a formalização contratual resguarda, ainda, o interesse público, pois evita que a ausência de um contrato inviabilize a continuidade dos empreendimentos planejados.

Contudo as omissões de mecanismos claros para tratar a inadimplência do licitante vencedor, bem como a falta de regulamentação expressa, permanecem como desafios a enfrentar. E, para mitigar esses riscos, sugere-se a inclusão, nos normativos

regulamentadores, de artigos ou parágrafos que delimitem, de forma inequívoca, o direito ao ressarcimento, como a seguinte redação:

Art. XX. O ressarcimento dos custos incorridos com estudos, levantamentos, investigações e projetos realizados no âmbito de Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMIs) será devido pelo licitante vencedor do certame, desde que tais estudos sejam efetivamente utilizados no processo licitatório, independentemente da assinatura do contrato de concessão ou parceria. A ausência de pagamento pelo licitante vencedor poderá ensejar, por parte do autorizado, a execução da garantia prestada ou da multa aplicada, bem como outras medidas judiciais cabíveis.

A inclusão de dispositivos como esse nos normativos aplicáveis fortaleceria a segurança jurídica e alinharia as práticas com os princípios da eficiência e da confiança legítima. Além disso, o fortalecimento da responsabilidade subsidiária do Poder Público, restrito à utilização de valores oriundos de garantias executadas, pode complementar o sistema, oferecendo maior proteção aos autorizados.

Portanto, consolidar a obrigatoriedade do ressarcimento com base na efetividade dos estudos, investigações, levantamentos e projetos utilizados no certame é imprescindível para fomentar concessões ou parcerias mais robustas e promover a confiança entre os atores envolvidos, preservando, assim, a integridade e a sustentabilidade dos projetos estruturados sob a lógica dos PMIs.

Referências

CALASANS JÚNIOR, José. *Manual da Licitação*: com base na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. 3. ed. Barueri: Atlas, 2021.

GASIOLA, Gustavo Gil. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) municipal: a estruturação integrada de empreendimento. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 1-22, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NIEBUHR, Joel Menezes. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos* [E-book]. Curitiba: Zenite, 2020.

REIS, Tarsila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. *Responsabilidade pré-contratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2024, v. 3.

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

SADDY, André; FERNANDES, Ketlyn Gonçalves. Ressarcimento dos estudos nos procedimentos de manifestação de interesse – PMIS: consequências jurídicas da não assinatura do contrato após adjudicação do processo licitatório. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 401-414. ISBN 978-85-450-0925-2.

GOVERNO DIGITAL, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI N. 2.481/2022

LUCAS BOSSONI SAIKALI

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
Assessor da Secretaria Municipal de Administração e Tecnologia da Informação de Curitiba.
Editor-Adjunto da International Journal of Digital Law.

NICHOLAS ANDREY MONTEIRO WATZKO

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
Assessor do Gabinete da Secretaria de Estado da Fazenda do Paraná.
Editor-Adjunto da International Journal of Digital Law.

Sumário: 1 Introdução. 2 A Lei do Governo Digital como marco legislativo de fomento à inovação no setor público. 3 O Projeto de Lei n. 2.481/2022 e o uso da Inteligência Artificial pela Administração Pública. 4 Entre robôs e salvaguardas: por uma aplicação planejada e experimental da inteligência artificial. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

A digitalização da Administração Pública brasileira como forma de assegurar a eficiência na prestação dos serviços públicos tornou-se regra com a Lei Federal n. 14.129, de 29 de março de 2021, conhecida como a Lei do Governo Digital. Tal avanço reflete a transição pela qual o Brasil está passando no processo de integração das tecnologias com a administração, deslocando-se do governo eletrônico para o governo digital.

Observando tal conjuntura, o legislador brasileiro decidiu propor a reforma da Lei de Processo Administrativo, objetivando alterações substanciais na Lei Federal n. 9.784/1999 por meio do Projeto de Lei n. 2.481/2022. Dentre as modificações da reforma, pretende-se dispor sobre o processo administrativo eletrônico e, nele, permitir o uso de modelos de inteligência artificial de código aberto.

Sumariamente, pode-se definir a IA como um mecanismo baseado em algoritmos com capacidade de processar informações com vistas à resolução de problemas e ao alcance de objetivos.¹ Os algoritmos, por sua vez, são fórmulas que seguem um roteiro de comandos pré-estabelecidos, expresso em uma linguagem matemática.²

Em face do rápido avanço dos sistemas de IA e da sua utilização observada na administração pública, faz-se necessário assegurar a interferência humana em todas as suas etapas, desde o desenvolvimento e treinamento até a sua aplicação. Almejando isso, o legislador pretende que o uso de modelos de IA no processo administrativo eletrônico seja transparente, previsível, auditável e previamente informado aos interessados.

Nesse cenário, uma vez que não se deve frear o desenvolvimento tecnológico empregado na prestação dos serviços públicos de forma eletrônica e digital, é essencial garantir que o seu uso seja regulamentado, objetivando uma aplicação ética e planejada da inteligência artificial pela Administração Pública.

Partindo dessas premissas, a presente análise se inicia com a contextualização dos avanços tecnológicos na administração pública, implementados para o aumento da eficiência na prestação dos serviços públicos. Em seguida, como escopo principal, debruça-se sobre o Projeto de Lei n. 2.481/2022, de iniciativa do Senado Federal, buscando compreender o intuito do legislador na permissão de uso de modelos de IA no processo administrativo eletrônico. Por fim, traça-se balizas para o uso responsável e planejado das novas tecnologias na Administração Pública brasileira.

2 A Lei do Governo Digital como marco legislativo de fomento à inovação no setor público

A Lei Federal n. 14.129, de 29 de março de 2021 (comumente conhecida como “Lei do Governo Digital”) dispõe sobre os princípios, as regras e os instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública.³ A norma tem como diretriz, nos termos do seu art. 1º, “o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão”. Trata-se de legislação que propõe à Administração Pública o estabelecimento de uma cultura digitalizada, calcada no uso de Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) em diversas tarefas da Administração. Não é por acaso que um dos princípios previstos pela legislação para o Governo Digital é o “uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho da administração pública” (art. 3º, inc. VIII).

¹ CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigaciones Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 298-299, 2018.

² ARAÚJO, Valter Shuenquener de; ZULLO, Bruno Almeida; TORRES, Maurílio. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, abr./jun. 2020. p. 246.

³ BRASIL. *Lei Federal nº 14.129, de 21 de março de 2021*. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: 24 mar. 2025.

De maneira geral, pode-se concluir que a supracitada legislação propõe a reconfiguração da Administração Federal a partir de uma identidade digital. Isto se dá por meio da assunção da infraestrutura tecnológica como meio “capaz de contribuir significativamente com as tarefas a serem executadas e com o cumprimento das disposições constitucionais”.⁴ Diante de um momento histórico que circunda o meio social de aparatos digitais, a transformação digital característica do século XXI não escapa da Administração Pública. E também não deve.

O potencial de promoção de desenvolvimento e de fomento à melhoria da estrutura pública possibilita o investimento estatal em novos instrumentos e mecanismos tecnológicos. É fundamental que seja criado um ambiente em que a interação entre a Administração e a tecnologia seja fluida.⁵ Por óbvio, portanto, não será “digital” um Estado que apenas busque sua própria desburocratização ou uma eficiência sob a lógica empresarial (essencialmente lucrativa), mas sim aquele que aplicar as novas tecnologias para melhoria da prestação de serviços à população e para a satisfação de direitos sociais.⁶

Se a aplicação de novas tecnologias faz parte de um “novo normal” irreversível,⁷ compete às instituições, aos Poderes e à academia, dentre outros atores, avaliar e refletir sobre os prós e contras da aplicação de tecnologias no meio público. Os impactos da inovação inevitavelmente afetam o setor estatal, modificando sua relação com a sociedade.⁸ Por consequência, o Direito – enquanto instrumento regulador da sociedade – surge com o intuito de estabelecer regras e diretrizes para o Governo Digital.⁹ Na mesma medida em que a Lei Federal n. 14.129/2021 visa normatizar diferentes atuações e aspectos da vida pública, novos projetos de lei surgem com a intenção de regulamentar a utilização das tecnologias nos procedimentos administrativos. É o caso do Projeto de Lei n. 2.481/2022.

3 O uso da Inteligência Artificial pela Administração Pública e o Projeto de Lei n. 2.481/2022

No dia 17 de março de 2025, o Senado Federal encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.338/2023, aprovado pelo Plenário da Casa Iniciadora em 10 de dezembro de 2024. Trata-se de Projeto de Lei que objetiva regular o uso da

⁴ LIMA, Caio Monteiro Mota; SOUSA, Thanderson Pereira de; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Governo por plataforma e serviços públicos na Lei no 14.129/2021: considerações para uma transformação digital adequada. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 157-174, jan./mar. 2023. p. 162.

⁵ BLANCHET, Luiz Alberto; TRENTA, Melissa. A inteligência artificial como diretriz propulsora ao desenvolvimento e à eficiência administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 93, p. 153-172, jul./set. 2023. p. 157.

⁶ PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Transformação digital e urgência da cultura de dados na Administração Pública brasileira. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 10, n. 1, e232, ene./jun. 2023.

⁷ NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; MACHADO, Joana de Souza; GIOVANINI, Carolina Fiorini Ramos; BATISTA, Nathan Pascoalini Ribeiro. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 10, n. 26, maio/ago, 2023. p. 175.

⁸ VIANA, Ana Cristina Aguilar. Digital transformation in public administration: from e-Government to digital government. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 29-46, jan./abr. 2021.

⁹ CÁRDENAS, Erick Rincón. La convergencia entre la inteligencia artificial y el derecho: desafíos y oportunidades. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 5, n. 1, p. 25-37, jan./abr. 2024. p. 26.

inteligência artificial no Brasil, decorrente, de início, do trabalho de uma Comissão de juristas instituída pela presidência do Senado, a qual apresentou, em maio de 2023, minuta contemplada por 45 artigos,¹⁰ que após trabalhos e emendas realizadas no âmbito do Senado Federal, foi encaminhada à Câmara dos Deputados, Casa revisora, minuta composta por 80 artigos.¹¹

Os sistemas de inteligência artificial (IA) fazem parte do processo de desenvolvimento das tecnologias digitais no contexto da Revolução 4.0, numa acelerada transferência do mundo analógico para o digital.¹² No Brasil, os sistemas de IA já são largamente desenvolvidos e utilizados pelo Poder Público, seja no Poder Executivo, no Legislativo e no Poder Judiciário. Para citar um exemplo mais recente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou no dia 11 de março de 2025, a Resolução CNJ n. 615/2025, que estabelece diretrizes para o desenvolvimento, utilização e governança de soluções desenvolvidas com recursos de IA no Poder Judiciário, revogando a Resolução CNJ n. 332/2020, que até então dispunha sobre o uso de IA no Judiciário, após o transcurso de 120 dias da vigência da nova Resolução.

Apesar desse acelerado desenvolvimento, os sistemas de IA vêm sendo desenvolvidos e utilizados sem qualquer regulamentação geral que o delineie.¹³ Regulamentações setoriais, como é o caso do Poder Judiciário, são importantes, mas não suficientes, uma vez que a regulação do desenvolvimento e uso de IA na Administração Pública carece de parâmetros específicos, lacuna que o PL n. 2.338/2023 busca sanar, criando medidas de governança aplicadas pelo Poder Público.

Não obstante a ausência de regulação do uso e desenvolvimento de sistemas de IA na Administração Pública, desde 2021 o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, por meio da Portaria GM n. 4.617, de 6 de abril de 2021, alterada pela Portaria MCTI n. 4.979, de 13 de julho de 2021, instituiu a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA). A EBIA tem por objetivo “nortear as ações do Estado brasileiro em prol do desenvolvimento das ações, em suas várias vertentes, que estimulem a pesquisa, inovação e desenvolvimento de soluções em Inteligência Artificial, bem como, seu uso consciente, ético e em prol de um futuro melhor”.¹⁴

Nessa conjuntura, em julho de 2024, o Poder Executivo Federal também lançou o Plano Brasileiro de Inteligência Artificial, que prevê um investimento de R\$23 bilhões

¹⁰ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.338, de 2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347593&ts=1742240889254&disposition=inline>. Acesso em: 18 mar. 2025.

¹¹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.338, de 2023*. Dispõe sobre o desenvolvimento, o fomento e o uso ético e responsável da inteligência artificial com base na centralidade da pessoa humana. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9881643&ts=1742240906322&disposition=inline>. Acesso em: 18 mar. 2025.

¹² GABARDO, Emerson; VIANA, Ana Cristina Aguilar; FREITAS, Olga Lúcia Castreghini. The digital divide in Brazil and the accessibility as a fundamental right: la brecha digital en Brasil y la accesibilidad como derecho fundamental. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 11, n. 2, 2022. p. 3.

¹³ WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro; SAIKALI, Lucas Bossoni; HADAS, Ana Flávia. Decisões algorítmicas e direito à não discriminação: regulamentação e mitigação de vieses na era da Inteligência Artificial (IA). *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 5, n. 3, p. 115-146, set./dez. 2024. p. 117.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Governo Federal. *Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA*. Gov.br, Brasília, DF, [2024]. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-omcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial>. Acesso em: 18 mar. 2025.

até 2028, trazendo uma série de ações de impacto imediato e ações estruturantes a fim de transformar o Brasil numa referência da utilização e investimento em sistemas de IA.¹⁵

No contexto tratado, de avanços do uso de IA na Administração Pública, merece destaque o Projeto de Lei n. 2.481/2022,¹⁶ de iniciativa do Senado Federal, que objetiva reformar a Lei n. 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo), introduzindo, dentre outras modernizações, a regra da condução de processos administrativos na forma eletrônica com a adição do Capítulo X-A, buscando, em suma, facilitar o exercício de direitos e o cumprimento de deveres, assegurar o amplo acesso ao procedimento e à informação, simplificar e reduzir a duração dos procedimentos e garantir a proteção de dados e o acesso à informação.

Dentro desse Capítulo, o legislador pretende inserir o art. 47-E, permitindo a utilização de modelos de inteligência artificial (IA) no âmbito do processo administrativo eletrônico, desde que o seu uso seja transparente, previsível, auditável, previamente informado aos interessados e que permita a revisão de seus dados e resultados. Ainda, o parágrafo único desse dispositivo proposto rege que os modelos de IA devem utilizar preferencialmente códigos abertos, facilitar a sua integração com os sistemas utilizados em outros órgãos e entes públicos e possibilitar o seu desenvolvimento em ambiente colaborativo.

O uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional é objeto de regulamentação desde o Decreto Federal n. 8.539, de 8 de outubro de 2015.¹⁷ Entretanto, o incentivo crescente dessa utilização foi impulsionado pela pandemia de Covid-19, que compeliu a Administração Pública a adotar processos administrativos eletrônicos como forma de tornar a sua atuação mais eficiente e transparente.¹⁸ Nesse contexto, após o fim da pandemia de Covid-19 e a naturalização dos processos administrativos eletrônicos, o Decreto Federal n. 11.946, de 12 de março de 2024 instituiu o Programa Nacional de Processo Eletrônico (ProPEN),¹⁹ com o objetivo de promover a adoção do processo administrativo eletrônico no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Apesar de recente, a adoção dos processos administrativos eletrônicos na administração pública corresponde à etapa dos governos eletrônicos, sendo o primeiro estágio da interação entre a Administração Pública e as tecnologias.²⁰ Contudo, devido

¹⁵ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Governo Federal. *Plano Brasileiro de Inteligência Artificial 2024-2028*. Disponível em: <https://www.gov.br/lnc/pt-br/assuntos/noticias/ultimas-noticias-1/plano-brasileiro-de-inteligencia-artificial-pbia-2024-2028>. Acesso em: 18 mar. 2025.

¹⁶ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.481, de 2022. Reforma da Lei nº 9.784/99*. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154735>. Acesso em: 18 mar. 2025.

¹⁷ BRASIL. *Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015*. Dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8539.htm. Acesso em: 19 mar. 2025.

¹⁸ SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020. p. 103.

¹⁹ BRASIL. *Decreto nº 11.946, de 12 de março de 2024*. Institui o Programa Nacional de Processo Eletrônico. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/decreto/d11946.htm. Acesso em: 19 mar. 2025.

²⁰ VIANA, Ana Cristina Aguilar. Digital transformation in public administration: from e-Government to digital government. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, jan./abr. 2021. p. 31-35.

ao potencial disruptivo das novas tecnologias,²¹ atualmente se vivencia a 4ª Revolução Industrial, marcada pela maturidade das tecnologias digitais e pelo aumento da sua utilização por Estados-Nações,²² observando-se a transição para a etapa dos Governos Digitais,²³ marcada, principalmente, pelo uso de sistemas de Inteligência Artificial, consequência prática das diversas transformações das tecnologias da informação.²⁴

Diante dessa conjuntura, frente às rápidas transformações das novas tecnologias e do seu inevitável impacto à Administração Pública, o legislador, mesmo que ainda sem regulamentação, entendeu ser necessário dispor sobre o uso de modelos de IA no âmbito do processo administrativo eletrônico, introduzindo tal sistemática no citado PL n. 2.481/2022, que reforma a Lei de Processo Administrativo.

Nesse sentido, como visto, o parágrafo único do art. 47-E proposto prevê que os modelos de IA devem utilizar preferencialmente códigos abertos. Apesar da falta de consenso acerca do que significa um código de modelo de IA ser aberto, pode-se dizer que, em regra, ter um código aberto significa que qualquer pessoa com conhecimento técnico pode acessar os componentes do modelo de IA sem obter permissão, estudando como o modelo funciona, podendo fazer contribuições para o seu desenvolvimento, além de permitir que o modelo seja extraído para ser utilizado em sistemas próprios de IA, com as mais diversas finalidades.

O modelo de IA de código aberto mais recente é o produzido pela chinesa DeepSeek que, após o seu lançamento, fez com que as ações de Big Techs consolidadas do Vale do Silício perdessem drasticamente o seu valor. O resultado impactante da DeepSeek, dentre outros motivos, como o seu desempenho, se dá, também, por ser um modelo de IA de código aberto, democratizando tecnologias que as Big Techs até então buscavam controlar.²⁵

Portanto, ao estabelecer que, preferencialmente, os modelos de IA a serem adotados no âmbito dos processos administrativos eletrônicos sejam de código aberto, o legislador parece objetivar a adoção de sistemas de IA mais transparentes.

Diante desse cenário permissivo de implementação de modelos de IA no processo administrativo eletrônico cabe cautela, mas não estagnação do legislador. Há de se observar, entretanto, que após a concretização da regulamentação do uso de inteligência artificial na Administração Pública, toda a sistemática de uso de IA até então realizada

²¹ Sobre o impacto das tecnologias disruptivas, ver: HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. Regulação jurídica das novas tecnologias no Direito Administrativo brasileiro: impactos causados por Uber, WhatsApp, Netflix e seus similares. *Revista Brasileira de Direito IMED*, [S. l.], v. 15, p. 180-203, 2019.

²² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. *Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: A Digital Economy Toolkit* Digital government. Paris: OECD; IDB, 2016. p. 361. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/broadband-policies-for-latin-america-and-the-caribbean/digital-government_9789264251823-15-en#page3. Acesso em: 20 mar. 2025.

²³ KREUZ, Letícia Regina Camargo; VIANA, Ana Cristina Aguilar. 4ª Revolução Industrial e governo digital: exame de experiências implementadas no Brasil. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 5, n. 2, jul./dez. 2018. p. 270-271.

²⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUZA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Sequência*, Florianópolis, v. 41, n. 84, 2020. p. 211-217.

²⁵ FERNANDES, Miguel. DeepSeek e a nova guerra da IA: código aberto contra os gigantes. *Revista Exame*. Publicado em 30 jan. 2025. Disponível em: <https://exame.com/inteligencia-artificial/deepseek-e-a-nova-guerra-da-ia-codigo-aberto-contra-os-gigantes/>. Acesso em: 21 mar. 2025.

deverá observar o marco regulatório. Essa regulamentação pode ser concretizada entre os anos de 2025 e 2026 por meio do PL n. 2.338/2023, que já está sob análise da Câmara dos Deputados com uma redação robusta proveniente dos trabalhos realizados no âmbito do Senado Federal.

4 Entre robôs e salvaguardas: por uma aplicação planejada e experimental da inteligência artificial

O esforço do legislador para incluir a inteligência artificial nos processos administrativos destaca não apenas o caráter inovador do instrumento, mas também a percepção de que é preciso modernizar o aparato público. Dentro de um cenário no qual a IA se estabelece como mecanismo auxiliar em diversos setores da economia, parece ser razoável estabelecer possibilidades para que ela possa também ser utilizada no setor público. No entanto, na mesma medida em que é correta a postura inovadora da Administração Pública (especialmente em um contexto de busca pela solidificação do Governo Digital), ela deve ser encarada sob uma lógica de “entusiasmo crítico”, a partir da qual reconhece-se os pontos positivos da aplicação tecnológica ao mesmo tempo em que se identificam os potenciais riscos de sua incorporação sem qualquer planejamento.²⁶

Daí que surge a importância do princípio da precaução tanto na regulação quanto no estabelecimento de novas tecnologias no setor público. Enxergar tal princípio sob um olhar “paralisante” e de “interrupção da inovação” não faz jus ao que ele se propõe. A precaução se torna importante aliada em qualquer ambiente, público ou privado, em que haja a adoção de novos instrumentos dentro de um processo já estabelecido. No que se refere à IA, sabe-se de antemão que a própria tecnologia possui riscos referentes ao gerenciamento de dados públicos e ao potencial estabelecimento de vieses no decorrer das decisões automatizadas. Neste sentido, “o princípio da precaução pode fornecer um importante substrato para estabelecer métricas e estratégias de regulação da IA, para dar conta das situações de riscos de danos e, sobretudo, do desconhecimento dos efeitos benéficos e maléficos que as novas tecnologias, com destaque para a IA, podem produzir”.²⁷

A precaução traz consigo a necessidade de avaliar de maneira prévia o impacto algorítmico das decisões que são tomadas pela Administração, considerando as evidências sobre a utilização da IA. Isto é dizer que qualquer decisão administrativa que incluir a IA em processos e procedimentos deverá ser planejada, “de modo a procurar atingir um resultado controlável”.²⁸ O já mencionado PL n. 2.338/2023, inclusive, prevê que a implantação de sistemas de inteligência artificial no país deverá observar os princípios da “prevenção, precaução e mitigação de riscos sistêmicos derivados de usos

²⁶ VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020. p. 197.

²⁷ RICHTER, Luiz Egon; EMMANOUILIDIS, Bruna. A regulação da IA no Brasil: o estado da arte dos projetos de regulação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 5, n. 3, p. 43-63. p. 49.

²⁸ NOHARA, Irene Patrícia; GABARDO, Emerson. Superinteligência e os desafios reais e fictícios de regulação em tempos de Inteligência Artificial. *Sequência*, Florianópolis, v. 45, n. 97, e98740, 2024. p. 11. Os autores ressaltam que deverá ser considerado “todo o ciclo de vida do sistema, não apenas na concepção, mas do estágio de design, de desenvolvimento, da avaliação, da operação e da descontinuação do sistema”.

intencionais ou não intencionais e de efeitos não previstos de sistemas de inteligência artificial” (art. 3º, inc. XI).

Parece ser correto afirmar, portanto, que a adoção da IA no âmbito dos processos administrativos requer um planejamento adequado. O mecanismo deve ser utilizado para que auxilie o procedimento na via administrativa. Não se trata de instrumento, a princípio, de tomada de decisão, mas sim que auxilia o agente público correspondente em seu mister. Por esse motivo faz-se importante que existam atos normativos capazes de regular satisfatoriamente o tratamento ético-jurídico do uso da IA,²⁹ bem como que mitiguem potenciais danos de vieses humanos nas máquinas, “evitando que vieses discriminatórios sejam multiplicados nos procedimentos de treinamento de algoritmos e de aprendizado de máquina, em garantia ao direito fundamental à não discriminação”.³⁰

A IA não pode ser um objeto estranho ao processo administrativo (processo integrante da estrutura da Administração Pública).³¹ A sua adequação à *res publica* requer a observância aos princípios constitucionais. Essa adequação, por sua vez, demanda uma gestão dos potenciais riscos que a inclusão da máquina pode causar (riscos à proteção de dados e privacidade, ao cumprimento de preceitos constitucionais e à existência dos vieses discriminatórios). Neste liame, o experimentalismo administrativo desponta como auxiliar importante no processo de inclusão de aprendizado de máquina nos processos administrativos.

Em um ambiente experimental e controlado, pode a Administração Pública testar a utilização da IA não só no processo administrativo, mas também em outros projetos e serviços que oferece. Nesse sentido, experimentar e descobrir diferentes potencialidades da tecnologia no âmbito público se torna mecanismo de predição relevante para que a gestão de determinado processo diminua incertezas na aplicação da IA.

Inclusive, a própria Lei do Governo Digital ressalta, em seu art. 44, que ambientes experimentais (chamados pela legislação de “laboratórios de inovação”) tem o condão de fomentar a inovação, o desenvolvimento e a adequada aplicação de mecanismos tecnológicos aos diversos procedimentos administrativos.³² Conforme a norma, uma das diretrizes para a realização desses ambientes experimentais é a promoção de tecnologias abertas e livres (art. 45, inc. II), tais quais a IA prevista no PL n. 2.481/2022. O que se verifica, neste sentido, é que os espaços para testes e para o desenvolvimento de

²⁹ SADDY, André; TEIXEIRA, Raphael Lobato Collet Janny. Como regulamentar o design e o uso da inteligência artificial na administração pública. *International Journal of Digital Law*, ano 4, n. 2, maio/ago. 2023, p. 9-34.

³⁰ WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro; SAIKALI, Lucas Bossoni; HADAS, Ana Flávia. Decisões algorítmicas e direito à não discriminação: regulamentação e mitigação de vieses na era da Inteligência Artificial (IA). *International Journal of Digital Law*, ano 5, n. 3, p. 115-146, set./dez. 2024. p. 141. De acordo com os autores, “fala-se de viés discriminatório na decisão algorítmica quando se observa a absorção, pela IA, no processo de incorporação de dados, de tendências humanas desvirtuadas e preconceituosas, as quais influenciam a decisão da máquina, produzindo uma decisão também tendenciosa e discriminatória. Essa incorporação se deve ao fato de que, geralmente, a base de dados da qual uma IA extrai as informações que embasam as suas decisões é fornecida por pessoas, as quais são dotadas de pensamentos enviesados, que criam os algoritmos que compõem o sistema de IA”. p. 126.

³¹ 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.

³² Art. 44. Os entes públicos poderão instituir laboratórios de inovação, abertos à participação e à colaboração da sociedade para o desenvolvimento e a experimentação de conceitos, de ferramentas e de métodos inovadores para a gestão pública, a prestação de serviços públicos, o tratamento de dados produzidos pelo poder público e a participação do cidadão no controle da administração pública.

mecanismos inovadores fazem parte da gestão tecnológica dos instrumentos utilizados no serviço público.³³

Se os princípios da Administração Pública envolvem a transparência e a publicidade dos seus atos, a adoção e o desenvolvimento de códigos abertos de inteligência artificial se alinham com os preceitos que coordenam a atuação pública.³⁴ Reitera-se: a adoção de novas tecnologias nos processos administrativos não deve surgir como mecanismo infalível. Embora ele possa ser útil para a Administração, sua adequação deve se dar de maneira paulatina, planejada e que leve em consideração os potenciais riscos.

5 Considerações finais

Identificou-se, nesta análise, que o uso da inteligência artificial na administração pública é um fenômeno presente e inevitável, mas que sua implementação e utilização deve se dar sob a ótica do princípio da precaução.

Nesse sentido, a adoção dos modelos de IA no processo administrativo eletrônico corresponde a um importante avanço para o aumento da eficiência dos processos administrativos. Contudo, o entusiasmo deve ser crítico e a ação planejada, preservando-se a possibilidade de revisão dos atos e resultados e adotando-se códigos abertos, na forma como prevê o PL n. 2.481/2022.

Adicionalmente, como tratado neste texto, é essencial assegurar a supervisão e gestão humana em todas as etapas do processo de implementação e uso dos modelos e sistemas de inteligência artificial, garantindo que a IA seja um instrumento auxiliar para uma tomada de decisão do administrador, a qual deve ser amparada na legalidade, na ética e na responsabilidade.

Dessa forma, com o devido planejamento e precaução, o Poder Público pode implementar a inteligência artificial para aprimorar os seus procedimentos, ciente de que deve estar atento e ativo em face das discussões em torno do projeto de regulação do uso de IA no Brasil.

Ao comemorar seus 50 anos, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA é exemplo de como o pensamento juspublicista preocupado com o desenvolvimento social do país pode influenciar uma geração de ideias, teses e doutrinas que buscam efetivar o Estado de Bem-Estar Social constitucionalmente garantido.

Referências

BRASIL. Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015. Dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8539.htm. Acesso em: 19 mar. 2025.

³³ LIMA, Caio Monteiro Mota; SOUSA, Thanderson Pereira de; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Governo por plataforma e serviços públicos na Lei n. 14.129/2021: considerações para uma transformação digital adequada. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 157-174, jan./mar. 2023. p. 166.

³⁴ NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; MACHADO, Joana de Souza; GIOVANINI, Carolina Fiorini Ramos; BATISTA, Nathan Pascoalini Ribeiro. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 10, n. 26, maio/ago. 2023. p. 175.

BRASIL. Decreto nº 11.946, de 12 de março de 2024. Institui o Programa Nacional de Processo Eletrônico. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/decreto/d11946.htm. Acesso em 19 mar. 2025.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Governo Federal. *Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA*. Gov.br, Brasília, DF, [2024]. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-omcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial>. Acesso em: 18 mar. 2025.

BRASIL. Lei Federal nº 14.129, de 21 de março de 2021. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: 24 mar. 2025.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Governo Federal. *Plano Brasileiro de Inteligência Artificial 2024-2028*. Disponível em: <https://www.gov.br/lncc/pt-br/assuntos/noticias/ultimas-noticias-1/plano-brasileiro-de-inteligencia-artificial-pbia-2024-2028>. Acesso em: 18 mar. 2025.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 2.481, de 2022. Reforma da Lei nº 9.784/99. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154735>. Acesso em: 18 mar. 2025.

CÁRDENAS, Erick Rincón. La convergencia entre la inteligencia artificial y el derecho: desafíos y oportunidades. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 5, n. 1, p. 25-37, jan./abr. 2024.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUZA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Sequência*, Florianópolis, v. 41, n. 84, 2020.

FERNANDES, Miguel. DeepSeek e a nova guerra da IA: código aberto contra os gigantes. *Revista Exame*, jan. 2025. Disponível em: <https://exame.com/inteligencia-artificial/deepseek-e-a-nova-guerra-da-ia-codigo-aberto-contra-os-gigantes/>. Acesso em: 21 mar. 2025.

GABARDO, Emerson; VIANA, Ana Cristina Aguilar; FREITAS, Olga Lúcia Castreghini. The digital divide in Brazil and the accessibility as a fundamental right: la brecha digital en Brasil y la accesibilidad como derecho fundamental. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 11, n. 2, 2022.

HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. Regulação jurídica das novas tecnologias no Direito Administrativo brasileiro: impactos causados por Uber, WhatsApp, Netflix e seus similares. *Revista Brasileira de Direito IMED*, [S. l.], v. 15, p. 180-203, 2019.

KREUZ, Leticia Regina Camargo; VIANA, Ana Cristina Aguilar. 4ª Revolução Industrial e governo digital: exame de experiências implementadas no Brasil. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 5, n. 2, jul./dez. 2018.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; MACHADO, Joana de Souza; GIOVANINI, Carolina Fiorini Ramos; BATISTA, Nathan Pascoalini Ribeiro. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 10, n. 26, maio/ago, 2023.

NOHARA, Irene Patrícia; GABARDO, Emerson. Superinteligência e os desafios reais e fictícios de regulação em tempos de Inteligência Artificial. *Sequência*, Florianópolis, v. 45, n. 97, e98740, 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. *Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: A Digital Economy Toolkit* Digital government. Paris: OECD; IDB, 2016. p. 361. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/broadband-policies-for-latin-america-and-the-caribbean/digital-government_9789264251823-15-en#page3. Acesso em: 20 mar. 2025.

RICHTER, Luiz Egon; EMMANOUILIDIS, Bruna. A regulação da IA no Brasil: o estado da arte dos projetos de regulação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 5, n. 3, p. 43-63.

SADDY, André; TEIXEIRA, Raphael Lobato Collet Janny. Como regulamentar o design e o uso da inteligência artificial na administração pública. *International Journal of Digital Law*, ano 4, n. 2, mai./ago. 2023 p. 9-34.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020.

VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020.

VIANA, Ana Cristina Aguiar. Digital transformation in public administration: from e-Government to digital government. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 29-46, jan./abr. 2021.

WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro; SAIKALI, Lucas Bossoni; HADAS, Ana Flávia. Decisões algorítmicas e direito à não discriminação: regulamentação e mitigação de vieses na era da Inteligência Artificial (IA). *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 5, n. 3, p. 115-146, set./dez. 2024.

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

SAIKALI, Lucas Bossoni; WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro. Governo digital, Inteligência Artificial e processo administrativo: considerações sobre o Projeto de lei n. 2.481/2022. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 415-425. ISBN 978-85-450-0925-2.

LICITAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E EQUIDADE TERRITORIAL: A FUNÇÃO ESTRATÉGICA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS MUNICIPAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI N. 14.133/2021

ODILON DOS SANTOS SILVA

Pós-Graduado em Direito Eleitoral e em Licitações e Contratos Administrativos
pela Faculdade Baiana de Direito.
Membro da Comissão de Estudos sobre Diversidade Racial do
Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.
Advogado e Consultor Jurídico.

LUASSES GONÇALVES DOS SANTOS

Doutor e Mestre em Direito do Estado pelo PPGD da Universidade Federal do Paraná.
Professor de Direito Administrativo da Universidade Positivo.
Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogado.

FERNANDA CORDEIRO DE OLIVEIRA

Especialista em Gestão Pública pela UFVJM.
Mestra em Política e Direitos Humanos pela UFVJM.
Doutora em Ciência Política pela UFSCar.
Membra da Comissão de Diversidade Racial do IBDA.
Consultora Compliance de Gênero, Raça e Diversidades na Advocacia Geral da União.

Sumário: 1 Introdução. 2 Promoção do desenvolvimento nacional e diminuição das desigualdades regionais: a oportunidade de realização local por meio das contratações públicas. 3 Licitação nos Municípios como Instrumento de Desenvolvimento Sustentável e Redução das Desigualdades Regionais. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A contratação pública no Brasil vem passando por um processo de ressignificação. Por muito tempo tratada como mero instrumento de gestão administrativa, focada na obtenção do menor preço ou na estrita legalidade formal, a licitação passou a ser redimensionada como uma ferramenta de política pública, capaz de produzir impactos relevantes no campo econômico, social e ambiental. Essa transformação está refletida na promulgação da Lei n. 14.133/2021, que reposiciona a licitação dentro de um contexto mais amplo, estratégico e alinhado aos princípios constitucionais da República.

A nova lógica imposta pela legislação reforça o papel da Administração Pública como agente de planejamento e transformação social. Ao inserir expressamente o desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos centrais das contratações públicas, a norma convida os entes públicos a repensarem suas práticas, adotando uma postura mais proativa, inclusiva e comprometida com a redução das desigualdades regionais e sociais. Essa virada de chave legislativa exige, por consequência, uma nova postura por parte dos gestores públicos e também dos operadores do direito.

Neste novo cenário, os municípios ganham especial destaque. Como entes federativos mais próximos da realidade social da população, detentores de autonomia administrativa e orçamentária, os municípios estão em posição privilegiada para fazer das contratações públicas um verdadeiro motor de desenvolvimento local. O planejamento estratégico das compras governamentais, com foco em estimular a economia regional, valorizar arranjos produtivos locais e ampliar a participação de empresas de pequeno porte, revela-se como uma oportunidade concreta de enfrentar desigualdades históricas e promover inclusão.

É imprescindível compreender que a função transformadora da licitação pública só será plenamente efetivada se houver a preocupação com a ampliação do acesso ao mercado público. Muitas empresas locais, especialmente as micro e pequenas, ainda se encontram à margem dos processos licitatórios, seja por desconhecimento técnico, barreiras burocráticas ou limitações estruturais. Reconhecer esse cenário e adotar medidas para enfrentá-lo — como a oferta de capacitação e orientação — é condição indispensável para que o poder de compra do Estado cumpra, de fato, seu papel indutor do desenvolvimento sustentável e promotor da justiça social.

As licitações e as contratações públicas costumam ser encaradas pela Administração Pública, por boa parte da doutrina do Direito Administrativo e pelo Poder Judiciário de forma isolada, cujo objetivo se restringe à obtenção das propostas mais vantajosas aos cofres públicos.

Não se nega o caráter instrumental das licitações e contratos administrativos, porém, não como fim que se encerra em si mesmo. Pode-se afirmar, então, que os processos licitatórios e de contratações pela Administração Pública devem ser colocados em seu devido lugar e tratado como tal: no rol dos tipos específicos de processo administrativo que possuem legislação própria, destinados a satisfazer interesses.¹

Contudo, o Estado brasileiro é responsável não apenas por promover processos de concorrência pública e celebrar contratos mais vantajosos como forma de suporte à

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 257.

execução das atividades administrativas. A licitação pode se constituir em instrumento extremamente interessante e efetivo para o cumprimento de objetivos fundamentais do Estado brasileiro, presentes no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

Para que o desenvolvimento nacional se realize, somado à diminuição das desigualdades regionais, é imperioso que o Estado brasileiro utilize todas as armas disponíveis, inclusive as que à primeira vista servem apenas às ações mais mezinhas do cotidiano administrativo. É nesse sentido que as contratações públicas, desde que organizadas e realizadas de forma inteligente, podem ser utilizadas como instrumentos para a consecução dos objetivos contidos no art. 3º, da Constituição Federal, principalmente relacionados ao desenvolvimento e à diminuição das desigualdades regionais.

É preciso, no entanto, pensar também em termos locais e regionais, ainda que âmbito nacional continue sendo essencial. Nesse sentido, propõe-se um recorte a partir da possibilidade dos Municípios se constituírem em agentes promotores desse desenvolvimento e da diminuição das desigualdades regionais, utilizando-se dos processos de contratações públicas como mecanismos indutores da produção e dos mercados locais.

2 Promoção do desenvolvimento nacional e diminuição das desigualdades regionais: a oportunidade de realização local por meio das contratações públicas.

O desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem-estar social, constituindo-se o Estado como o principal promotor desse desenvolvimento, principalmente, por meio do planejamento. No Brasil, essa condição adquire contornos mais peculiares e complexos em razão da necessidade da superação do subdesenvolvimento.²

Não é ao acaso que o art. 3º, II, da Constituição Federal, impõe como objetivo fundamental do Estado brasileiro a promoção do desenvolvimento nacional. Segundo Bercovici, aliás, trata-se de princípio constitucional fundamental com relevância para toda a ordem jurídica, possuindo, ainda, caráter obrigatório, com vinculação imperativa para todos os poderes públicos.³

Nesse sentido, importa compreender os processos licitatórios e os contratos administrativos para além do viés imediatista de obtenção da proposta mais vantajosa, para reconhecê-los como instrumentos para atingir o desenvolvimento nacional sustentável, com vistas a permitir ao país superar a condição de economia dependente e subdesenvolvida.

É preciso, portanto, compreender a lógica keynesiana de intervenção estatal na economia, sobretudo em tempos de crise, para que o Estado se constitua em vetor de estímulo do processo produtivo, com vistas ao desenvolvimento nacional sustentável, sendo as licitações e contratações públicas instrumentos de efetivação de política econômica, pautada em um processo de planejamento.

Para compreender o que exatamente significa a expressão desenvolvimento nacional sustentável, contida no inc. IV, do art. 11, da Lei n. 14.133/2021, é imprescindível

² BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 58.

³ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e desenvolvimento*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 301-302.

recorrer a outros referenciais distintos da seara administrativista. Em se tratando da relação entre as contratações públicas e desenvolvimento nacional, é necessário recorrer ao Direito Econômico e às construções doutrinárias sobre política econômica construídas pela escola brasileira desse ramo.

Parte-se da consideração de Washington Peluso Albino de Souza sobre o significado de política econômica: conjunto de medidas objetivas que concretizam os princípios da ideologia constitucionalmente definida.⁴ Logo, a política econômica é desenvolvida a partir de ações concretas no plano econômico, em especial pelo Estado, para a efetivação dos comandos da Constituição Econômica.⁵

É possível compreender o comando normativo de estímulo ao desenvolvimento nacional sustentável por meio dos processos licitatórios a partir da lógica da política econômica. Portanto, existe uma clara imposição legal para que as licitações e contratações administrativas integrem o rol de instrumentos à disposição do Estado para o implemento da política econômica. Há um objetivo mediato de que as licitações permitam ao Estado, por meio de medidas de planejamento, intervir na seara econômica para induzir o desenvolvimento nacional, estimulando a produção e mercado nacionais, com o fito de efetivar o crescimento econômico, com incremento do emprego e da renda.

Diferentemente da questão específica da sustentabilidade, a lógica econômica da relação entre processos licitatórios e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é pouco desenvolvida pela doutrina administrativista. Pode-se citar como exemplo de administrativistas que tratam especificamente desse tema, sob a lógica da função “regulatória” do Estado e, consequentemente, das licitações, Luciano Ferraz;⁶ em sentido voltado às ações específicas de políticas de preferência, que fundamentam a sustentabilidade e o desenvolvimento na licitação, Irene Patrícia Nohara e Ricardo Castilho;⁷ e em relação ao prisma econômico da relação entre licitações e o desenvolvimento nacional sustentável, Carlos Pinto Coelho Motta.⁸

Contratos administrativos e processos de concorrência pública precisam ser inseridos na pauta do planejamento estatal para que não sejam utilizados apenas como mecanismos imediatistas de respeito à isonomia entre particulares concorrentes e a obtenção da melhor proposta. É reconhecer que as contratações públicas, desde que estrategicamente pensadas e operadas, podem ser vetor de estímulo da produção e, consequentemente, da economia, tendo no Estado o protagonismo necessário para se atingir o objetivo do desenvolvimento, o qual precisa de abrangência nacional e padrões de sustentabilidade.

⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 197.

⁵ CLARK, Giovani. Política econômica e estado. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2008. p. 68.

⁶ FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 133-142, jul./set. 2009.

⁷ NOHARA, Irene Patrícia; CASTILHO, Ricardo. Sustentabilidade e desenvolvimento na licitação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos. (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1234.

⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Licitações e contratos: uma retrospectiva crítica da legislação. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 489-491.

O Estado possui papel de agente econômico intervencionista e regulador, com o fito de organizar a vida econômica do país e com vistas ao desenvolvimento nacional sustentável. Logo, o que o inc. IV do art. 11 da nova Lei n. 14.133/2021 está determinando é que o Poder Público se valha estrategicamente dos processos de licitação e contratações públicas como instrumento de promoção da política econômica, com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A Lei n. 14.133/2021, ao estabelecer o desenvolvimento nacional sustentável como objetivo dos processos licitatórios, impõe aos agentes públicos brasileiros que os processos de licitação devem ser pensados e realizados sob a perspectiva imediata e, sobretudo, mediata. O Estado brasileiro consome e contrata serviços como nenhum outro agente econômico, logo, suas contratações são capazes de concretamente induzir o incremento da economia. Pensar processos licitatórios significa, ao cabo, raciocinar também sobre formas de estímulo a setores da produção, com vistas a atingir o desenvolvimento nacional sustentável de forma sólida e perene.

Porém, a concepção de desenvolvimento nacional exige pensar o Brasil de forma ampla. O Estado brasileiro, além de ser agente promotor do desenvolvimento, precisa se ocupar com o problema da desigualdade regional. O processo do desenvolvimento, que nunca é plenamente homogêneo, é agravado no Brasil pela “herança regional”, fruto da evolução histórica, ou seja, a desigualdade regional constitui-se em problema nacional que permeia todo o desenvolvimento social e econômico brasileiro.⁹ Ainda mais grave, a questão da desigualdade regional não se constitui apenas em problema de determinadas regiões menos desenvolvidas, afetando os grandes problemas de ordem nacional.¹⁰

A preocupação com a desigualdade regional é elementar para o Estado brasileiro, de tal ordem que a Constituição de 1988 elevou o seu combate como objetivo da República, contido no inc. IV do art. 3º. O combate concreto se dá por meio de políticas públicas materiais, ou seja, pelo exercício do poder político e das decisões políticas, os quais devem estar envolvidos em um projeto nacional de desenvolvimento.¹¹

Nesse sentido, combate às desigualdades regionais e desenvolvimento nacional, nos termos previstos do art. 3ª da Constituição de 1988, constituem dois pilares principiológicos da ação estatal brasileira, como fins a serem alcançados, reivindicando o direito à realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional. Cabe ao Poder Executivo a formulação e execução dessas políticas públicas; mas também ao Legislativo e ao Judiciário cabe a compreensão de que se trata de um verdadeiro programa de ação que exige interpretação compatível para que os fins e objetivos necessários à superação do subdesenvolvimento sejam atingidos concretamente.¹²

Reafirmar o combate à desigualdade regional a partir do desenvolvimento nacional significa que ambos precisam ser pensados e realizados não apenas em termos nacionais, mas também em termos locais. Os municípios, nesse contexto, possuem função primordial, em razão das responsabilidades impostas pelo pacto federativo e porque possuem melhores condições de análise sobre os dilemas e mazelas locais que fazem

⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 62.

¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 61-62.

¹¹ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 67.

¹² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e desenvolvimento*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 306-307.

com que suas microrregiões não atinjam níveis satisfatórios de desenvolvimento social e econômico. Ademais, dentro de um mesmo Estado da Federação, é possível identificar regiões mais desenvolvidas e outras menos.

Aqui se insere o papel do gestor público municipal, no sentido de ser responsável por identificar que o seu respectivo Município pode integrar uma determinada região que precisa se desenvolver econômica e socialmente e, para isso, deve adotar políticas públicas de médio e longo prazo, a partir de uma perspectiva nacional de planejamento. É nesse sentido que as licitações e contratos administrativos adquirem contornos fundamentais, pois podem ser instrumentos de estímulo à produção local, com reflexos fundamentais no desenvolvimento e na diminuição da desigualdade frente a outras regiões de um determinado Estado ou até de outras regiões mais longínquas.

3 Licitação nos Municípios como Instrumento de Desenvolvimento Sustentável e Redução das Desigualdades Regionais.

A promulgação da Lei n. 14.133/2021¹³ representou um novo marco nas contratações públicas no Brasil, introduzindo uma perspectiva mais estratégica, transparente e eficiente à atuação estatal. Como dito no capítulo anterior, dentre os princípios que regem a nova legislação, destaca-se o desenvolvimento nacional sustentável, previsto no inciso IV do artigo 11, como diretriz para todas as fases da contratação pública.

Da mesma forma, afirmou-se que essa previsão legal não deve ser interpretada de maneira isolada, mas sim em articulação com os objetivos fundamentais da República, em especial o disposto no artigo 3º, inciso III da Constituição Federal¹⁴, que impõe ao Estado o dever de reduzir as desigualdades regionais e sociais. Diante disso, propõe-se neste capítulo uma reflexão sobre o papel das licitações públicas como instrumento indutor de desenvolvimento equilibrado nos Municípios do Brasil, especialmente em regiões historicamente marginalizadas, promovendo uma atuação estatal que alinhe eficiência administrativa à justiça social.

A inclusão expressa do desenvolvimento nacional sustentável como princípio orientador das contratações públicas representa uma mudança de paradigma em relação à antiga Lei n. 8.666/1993. Se antes o foco estava quase exclusivamente na busca pelo menor preço e na rigidez procedimental, agora as compras e contratações públicas passam a ser reconhecidas como ferramentas de política pública, capazes de induzir comportamentos, fomentar cadeias produtivas e promover transformações sociais, econômicas, ambientais e regionais.

A noção de sustentabilidade aqui adotada vai além da dimensão ambiental. Trata-se de um conceito integrado, que abrange também os aspectos sociais e econômicos do desenvolvimento, bem como seu recorte territorial e regional. A ideia de “nacional” no princípio do desenvolvimento sustentável reforça a necessidade de que os efeitos

¹³ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 23 mar. 2025.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2025.

positivos das contratações públicas não se concentrem apenas em centros urbanos ou regiões mais desenvolvidas, mas que se espalhem de forma equânime por todo o território nacional, promovendo coesão e equilíbrio federativo.

Essa concepção encontra ressonância também no plano internacional, especialmente nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU. Em particular, o ODS 10 – Redução das Desigualdades – estabelece como meta a redução das desigualdades dentro dos países e entre eles, reforçando o papel do Estado na promoção da equidade, inclusive por meio das políticas de compras públicas.

O artigo 3º da Constituição Federal estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades regionais. Essa norma constitucional carrega um comando claro e vinculante: o Estado deve adotar políticas públicas que visem a superar os desequilíbrios históricos entre as diversas regiões do país. Não se trata de uma previsão meramente programática, mas de um dever jurídico com forte carga axiológica.

Quando articulado com o princípio do desenvolvimento sustentável da nova Lei de Licitações, o inciso III, do artigo 3º reforça o entendimento de que a licitação deve ser compreendida como instrumento de materialização de valores constitucionais, especialmente quando se trata da promoção de desenvolvimento em áreas de menor dinamismo econômico. Assim, ao contratar, o Estado pode — e deve — estabelecer critérios e mecanismos que incentivem a participação de empresas locais, que estimulem arranjos produtivos regionais e que gerem emprego e renda onde há mais carência de oportunidades.

A licitação, enquanto procedimento formal de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, deve ser compreendida também como uma ferramenta de intervenção estratégica do Estado. Ao lançar editais que favoreçam micro e pequenas empresas locais, cooperativas e fornecedores regionais, o Poder Público contribui diretamente para o fortalecimento econômico de regiões menos desenvolvidas. A própria Lei n. 14.133/21 reforça essa possibilidade ao prever, em seu artigo 27, a adoção de critérios de sustentabilidade e, no artigo 71, a possibilidade de divisão em lotes e critérios de desempate que beneficiem empresas locais.

Essa diretriz, se corretamente implementada, pode representar um divisor de águas na luta contra as assimetrias regionais. Municípios pequenos e estados com menor capacidade de arrecadação passam a ter condições de fomentar o desenvolvimento local por meio da política de compras públicas, com impactos diretos na geração de empregos, circulação de renda e dinamização de economias locais.

Apesar do avanço normativo, a implementação prática desse modelo ainda enfrenta obstáculos. A ausência de planejamento estratégico nas contratações, o desconhecimento técnico dos gestores e a insegurança jurídica na adoção de critérios diferenciados ainda são barreiras reais. Soma-se a isso a resistência de alguns órgãos de controle, que por vezes interpretam com rigidez formal a legislação, dificultando a adoção de soluções inovadoras e inclusivas.

Para superar esses entraves, é necessário investimento na capacitação dos agentes públicos, fortalecimento da cultura de planejamento e estímulo a práticas de governança pública que valorizem o desenvolvimento regional como um dos eixos centrais das contratações. É igualmente importante que os órgãos de controle passem a interpretar

a nova lei à luz da Constituição e de seus objetivos fundamentais, compreendendo a licitação como instrumento de promoção da equidade.

A Lei n. 14.133/2021 trouxe uma oportunidade ímpar para que o Brasil alinhe sua política de contratações aos compromissos constitucionais de justiça social e desenvolvimento equilibrado. A licitação, mais do que um procedimento técnico, deve ser compreendida como uma ferramenta transformadora, capaz de promover inclusão, corrigir distorções históricas e contribuir para a superação das desigualdades regionais. Essa nova perspectiva exige dos operadores do Direito, gestores públicos e órgãos de controle uma atuação comprometida com os valores constitucionais e com a construção de um país mais justo e coeso.

Nesse cenário, destaca-se o papel dos municípios, entes que estão mais próximos da população e possuem maior sensibilidade quanto às necessidades locais. As contratações públicas realizadas no âmbito municipal deveriam ser utilizadas como mecanismo de fomento à economia local e de estruturação de políticas públicas voltadas à superação das desigualdades regionais em escala micro territorial. Trata-se de um campo fértil para aprofundamentos futuros, especialmente na medida em que se reconhece a relevância do município como protagonista do desenvolvimento nacional sustentável.

Observa-se que na disposição constitucional brasileira insere-se como objetivos da República a erradicação da pobreza e da marginalização como forma de enfrentamento das desigualdades sociais e regionais, bem à dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos constantes no texto constitucional brasileiro. Verifica-se a convergência necessária entre a efetiva concretização dos objetivos fundamentais em que se constitui o Estado democrático no Brasil e a participação dos Municípios, como membros integrantes da organização político-administrativo, na utilização de sua autonomia na persecução de suas funções.

Assim com as diversas atribuições do município em executar as políticas públicas previstas na Constituição para o planejamento de ações concretas que permitam o desenvolvimento local, como o desenvolvimento humano e econômico. O município está inserido em um contexto amplo, ou seja, é uma engrenagem fundamental dentro de um sistema. O Município no contexto democrático brasileiro seria a base da organização política e social, havendo uma relação próxima entre o administrado e o ente federado, criando maiores possibilidades de acertos nas políticas públicas.¹⁵

O Município teve sua importância reconhecida e suas responsabilidades definidas, sendo uma questão central a sua autonomia e, conseqüentemente, a responsabilidade de administrar e promover o desenvolvimento local, como instrumento de realização social e de bem-estar da população, constituindo uma importante ferramenta na valorização do ser humano e na construção de uma sociedade equilibrada. Desse modo, configura-se como principal fomentador de desenvolvimento por meio do poder de compra e das contratações públicas.

O Estado democrático não tem convivência pacífica com os extremos, ou seja, não permite a possibilidade de desigualdades de modo a tornar incompatíveis os objetivos democráticos. Cabe ao Município, dentro de suas competências e potencialidades

¹⁵ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

buscar continuamente o progresso local, sempre se direcionando para o interesse coletivo e nas melhores práticas administrativas. Desse modo, o papel fomentador de desenvolvimento, sob o fundamento do enfrentamento da redução das desigualdades deve ocorrer no âmbito municipal com o estímulo a capacitação e participação das empresas locais nas contratações públicas.

Importante entendermos nesse contexto que a compra pública tem função social, é uma forma de política pública no âmbito econômico e social capaz de fomentar e regular atividades reputadas como socialmente desejáveis.¹⁶ Juarez Ferraz,¹⁷ por sua vez, entende que a licitação pode ser utilizada como instrumento de regulação de mercado, além de ser mecanismo de indução de determinadas práticas que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade, o que deve ocorrer também no âmbito local.

Nessa conjectura, partindo da concepção de sustentabilidade, tal agir da Administração Pública Municipal não deve mais ser visto como ato de benevolência do Estado, deixando de ser considerado favor ou graça, e passando a ser reconhecido como poderoso mecanismo de apoio, promoção e auxílio às iniciativas socialmente significativas voltadas ao desenvolvimento sustentável.¹⁸

Mas de que forma o Município poderia ajudar efetivamente a mudar o cenário atual? Apesar do potencial transformador das contratações públicas municipais, é comum que diversas empresas locais deixem de participar dos certames por absoluta falta de conhecimento técnico, informações acessíveis ou estrutura mínima necessária para atender aos requisitos estabelecidos nos editais. Essa realidade não apenas limita o alcance das políticas de desenvolvimento territorial, como também restringe a concorrência e a diversificação de fornecedores nas licitações, o que pode, inclusive, comprometer a obtenção de propostas vantajosas.

Nesse contexto, o Município pode — e deve — atuar como agente indutor da inclusão econômica, promovendo programas de capacitação e orientação técnica voltados especificamente para micro e pequenas empresas locais. A realização de oficinas, cursos e parcerias com instituições do sistema S, como o SEBRAE, ou universidades públicas e privadas, constitui uma estratégia legítima para preparar esses empreendedores para o mercado das contratações públicas. Essa atuação preventiva e formativa representa, na prática, uma política pública de fomento econômico, compatível com os objetivos constitucionais de justiça social e redução das desigualdades regionais.

É importante ressaltar que medidas como essas não significam qualquer forma de burla ao sistema ou de favorecimento indevido, tampouco violam o princípio da isonomia. Ao contrário, ampliam o leque de participantes em condições de competir, contribuindo para um ambiente licitatório mais diverso, plural e competitivo. Trata-se de reconhecer que a isonomia não se limita à igualdade formal entre os concorrentes, mas exige também a criação de condições materiais mínimas que permitam a efetiva participação daqueles que historicamente estiveram à margem dos processos licitatórios.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁷ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁸ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

A inclusão de empresas locais ou regionais por meio de capacitação e incentivo à qualificação, portanto, não configura privilégio, mas sim uma política pública orientada à superação de distorções históricas, alinhada ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável e ao combate das desigualdades regionais. É uma forma de o Estado, no exercício de sua função promotora, fortalecer as economias locais e democratizar o acesso ao mercado público, ampliando o número de players e reduzindo a concentração de fornecedores nas mãos de grandes empresas já estruturadas.

Dessa forma, no contexto da atuação indireta do Poder Público, surgem instrumentos que visam a aplicabilidade das políticas públicas que insiram as dimensões do desenvolvimento sustentável, com contornos de sustentabilidade social, econômica, ética, ambiental e jurídico-política – tal qual a contratação pública sustentável.¹⁹ Sendo assim, a Administração é capaz de determinar, por meio da contratação, o estímulo de certas práticas entendidas como corretas, tais como a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento nacional e a diminuição de desigualdades sociais.

Em outras palavras, o papel fomentador de desenvolvimento regional dos Municípios vai se dar com a projeção material pela qual traduzem as condições de desenvolvimento – tal qual o sustentável – podem ser alcançadas por meio do incentivo estatal. Nesse sentido, “o que se adota é a percepção de que a formulação de políticas públicas inclusive impõe ao Estado a promoção – fomento – que permitam a expansão das capacidades, aqui destacando livremente a possível dimensão social da sustentabilidade nas contratações públicas”.²⁰ É agindo dessa forma, portanto, que o Poder Público se transforma em provedor do desenvolvimento humano e inclusivo.

4 Conclusão

A compreensão das licitações e contratações públicas sob uma ótica meramente procedimental e economicista, centrada exclusivamente na busca pela proposta mais vantajosa, já não atende às exigências de um Estado comprometido com os objetivos fundamentais da República. A nova Lei n. 14.133/2021 sinaliza uma mudança paradigmática ao inserir, de forma expressa, o desenvolvimento nacional sustentável como norte para as contratações públicas, conferindo a elas status de instrumentos estratégicos de política pública. Essa transformação exige dos gestores públicos, especialmente no âmbito municipal, uma atuação proativa, sensível às realidades locais e alinhada aos compromissos constitucionais de justiça social e equidade regional.

Sob essa perspectiva, as contratações públicas devem ser tratadas como verdadeiros mecanismos de intervenção estatal, capazes de induzir comportamentos, fortalecer cadeias produtivas locais e promover inclusão socioeconômica. Não se trata apenas de garantir igualdade formal entre os licitantes, mas de adotar medidas concretas que possibilitem a redução das desigualdades regionais e sociais, conforme impõe o

¹⁹ CARVALHO, Cláudia de Oliveira Cruz. Da sustentabilidade normativa e fomentadora. In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BITENCOURT, Carolina Müller. *Direito administrativo, políticas públicas e estado sustentável*. Curitiba: Íthala, 2020. p. 205-223.

²⁰ CARVALHO, Cláudia de Oliveira Cruz. Da sustentabilidade normativa e fomentadora. In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BITENCOURT, Carolina Müller. *Direito administrativo, políticas públicas e estado sustentável*. Curitiba: Íthala, 2020. p. 218.

artigo 3º da Constituição Federal. O papel do Estado, portanto, é também o de agente regulador e fomentador da economia, especialmente em contextos de vulnerabilidade e desequilíbrio federativo.

Ao incorporar a lógica da política econômica ao processo licitatório, a Administração Pública ganha um poderoso instrumento de planejamento e desenvolvimento. O gestor público, especialmente o municipal, passa a ter à disposição uma ferramenta capaz de dinamizar economias locais, gerar emprego e renda, e inserir o município no projeto nacional de desenvolvimento. Trata-se de reconhecer que o desenvolvimento nacional, para ser efetivo, deve partir do fortalecimento das bases locais, onde os efeitos das políticas públicas se fazem sentir de maneira mais direta.

Nesse processo, torna-se indispensável enfrentar a realidade de que muitas empresas locais não conseguem sequer participar dos certames públicos. A ausência de conhecimento técnico, estrutura adequada e informações acessíveis são fatores que historicamente as mantêm à margem do mercado de compras públicas. Por isso, cabe ao Município, no uso legítimo de sua competência, implementar programas de capacitação, orientação e formação para esses agentes econômicos locais, promovendo não só a inclusão, mas também a qualificação da concorrência. A atuação pedagógica do ente municipal contribui para o amadurecimento do mercado regional e fortalece a capacidade de o Estado cumprir sua função indutora do desenvolvimento.

É importante destacar que essa atuação não configura desvio, privilégio ou burla aos princípios licitatórios — muito menos ao princípio da isonomia. Pelo contrário, trata-se de uma ampliação da concorrência real, criando condições equitativas para que mais agentes econômicos possam disputar com efetividade os contratos públicos. A isonomia, em seu sentido mais profundo, exige não apenas igualdade de tratamento, mas também equidade de condições. A inclusão de micro e pequenas empresas locais, por meio de políticas de capacitação e incentivo, reforça a legitimidade e o alcance democrático dos processos licitatórios, contribuindo diretamente para a superação das desigualdades regionais.

Conclui-se, assim, que a contratação pública não é apenas um meio de garantir eficiência administrativa, mas também uma poderosa ferramenta de transformação social. Cabe ao Estado, em especial aos gestores municipais, adotar uma postura estratégica e comprometida com os valores constitucionais, reconhecendo na licitação um caminho legítimo e eficaz para alcançar um desenvolvimento verdadeiramente sustentável, inclusivo e territorialmente equilibrado. O poder de compra do Estado, quando orientado por essa lógica, deixa de ser uma atividade administrativa ordinária e passa a integrar o rol de ações estruturantes para a construção de uma sociedade mais justa, democrática e coesa.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e desenvolvimento*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 23 mar. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2025.

CARVALHO, Cláudia de Oliveira Cruz. Da sustentabilidade normativa e fomentadora. In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BITENCOURT, Carolina Müller. *Direito administrativo, políticas públicas e estado sustentável*. Curitiba: Íthala, 2020. p. 205-223.

CLARK, Giovani. Política econômica e estado. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2008.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 133-142, jul./set. 2009.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Licitações e contratos: uma retrospectiva crítica da legislação. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia; CASTILHO, Ricardo. Sustentabilidade e desenvolvimento na licitação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

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

SILVA, Odilon dos Santos; SANTOS, Luasses Gonçalves dos; OLIVEIRA, Fernanda Cordeiro de. Licitação, desenvolvimento e equidade territorial: a função estratégica das contratações públicas municipais à luz da Constituição e da Lei n. 14.133/2021. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 427-438. ISBN 978-85-450-0925-2.

DESAFIOS E OPORTUNIDADES DA INTERNET DAS COISAS PARA ALCANÇAR O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER

Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário Autônomo.
Doutora e Mestre pela Universidade Federal do Paraná.
Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo.

GIULIA DE ROSSI ANDRADE

Doutoranda e Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento
pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Diretora Acadêmica Adjunta do Instituto Paranaense de Direito Administrativo.
Conselheira e Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle
da Administração da OAB/PR.

Sumário: 1 Introdução. 2 Entendendo a noção de Desenvolvimento Sustentável. 3 A Internet das Coisas (IdC) e suas Oportunidades nos Países em Desenvolvimento. 3.1 Saúde, água e saneamento. 3.2 Agricultura e meios de subsistência. 3.3 Educação. 3.4 Meio ambiente e conservação. 3.5 Resiliência, Infraestrutura e Energia. 4 Considerações finais: os desafios da IdC nos países em desenvolvimento. Referências.

Em 2025, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) celebra meio século de existência, e para nós, essa data carrega um significado tão profundo quanto pessoal. O IBDA é o cenário de encontros que vem marcando as nossas trajetórias. Cada congresso, cada debate, é um convite ao crescimento mútuo, à troca de experiências e, principalmente, à construção de uma rede de afetos e ideias que transformaram nossas jornadas. O direito administrativo que estudamos hoje é impregnado de uma história que inclui, indissociavelmente, o IBDA, e tudo o que o acompanha: as risadas, os conselhos e as histórias compartilhadas com aquelas e aqueles que se tornaram amigas, amigos

e guias. O Instituto nos ensinou que, mais do que formar especialistas, é fundamental criar um espaço onde o ser humano e o direito se encontram. É com esse sentimento de pertencimento e gratidão que celebramos não só os 50 anos do IBDA, mas as amizades e os ensinamentos que se perpetuaram ao longo dos anos, nos acompanhando e moldando nossa visão do mundo.

1 Introdução

Em setembro de 2015, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Agenda 2030, um marco global que deu continuidade aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), estabelecidos em 2000.¹ Com 17 novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS),² a Agenda 2030 propõe metas globais para alcançar o desenvolvimento sustentável até 2030, com foco em equidade, urbanização e desafios emergentes. Embora nenhum dos ODS mencione diretamente a Internet das Coisas (IdC), em 2017, a 7ª Semana da IdC, organizada pela *International Telecommunication Union* (ITU), destacou o potencial dessa tecnologia para contribuir significativamente com os ODS, especialmente em países em desenvolvimento.³

Nesse contexto, a IdC tem se mostrado uma ferramenta essencial para enfrentar desafios em diversas áreas. Nos países em desenvolvimento, onde as necessidades são mais prementes, sua aplicação tem gerado impactos expressivos. Projetos na África Subsaariana e no sul global, por exemplo, demonstram como a IdC tem sido utilizada para monitorar e gerenciar energia, melhorar o acesso à eletricidade,⁴ rastrear cadeias de vacinas,⁵ otimizar o fornecimento de água⁶ e responder a desastres naturais.⁷ Essas iniciativas exemplificam o potencial da IdC para alavancar o desenvolvimento sustentável, indo além dos desafios enfrentados pelos países industrializados.

Neste contexto, este artigo revisita o conceito de desenvolvimento e sua expansão para a noção de desenvolvimento sustentável, com foco nos países em desenvolvimento. A seguir, analisa-se o surgimento e a aplicação da IdC nos Estados, enfatizando sua relevância para a concretização dos ODS. Por fim, apresenta-se uma perspectiva empírica, com análises realizadas em países da África Subsaariana e do sul global, ilustrando como

¹ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/66851-os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>. Acesso em: 17 mar. 2025.

² NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 17 mar. 2025.

³ RAHIM, Abdur. IoT and Data Analytics for Developing Countries from Research to Business Transformation. *Economics of Grids, Clouds, Systems, and Services*. Lecture Notes in Computer Science, p. 281-284, 2017.

⁴ Sobre o tema, ver: GARRITY, John. *Harnessing the Internet of Things for Global Development*. Geneva: International Telecommunication Union (ITU), 2015; RAMANATHAN, Tara; RAMANATHAN, Nithya; MOHANTY, Jeevan; REHMAN, Ibrahim H.; GRAHAM, Eric; RAMANATHAN, Veerabhadran. Wireless sensors linked to climate financing for globally affordable clean cooking. *Nature Climate Change*, v. 7, n. 1, p. 1-6, 2017.

⁵ PATH. *Investing in vaccines for the developing world*. Abr. 2017. Disponível em: <https://www.path.org/resources/investing-in-vaccines-for-the-developing-world/>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁶ THE WORLD BANK. *Jiangsu Water and Wastewater*. Dez. 2015. Disponível em: <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/project-detail/P096926>. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁷ ZORN, Matija. Natural disasters and less developed countries. In: PELC, Stanko; KODERMAN, Miha. *Nature, Tourism and Ethnicity as drivers of (de)marginalization*. Insights to marginality from perspective of sustainability and development. Geneva: Springer, 2018. p. 59-78.

essa tecnologia tem sido utilizada em setores essenciais para o alcance dos objetivos propostos pela Agenda 2030.

A pesquisa adota uma metodologia qualitativa, com análise bibliográfica sobre os conceitos de desenvolvimento, desenvolvimento sustentável e IdC, e um método empírico para examinar sua aplicação prática. O objetivo é demonstrar como a IdC pode transformar desafios em oportunidades de desenvolvimento sustentável, promovendo benefícios econômicos, sociais e ambientais.

2 Entendendo a noção de Desenvolvimento Sustentável

Amartya Sen redefine o conceito de desenvolvimento ao desvinculá-lo da visão estritamente econômica e vinculá-lo à expansão das liberdades humanas. Para ele, desenvolvimento não se limita à acumulação de riqueza ou ao crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), mas se manifesta como um processo que aprimora as capacidades humanas de viver uma vida digna.⁸ Ao integrar dimensões sociais, políticas e econômicas, Amartya Sen refuta a ideia de que o crescimento econômico seja, por si só, suficiente para promover o bem-estar, destacando que o verdadeiro progresso ocorre quando há investimentos consistentes em educação, saúde e outras condições essenciais para a liberdade humana.⁹

Esse enfoque é corroborado por sua participação na criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que se consolidou como uma alternativa mais ampla às métricas econômicas tradicionais. O IDH considera critérios como longevidade, acesso à educação e renda per capita, propondo uma visão mais integral do desenvolvimento humano.¹⁰ Essa perspectiva foi reforçada no contexto das Nações Unidas, especialmente com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), que reconheceu o desenvolvimento como um direito humano universal, intrinsecamente ligado à dignidade e às liberdades fundamentais.¹¹

Emerson Gabardo, por sua vez, entende a noção de desenvolvimento como um processo responsável por fazer as condições de vida de todos elevarem-se de forma contínua, com incremento social e político.¹² Trata-se de um direito fundamental, que assegura a todos os indivíduos – das gerações atuais e das vindouras –, o acesso aos direitos civis, políticos e sociais, em um ambiente sustentável e economicamente próspero.¹³ Assevera, assim, que o processo de desenvolvimento previsto na Constituição da

⁸ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 59.

⁹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 28.

¹⁰ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório do Desenvolvimento Humano: a próxima fronteira – o desenvolvimento humano e o Antropoceno*. Disponível em: https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/ao/UNDP_AO_RDH_-2020_Full_PT.pdf. Acesso em: 17 mar. 2025.

¹¹ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento. *Direitos Humanos USP*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 17 mar. 2025.

¹² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 243.

¹³ FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista de Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

República Federativa do Brasil de 1988 “é de caráter centralizado e estabelece competências próprias para o Estado e para cada um dos entes”.¹⁴

O conceito de desenvolvimento sustentável, que emergiu como resposta às limitações das abordagens economicistas, ampliou o debate ao integrar as dimensões ambiental, social e econômica. Juarez Freitas, ao analisar o desenvolvimento sustentável, argumenta que ele é um fenômeno multidimensional e destaca cinco dimensões fundamentais que sustentam sua compreensão. A dimensão ambiental, baseada no artigo 225 da Constituição Federal, destaca o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um pilar essencial para a perpetuação da vida e a dignidade humana. Nesse contexto, Juarez Freitas alerta que a degradação ambiental não apenas compromete a qualidade de vida, mas também coloca em risco a continuidade da espécie humana.¹⁵

A dimensão econômica, por sua vez, aborda a necessidade de um uso racional e equilibrado dos recursos naturais para a geração de riqueza. Esse equilíbrio, conforme defendido por Juarez Freitas, exige uma análise ponderada entre custos, benefícios e impactos, tanto a curto quanto a longo prazo, visando a justiça intergeracional e a sustentabilidade econômica.¹⁶

No âmbito da dimensão jurídico-política, destaca-se o papel do Estado em garantir a proteção intergeracional dos direitos fundamentais e promover a cidadania ambiental. Isso inclui a implementação de uma governança eficiente e de políticas públicas que respeitem os limites ecológicos e sociais, reafirmando o dever estatal de assegurar um desenvolvimento sustentável.¹⁷

Já a dimensão ética impõe às empresas e aos indivíduos a responsabilidade de adotar práticas que priorizem o bem-estar coletivo, ainda que isso represente custos adicionais. Essa perspectiva reforça a ideia de que o desenvolvimento sustentável depende de um compromisso ético com a preservação ambiental e com a promoção da justiça social.¹⁸

Por fim, a dimensão social rejeita modelos de desenvolvimento que perpetuam a exclusão, enfatizando a importância da universalização dos direitos sociais e econômicos, especialmente em sociedades marcadas pela desigualdade e pobreza. Juarez Freitas adverte que a falta de inclusão social e a manutenção das desigualdades inviabilizam qualquer tentativa de estabelecer um modelo verdadeiramente sustentável de desenvolvimento.¹⁹

Assim, tanto os ODM, adotados no início dos anos 2000, quanto os ODS, consolidaram uma abordagem multidimensional ao propor metas globais voltadas para a erradicação da pobreza, a promoção da igualdade de gênero e o combate às mudanças climáticas. Essa interconexão entre sustentabilidade e justiça social reforça o entendimento de que o desenvolvimento não pode ser dissociado da proteção aos direitos humanos e do combate às desigualdades estruturais.

¹⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 247.

¹⁵ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 64-65.

¹⁶ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 65-67.

¹⁷ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 67.

¹⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 60-61.

¹⁹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 58-59.

3 A Internet das Coisas (IdC) e suas Oportunidades nos Países em Desenvolvimento

Os avanços tecnológicos nas últimas décadas expandiram significativamente as fronteiras da conectividade digital, possibilitando o surgimento da IdC. Essa tecnologia revolucionária conecta objetos físicos – como dispositivos, veículos e edifícios – por meio de sensores, softwares e conectividade de rede, permitindo que esses elementos se comuniquem, colem dados e ajam de forma autônoma.²⁰ A IdC redefine a interação entre o mundo físico e o digital, criando sistemas ciberfísicos que geram eficiência, precisão e benefícios econômicos.²¹ O conceito foi introduzido em 1999 pelo empresário britânico Kevin Ashton, que vislumbrava um ecossistema de dispositivos conectados, capaz de transcender a comunicação máquina-a-máquina, abrangendo múltiplos protocolos, aplicações e serviços.²²

A evolução da IdC tem sido impulsionada por avanços como a redução dos custos de conectividade e a miniaturização de dispositivos com maior poder de processamento. Equipados com tecnologias como RFID,²³ códigos QR²⁴ e sensores inteligentes, os dispositivos ampliam a Internet para novos horizontes, conectando o mundo físico ao ciberespaço. Exemplo disso é o projeto implementado no estado de Goiás, no Brasil, que utilizou a tecnologia 5G para otimizar práticas agrícolas,²⁵ demonstrando como drones e dispositivos autônomos podem identificar pragas e economizar defensivos agrícolas, reduzindo custos em até 95%.²⁶

Além disso, a IdC apresenta oportunidades significativas nos países em desenvolvimento. Estima-se que até este ano de 2025, 40% do valor econômico agregado pela IdC será gerado nessas regiões, de acordo com o relatório do Grupo KfW. Essa tecnologia não apenas impulsiona o crescimento econômico, também pode contribuir fundamentalmente para o desenvolvimento social e ecologicamente sustentável desses países.²⁷ Uma análise do Fórum Econômico Mundial identificou que 84% das implementações de IdC abordam os ODS, com destaque para infraestrutura (ODS 9), cidades sustentáveis

²⁰ YAN, Bo; GUANGWEN, Huang. Application of RFID and Internet of Things in Monitoring and Anticounterfeiting for Products. *International Seminar on Business and Information Management*, Wuhan, p. 392- 395, 2008.

²¹ PARASHAR, Ruchi; KHAN, Abid. A survey: the Internet of Things. *International Journal of Technical Research and Applications*, v. 4, n. 3, p. 251-257, maio/jun. 2016.

²² ZOUGANELI, Evi; SVINSET, Inge Einar. Connected Objects and the Internet of Things – a Paradigm Shift. *International Conference on Photonics in Switching*, Pisa, p. 1-4, 2009.

²³ BONSOR, Kevin; FENLON, Wesley. How RFID Works. *HowStuffWorks*. 11 fev. 2021. Disponível em: <http://electronics.howstuffworks.com/gadgets/high-tech-gadgets/rfid.htm>. Acesso em: 17 mar. 2025.

²⁴ CHANG, Jae Hwa. An introduction to using QR codes in scholarly journals. *Science Editing*, v. 1, n. 2, p. 113-117, jul. 2014.

²⁵ RIO VERDE (GO) recebe rede experimental de internet 5G para uso no agronegócio. *Globo Rural*. 3 dez. 2020. Disponível em: <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Pesquisa-e-Tecnologia/noticia/2020/12/rio-verde-go-recebe-rede-experimental-de-internet-5g-para-uso-no-agronegocio.html>. Acesso em: 17 mar. 2025.

²⁶ RODRIGUES, Guilherme. Goiás lança rede móvel 5G voltada para uso no agronegócio. *G1*. 3 dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2020/12/03/governo-de-goias-lanca-rede-movel-5g-voltada-para-uso-no-agronegocio-em-rio-verde.ghtml>. Acesso em: 17 mar. 2025.

²⁷ THORSTEN, Scherf. *Internet of Things – hype or hope for developing countries?* KfW Development Research. 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.kfw-entwicklungsbank.de/PDF/Download-Center/PDF-Dokumente-Development-Research/Internet-of-Things-%E2%80%93-hype-or-hope-for-developing-countries.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

(ODS 11), energia acessível e limpa (ODS 7), saúde e bem-estar (ODS 3) e produção responsável (ODS 12).²⁸

Embora a maior parte das iniciativas envolvendo a IdC seja liderada pelo setor privado e concentrada nas Américas e Europa, as soluções tecnológicas têm enorme potencial para transformar realidades em países em desenvolvimento. No entanto, desafios como a falta de infraestrutura digital e desigualdades no acesso à tecnologia permanecem barreiras significativas, podendo aumentar o risco de exclusão econômica e social.²⁹

A IdC, quando integrada a estratégias nacionais e locais, oferece ferramentas para governos e empresas aprimorarem serviços públicos, desenvolverem ambientes mais habitáveis e sustentáveis e promoverem a inclusão digital. Com isso, a tecnologia se torna um motor essencial para enfrentar desafios globais e regionais, garantindo que os países em desenvolvimento aproveitem plenamente seu potencial transformador.

O relatório *Harnessing the Internet of Things for Global Development*, escrito como uma contribuição para a *Broadband Commission* da ITU/UNESCO para o Desenvolvimento Sustentável, mapeou os ODS em setores, que serão explorados abaixo.³⁰

3.1 Saúde, água e saneamento

O setor de saúde, água e saneamento enfrenta desafios alarmantes, com mais de 2 bilhões de pessoas sem acesso à água potável segura e mais do que o dobro sem saneamento adequado.³¹ Ademais, 850 milhões de pessoas em áreas rurais de países em desenvolvimento carecem de água para a agricultura, principal fonte de renda dessas comunidades.³² Mulheres e crianças gastam horas buscando água, muitas vezes de fontes contaminadas ou inacessíveis, evidenciando a urgência do cumprimento do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 6 (ODS 6). Esse objetivo é essencial para alcançar outros ODS, como saúde (ODS 3), educação (ODS 4), igualdade de gênero (ODS 5) e trabalho digno (ODS 8).³³

A aplicação da Internet das Coisas (IdC) tem sido um instrumento fundamental para atingir o ODS 6, oferecendo dados precisos sobre recursos hídricos, seu uso e a gestão de águas residuais.³⁴ Na África, estudos mostraram que até 40% das bombas de água estavam inoperantes, e o acesso à água potável demorava até um mês após

²⁸ WORLD ECONOMIC FORUM. *Internet of Things: guidelines for sustainability*. 2020. Disponível em: <https://www.weforum.org/whitepapers/internet-of-things-guidelines-for-sustainability/>. Acesso em: 17 mar. 2025.

²⁹ LUND, Susan; MANIYKA, James. *How Digital Trade is Transforming Globalisation*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2016. p. 15.

³⁰ GARRITY, John. *Harnessing the Internet of Things for global development*. Geneva: Switzerland, 2015. p. 23.

³¹ NAÇÕES UNIDAS. Nature-based solutions for water. *Water Development Report 2018*. 19 mar. 2018. Disponível em: <https://www.unwater.org/publications/world-water-development-report-2018>. Acesso em: 17 mar. 2025.

³² NAMARA, Regassa; HANJRA, Munir; CASTILLO, Gina; RAVNBORG, Helle Munk; VAN KOPPEN, Barbara. Agricultural water management and poverty linkage. *Agricultural Water Management*, v. 97, n. 4, p. 520-527, abr. 2010.

³³ NAÇÕES UNIDAS. Water for a sustainable world. *Water Development Report 2015*. 20 mar. 2015. Disponível em: <https://www.unwater.org/publications/un-world-water-development-report-2015>. Acesso em: 17 mar. 2025.

³⁴ NAÇÕES UNIDAS. Water for a sustainable world. *Water Development Report 2015*. 20 mar. 2015. Disponível em: <https://www.unwater.org/publications/un-world-water-development-report-2015>. Acesso em: 17 mar. 2025.

reparos.³⁵ Tecnologias como o sistema GSM, integradas à IdC, têm aprimorado o monitoramento das bombas de água, especialmente em países como a Índia, onde 85% da água potável é oriunda de águas subterrâneas.³⁶ Iniciativas semelhantes foram implementadas globalmente: sensores de arsênico em Bangladesh, monitoramento da rede de distribuição de água na província de JiangSu, China, e sistemas inteligentes de osmose reversa de baixo custo na Índia, todos promovendo eficiência e qualidade no abastecimento de água.³⁷

No setor de saúde, a mortalidade infantil e materna em países em desenvolvimento ainda é alarmante. Em 2017, 5,4 milhões de crianças menores de cinco anos morreram, e em 2015, complicações na gravidez e no parto resultaram em 303 mil mortes maternas,³⁸ a maioria concentrada na África subsaariana.³⁹ Soluções simples poderiam evitar mais da metade dessas fatalidades. A IdC tem contribuído significativamente no cumprimento do ODS 3, viabilizando monitoramento remoto, integração de dispositivos médicos e melhorias na gestão de cuidados de saúde.⁴⁰ Exemplos incluem o uso de termômetros inteligentes no Haiti para monitorar vacinas⁴¹ e a aplicação de tecnologias da IdC para enfrentar crises humanitárias, como o surto de Ebola na África Ocidental.⁴²

3.2 Agricultura e meios de subsistência

Em 2017, 821 milhões de pessoas enfrentaram a fome no mundo,⁴³ com as crianças sendo as mais afetadas, já que quase metade das mortes de menores de 5 anos é atribuída à desnutrição.⁴⁴ O Objetivo Fome Zero (ODS 2) visa erradicar a fome, garantir segurança alimentar, melhorar a nutrição e promover uma agricultura sustentável.⁴⁵

³⁵ NIQUE, Michael; ARAB, Firas. Sustainable Energy & Water Access through M2M Connectivity. *GSMA Report 2013*. Disponível em: <https://www.gsma.com/mobilefordevelopment/wp-content/uploads/2013/01/Sustainable-Energy-and-Water-Access-through-M2M-Connectivity.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

³⁶ NIQUE, Michael; ARAB, Firas. Sustainable Energy & Water Access through M2M Connectivity. *GSMA Report 2013*. Disponível em: <https://www.gsma.com/mobilefordevelopment/wp-content/uploads/2013/01/Sustainable-Energy-and-Water-Access-through-M2M-Connectivity.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

³⁷ THE WORLD BANK. *Jiangsu Water and Wastewater*. Dez. 2015. Disponível em: <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/project-detail/P096926>. Acesso em: 17 mar. 2025.

³⁸ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 3*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/3>. Acesso em: 17 mar. 2025.

³⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *World health statistics 2019: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals*. 21 maio 2019. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789241565707>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁴⁰ MUHAMMAD, Abubakr; HAIDER, Bilal; AHMAD, Zahoor. IoT Enabled Analysis of Irrigation Rosters in the Indus Basin Irrigation System. *Procedia Engineering*, v. 154, p. 229-235, 2016.

⁴¹ RAMANATHAN, Tara; RAMANATHAN, Nithya; MOHANTY, Jeevan; REHMAN, Ibrahim H.; GRAHAM, Eric; RAMANATHAN, Veerabhadran. Wireless sensors linked to climate financing for globally affordable clean cooking. *Nature Climate Change*, v. 7, n. 1, p. 1-6, 2017.

⁴² GARRITY, John. *Harnessing the Internet of Things for Global Development*. Geneva: International Telecommunication Union (ITU), 2015.

⁴³ NAÇÕES UNIDAS. *Zero Hunger: Why it Matters?* 2019. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2018/09/Goal-2.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁴⁴ UNICEF. *Levels and trends in child malnutrition: Key findings of the 2019 edition*. 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/reports/joint-child-malnutrition-estimates-levels-and-trends-child-malnutrition-2019>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁴⁵ NAÇÕES UNIDAS. *Zero Hunger: Why it Matters?* 2019. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2018/09/Goal-2.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

Com a previsão de que a população mundial atinja 9,7 bilhões em 2050, a demanda por alimentos aumentará significativamente, exigindo uma expansão de 60% na produção agrícola global e 100% nos países em desenvolvimento. Para tanto, é necessária uma transformação profunda na agricultura e no sistema de obtenção de alimentos.⁴⁶

A agricultura sustentável desempenha um papel crucial na redução da pobreza (ODS 1) e no crescimento econômico inclusivo (ODS 8). A IdC contribui para essa transformação ao otimizar recursos, reduzir custos de produção e minimizar perdas nas colheitas.⁴⁷ Contudo, nos países em desenvolvimento, a adoção da IdC enfrenta barreiras significativas, como o alto custo de equipamentos e a insuficiente cobertura de internet. Essas limitações restringem o acesso de pequenos e médios agricultores a tecnologias de monitoramento avançadas.⁴⁸ Além disso, um terço dos alimentos produzidos globalmente, equivalente a 1,3 bilhão de toneladas, é desperdiçado anualmente, gerando perdas econômicas estimadas em US\$680 bilhões nos países industrializados e US\$310 bilhões nos países em desenvolvimento.⁴⁹

Vários projetos demonstram o potencial da IdC na agricultura sustentável. Em 2014, Insung Hong apresentou uma política de cobrança adaptativa para reduzir o desperdício de alimentos, utilizando serviços baseados na web para otimizar o descarte e a coleta.⁵⁰ Na Índia, o sistema Nano Ganesh permite que agricultores controlem remotamente bombas de micro irrigação via celular, verificando o abastecimento de água.⁵¹ No Sri Lanka e em Ruanda, redes de sensores monitoram a umidade e os nutrientes do solo em plantações de chá, assegurando o uso eficiente de água e fertilizantes.⁵² No Quênia, o programa Kilimo Salama usa tecnologias de IdC para que pequenos agricultores garantam suas colheitas contra secas e inundações.⁵³

3.3 Educação

Globalmente, 264 milhões de crianças e adolescentes não têm a oportunidade de ingressar ou concluir a escola. Em 2017, os níveis mais elevados de analfabetismo entre os jovens (15 a 24 anos) foram encontrados na África Subsaariana (mais de 50% da

⁴⁶ ELIJAH, Olakunle; RAHMAN, Abdul; ORIKUMHI, Igbafe; LEOW, Chee Yen; HINDIA, Nour. An overview of Internet of Things (IoT) and Data Analytics in Agriculture: benefits and challenges. *IEEE Internet of Things Journal*, v. 5, n. 5, p. 3758-3773, out. 2018.

⁴⁷ ELIJAH, Olakunle; RAHMAN, Abdul; ORIKUMHI, Igbafe; LEOW, Chee Yen; HINDIA, Nour. An overview of Internet of Things (IoT) and Data Analytics in Agriculture: benefits and challenges. *IEEE Internet of Things Journal*, v. 5, n. 5, p. 3758-3773, out. 2018.

⁴⁸ STOCES, Michal; VANEK, Jiri; MASNER, Jan; PAVLÍK, John. Internet of Things (IoT) in Agriculture - Selected Aspects. *AGRIS on-line Papers in Economics and Informatics*, v. 8, n. 1, p. 1-6, mar. 2016.

⁴⁹ FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *Save food: Global Initiative on food loss and waste reduction*. Disponível em: <https://www.fao.org/save-food/en/>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁵⁰ HONG, Insung; PARK, Sunghoi; LEE, Beomseok; LEE, Jaekeun. IoT-based smart garbage system for efficient food waste management. *The Scientific World Journal*, v. 2014, p. 1-12, ago. 2014.

⁵¹ SYLVESTER, Gerard. Success stories on information and communication technologies for agriculture and rural development. Geneva: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2017. p. 34.

⁵² THORSTEN, Scherf. *Internet of Things – hype or hope for developing countries?* KfW Development Research. 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.kfw-entwicklungsbank.de/PDF/Download-Center/PDF-Dokumente-Development-Research/Internet-of-Things-%E2%80%93-hype-or-hope-for-developing-countries.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁵³ YUNUS, Muhammad. *A World of Three Zeros: The New Economics of Zero Poverty, Zero Unemployment, and Zero Net Carbon Emissions*. Nova Iorque: Public Affairs, 2017. p. 43.

população jovem em países como Mali, Níger ou Chade) e no Sudeste Asiático.⁵⁴ Com o auxílio de um dispositivo que se utiliza da tecnologia de IdC, busca-se o atingimento do ODS 4. Paul Kim afirmou que a tecnologia de aprendizado móvel de baixo custo tem o potencial de facilitar o aprendizado personalizado e exploratório por meio de um modelo centrado na criança em áreas desprivilegiadas.⁵⁵ Um exemplo de IdC aplicada à educação é o *Higher Education Support Project*, lançado em Burkina Faso, que estabeleceu uma nova Universidade Virtual com o objetivo de diversificar os modelos de ensino superior.⁵⁶ Na China, o *Guangdong Compulsory Education Project* apoia a instalação e utilização de equipamento TIC e o desenvolvimento de conteúdos educativos digitais para estudantes.⁵⁷

3.4 Meio ambiente e conservação

O Banco Mundial estima que a mudança climática pode resultar em mais de 100 milhões de pessoas adicionais vivendo em extrema pobreza até 2030.⁵⁸ Uma mudança de clima afetará a todos, mas já está tendo o maior impacto nas comunidades pobres com menos recursos para se adaptar.⁵⁹ Os mais desfavorecidos economicamente são desproporcionalmente afetados por desastres: dos trinta países mais vulneráveis a desastres naturais e mudanças climáticas, vinte e seis são países menos desenvolvidos, e a grande maioria das mortes e das pessoas afetadas por desastres naturais ocorre nesses países: entre 1991 e 2005, cerca de 90% das mortes como resultado de desastres e 98% da população afetada por desastres viviam em países em desenvolvimento.⁶⁰

Outro elemento chave relacionado ao meio ambiente é a conservação e uso sustentável dos recursos marinhos, bem como dos ecossistemas terrestres. A pesca e a aquicultura oferecem amplas oportunidades para reduzir fome e aliviar a pobreza, gerando crescimento econômico. A sobre pesca ameaça uma valiosa fonte de alimentos; a aquicultura não gerenciada pode ser a causadora da poluição, contribuindo para a acidificação dos oceanos.⁶¹ A aplicação IdC tem o potencial de reduzir as emissões de

⁵⁴ UNICEF. *Global annual results reports 2018*. 2018. Disponível em: <https://www.unicef.org/reports/global-annual-results-2018>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁵⁵ KIM, Paul; BUCKNER, Elizabeth; KIM, Hyunkyung; MAKANY, Tamas. A comparative analysis of a game-based mobile learning model in low-socioeconomic communities of India. *International Journal of Educational Development*, v. 32, n. 2, mar. 2012.

⁵⁶ WORLD BANK. *Notable World Bank Activities Related to Technology Use in Education*. 2021. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/edutech>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁵⁷ WORLD BANK. *Notable World Bank Activities Related to Technology Use in Education*. 2021. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/edutech>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁵⁸ WORLD BANK. *Climate Change Overview*. 2022. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/climatechange/overview>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁵⁹ OLSSON, Lennart; OPONDO, Maggie; TSCHAKERT, Petra; AGRAWAL, Arun; ERIKSEN, Siri; MA, Shiming; PERCH, Leisa; ZAKIELDEEN, Sumaya. Livelihoods and poverty. In: FIELD, Christopher; BARROS, Vicente; DOKKEN, David; MACH, Katharine; MASTRANDREA, Michael (ed.). *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*. Nova Iorque: Cambridge, 2014. p. 793.

⁶⁰ DLODLO, Nomusa; KALEZHI, Josephat. The internet of things in agriculture for sustainable rural development. *International Conference on Emerging Trends in Networks and Computer Communications (ETNCC)*, Windhoek, Namibia, 2015. p. 13-18.

⁶¹ NAÇÕES UNIDAS. Achieving the targets of Sustainable Development Goal 14: Sustainable fish and seafood value chains and trade. Background note for the second Oceans Forum 16-17. 2018. *United Nations Conference On Trade And Development Food And Agriculture Organization Of The United Nations United Nations Environment*

gases de efeito estufa e ajuda a retardar o aumento das temperaturas globais.⁶² Além disso, a IdC permite mitigar o efeito de desastres naturais. Um exemplo de aplicação de IdC nesta área é a iniciativa desenvolvida pela *China Research Lab*, da IBM e pelo *Beijing Environmental Protection Bureau*⁶³ para ampliar seu sistema de previsão da qualidade do ar. Uma rede de sensores espalhados por Pequim retorna previsões cada vez mais precisas dos níveis de poluição do ar em diferentes bairros. Outro exemplo relacionado ao tema são as aplicações de IdC através dos *Tsunami Early Warning Systems* instalados na Índia, no Irã, no Paquistão e em Omã. A detecção de tsunamis usando IdC é extremamente útil para espalhar mensagens de alerta precoce em comparação com os sistemas de detecção normais e, portanto, evita mais destruição. A adoção da IdC pode reduzir as chances de perda de vidas humanas, bem como danos a infraestruturas de grande escala.⁶⁴

3.5 Resiliência, Infraestrutura e Energia

Hoje, 1,06 bilhão de pessoas ainda não têm acesso à eletricidade e 3,04 bilhões de pessoas ainda dependem de combustíveis sólidos e querosene para cozinhar e se aquecer. Os níveis de renda e a falta de acesso à energia moderna e boas infraestruturas estão intimamente correlacionados: os países com a maior proporção de população vivendo com renda inferior a US\$1,90 por dia tendem a ter baixas taxas de eletrificação e uma alta proporção da população depende de energia tradicional de uso de biomassa para cozinhar. A maioria das pessoas sem acesso à eletricidade vive na África Subsaariana e no Sudeste Asiático e, em menor escala, no Oriente Médio, Ásia Central e América Latina. Da mesma forma, a maioria das pessoas sem meios de cozinhar limpos vive no sudeste da Ásia (1,9 bilhão), seguida pela África subsaariana (850 milhões).⁶⁵

A IdC auxilia no fornecimento de soluções de energia, permitindo tecnologias de energia limpa, criando mercados de energia mais inteligentes e otimizando a implementação de produtos existentes. No Quênia, o M-Kopa (prêmio IdC da Microsoft) foi projetado para fornecer a todos energia de alta qualidade a um preço acessível, especialmente às pessoas fora da rede.⁶⁶ Depois de instalar o *Solar Home Systems*, os clientes podem utilizar a eletricidade gerada pelas células solares para alimentar os eletrodomésticos, e a M-Kopa monitora remotamente o uso e as falhas do sistema. Por exemplo, a monitorização de sistemas solares domésticos permite a detecção precoce de avarias, prolongando a vida útil do sistema fotovoltaico.

Programme. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/Background-Note-Second-Oceans-Forum-July2018-v4.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁶² ABDELMAWLA, Nesma; BADAWY, Mahmoud; ALI, Hesham Arafat. IoT for the Failure of Climate-Change Mitigation and Adaptation and IIoT as a Future Solution. *World Journal of Environmental Engineering*, v. 6, n. 1, p. 7-16, mar. 2019.

⁶³ IBM. Green Horizons. *IBM Media Center*. 2019. Disponível em: https://mediacenter.ibm.com/media/Green+Horizons/1_f9ftqtn1. Acesso em: 17 mar. 2025.

⁶⁴ RAY, Partha Pratim; MUKHERJEE, Mithun; SHU, Lei. Internet of Things for disaster management: state-of-the-art and prospects. *IEEE Access*, v. 5, p. 18818-18835, 2017.

⁶⁵ DALY, Hannah. *Energy Access Outlook: from Poverty to Prosperity*, World Energy Outlook-2017 Special Report. Paris: OECD/IEA, 2017. p. 49.

⁶⁶ GARRITY, John. *Harnessing the Internet of Things for Global Development*. Geneva: International Telecommunication Union (ITU), 2015.

O resultado desses projetos de IdC é reduzir o desperdício de energia. Por outro lado, a eficácia e a produtividade, aumentam e, conseqüentemente, a economia das famílias melhora. Além disso, na maioria dos países em desenvolvimento, as mulheres são afetadas de forma desproporcional, na medida em que o seu acesso a recursos e benefícios energéticos é ainda mais limitado pelas disparidades de gênero, já que o papel da mulher nos países em desenvolvimento é coletar madeira e água. Esta situação tem conseqüências negativas, como os efeitos físicos do trabalho árduo em percorrer longas distâncias para obter lenha e água, os efeitos para a saúde da poluição do ar interior e a redução da frequência escolar. Os projetos de IdC focados em energia e água também melhoram outros aspectos, como igualdade de gênero, saúde ou educação. No entanto, algumas dessas iniciativas exigiriam grandes investimentos iniciais ou a utilização de infraestruturas previamente instaladas, porém, nos países em desenvolvimento, as infraestruturas são muitas vezes muito precárias ou inexistentes. Para alcançar alta disseminação de IdC em países em desenvolvimento, um dos principais requisitos é usar tecnologia simples e barata.

4 Considerações finais: os desafios da IdC nos países em desenvolvimento

O presente artigo buscou abordar os principais desafios da implementação da IdC nos países em desenvolvimento, com ênfase nas questões técnicas, ambientais, sociais, políticas e financeiras. Entre os obstáculos técnicos, destaca-se a diferença nas necessidades de informação, a falta de infraestrutura moderna, a escassa conectividade à internet e a ausência de experiência local em IdC. O ambiente climático extremo também representa um desafio significativo, na medida em que muitos países em desenvolvimento são altamente afetados por eventos climáticos adversos. Além disso, as disparidades socioeconômicas entre áreas urbanas e rurais dificultam a implantação da IdC, com 85% da população economicamente desfavorecida vivendo em áreas rurais. Do ponto de vista político e financeiro, a falta de regulamentação governamental, as preocupações com segurança e privacidade, e o limitado acesso a serviços bancários prejudicam a expansão da tecnologia.

Diante desses desafios, evidencia-se que inovação tecnológica inaugura uma ruptura no sistema econômico, quebrando com o estado de equilíbrio e promovendo a alteração dos padrões de produção. O Direito, como instrumento regulador das relações na sociedade, é obrigado a atuar nesse ambiente, evoluindo de maneira simbiótica com a tecnologia, de forma que esta não modifique apenas os comportamentos da sociedade, mas para que também possa modernizá-lo. Essa é, portanto, a racionalidade que deve balizar a perspectiva jurídica ao ambiente tecnológico atual, afim de que os países em desenvolvimento possam superar os obstáculos tecnológicos ainda presentes e, assim, usufruam da tecnologia de IdC a seu favor.

Referências

ABDELMAWLA, Nesma; BADAWY, Mahmoud; ALI, Hesham Arafat. IoT for the Failure of Climate-Change Mitigation and Adaptation and IIoT as a Future Solution. *World Journal of Environmental Engineering*, v. 6, n. 1, p. 7-16, mar. 2019.

BONSOR, Kevin; FENLON, Wesley. How RFID Works. *HowStuffWorks*. 11 fev. 2021. Disponível em: <http://electronics.howstuffworks.com/gadgets/high-tech-gadgets/rfid.htm>. Acesso em: 17 mar. 2025.

CHANG, Jae Hwa. An introduction to using QR codes in scholarly journals. *Science Editing*, v. 1, n. 2, p. 113-117, jul. 2014.

DALY, Hannah. *Energy Access Outlook: from Poverty to Prosperity*, World Energy Outlook-2017 Special Report. Paris: OECD/IEA, 2017.

DLODLO, Nomusa; KALEZHI, Josephat. The internet of things in agriculture for sustainable rural development. *International Conference on Emerging Trends in Networks and Computer Communications (ETNCC)*, Windhoek, Namibia, 2015.

ELIJAH, Olakunle; RAHMAN, Abdul; ORIKUMHI, Igbafe; LEOW, Chee Yen; HINDIA, Nour. An overview of Internet of Things (IoT) and Data Analytics in Agriculture: benefits and challenges. *IEEE Internet of Things Journal*, v. 5, n. 5, p. 3758-3773, out. 2018.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista de Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *Save food: Global Initiative on food loss and waste reduction*. Disponível em: <https://www.fao.org/save-food/en/>. Acesso em: 17 mar. 2025.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARRITY, John. *Harnessing the Internet of Things for global development*. Geneva: Switzerland, 2015.

HONG, Insung; PARK, Sunghoi; LEE, Beomseok; LEE, Jaekeun. IoT-based smart garbage system for efficient food waste management. *The Scientific World Journal*, v. 2014, p. 1-12, ago. 2014.

IBM. Green Horizons. *IBM Media Center*. 2019. Disponível em: https://mediacenter.ibm.com/media/Green+Horizons/1_f9ftqn1. Acesso em: 17 mar. 2025.

KIM, Paul; BUCKNER, Elizabeth; KIM, Hyunkyung; MAKANY, Tamas. A comparative analysis of a game-based mobile learning model in low-socioeconomic communities of India. *International Journal of Educational Development*, v. 32, n. 2, mar. 2012.

LUND, Susan; MANIYKA, James. *How Digital Trade is Transforming Globalisation*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2016.

MUHAMMAD, Abubakr; HAIDER, Bilal; AHMAD, Zahoor. IoT Enabled Analysis of Irrigation Rosters in the Indus Basin Irrigation System. *Procedia Engineering*, v. 154, p. 229-235, 2016.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento. *Direitos Humanos USP*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 17 mar. 2025.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/66851-os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>. Acesso em: 17 mar. 2025.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 17 mar. 2025.

NAÇÕES UNIDAS. Achieving the targets of Sustainable Development Goal 14: Sustainable fish and seafood value chains and trade. Background note for the second Oceans Forum 16-17. 2018. *United Nations Conference On Trade And Development Food And Agriculture Organization Of The United Nations United Nations Environment Programme*. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/Background-Note-Second-Oceans-Forum-July2018-v4.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

NAÇÕES UNIDAS. Nature-based solutions for water. *Water Development Report 2018*. 19 mar. 2018. Disponível em: <https://www.unwater.org/publications/world-water-development-report-2018>. Acesso em: 17 mar. 2025.

NAÇÕES UNIDAS. Water for a sustainable world. *Water Development Report 2015*. 20 mar. 2015. Disponível em: <https://www.unwater.org/publications/un-world-water-development-report-2015>. Acesso em: 17 mar. 2025.

NAÇÕES UNIDAS. *Zero Hunger: Why it Matters?* 2019. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2018/09/Goal-2.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

NAMARA, Regassa; HANJRA, Munir; CASTILLO, Gina; RAVNBORG, Helle Munk; VAN KOPPEN, Barbara. Agricultural water management and poverty linkage. *Agricultural Water Management*, v. 97, n. 4, p. 520-527, abr. 2010.

NIQUE, Michael; ARAB, Firas. Sustainable Energy & Water Access through M2M Connectivity. *GSMA Report 2013*. Disponível em: <https://www.gsma.com/mobilefordevelopment/wp-content/uploads/2013/01/Sustainable-Energy-and-Water-Access-through-M2M-Connectivity.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

OLSSON, Lennart; OPONDO, Maggie; TSCHAKERT, Petra; AGRAWAL, Arun; ERIKSEN, Siri; MA, Shiming; PERCH, Leisa; ZAKIELDEEN, Sumaya. Livelihoods and poverty. In: FIELD, Christopher; BARROS, Vicente; DOKKEN, David; MACH, Katharine; MASTRANDREA, Michael (ed.). *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*. Nova Iorque: Cambridge, 2014.

PARASHAR, Ruchi; KHAN, Abid. A survey: the Internet of Things. *International Journal of Technical Research and Applications*, v. 4, n. 3, p. 251-257, maio/jun. 2016.

PATH. *Investing in vaccines for the developing world*. Abr. 2017. Disponível em: <https://www.path.org/resources/investing-in-vaccines-for-the-developing-world/>. Acesso em: 17 mar. 2025.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório do Desenvolvimento Humano: a próxima fronteira – o desenvolvimento humano e o Antropoceno*. Disponível em: https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/ao/UNDP_AO_RDH_-2020_Full_PT.pdf. Acesso em: 17 mar. 2025.

RAHIM, Abdur. IoT and Data Analytics for Developing Countries from Research to Business Transformation. *Economics of Grids, Clouds, Systems, and Services*. Lecture Notes in Computer Science, p. 281-284, 2017.

RAMANATHAN, Tara; RAMANATHAN, Nithya; MOHANTY, Jeevan; REHMAN, Ibrahim H.; GRAHAM, Eric; RAMANATHAN, Veerabhadran. Wireless sensors linked to climate financing for globally affordable clean cooking. *Nature Climate Change*, v. 7, n. 1, p. 1-6, 2017.

RAY, Partha Pratim; MUKHERJEE, Mithun; SHU, Lei. Internet of Things for disaster management: state-of-the-art and prospects. *IEEE Access*, v. 5, p. 18818-18835, 2017.

RIO VERDE (GO) recebe rede experimental de internet 5G para uso no agronegócio. *Globo Rural*. 03 dez. 2020. Disponível em: <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Pesquisa-e-Tecnologia/noticia/2020/12/rio-verde-go-recebe-rede-experimental-de-internet-5g-para-uso-no-agronegocio.html>. Acesso em: 17 mar. 2025.

RODRIGUES, Guilherme. Goiás lança rede móvel 5G voltada para uso no agronegócio. *G1*. 03 dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2020/12/03/governo-de-goias-lanca-rede-movel-5g-voltada-para-uso-no-agronegocio-em-rio-verde.ghtml>. Acesso em: 17 mar. 2025.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STOCES, Michal; VANEK, Jiri; MASNER, Jan; PAVLÍK, John. *Internet of Things (IoT) in Agriculture - Selected Aspects. AGRIS on-line Papers in Economics and Informatics*, v. 8, n. 1, p. 1-6, mar. 2016.

SYLVESTER, Gerard. *Success stories on information and communication technologies for agriculture and rural development*. Geneva: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2017.

THE WORLD BANK. *Jiangsu Water and Wastewater*. Dez. 2015. Disponível em: <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/project-detail/P096926>. Acesso em: 29 jan. 2023.

THE WORLD BANK. *Jiangsu Water and Wastewater*. Dez. 2015. Disponível em: <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/project-detail/P096926>. Acesso em: 17 mar. 2025.

THORSTEN, Scherf. *Internet of Things – hype or hope for developing countries?* KfW Development Research. 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.kfw-entwicklungsbank.de/PDF/Download-Center/PDF-Dokumente-Development-Research/Internet-of-Things-%E2%80%93-hype-or-hope-for-developing-countries.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

UNICEF. *Global annual results reports 2018*. 2018. Disponível em: <https://www.unicef.org/reports/global-annual-results-2018>. Acesso em: 17 mar. 2025.

UNICEF. *Levels and trends in child malnutrition: Key findings of the 2019 edition*. 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/reports/joint-child-malnutrition-estimates-levels-and-trends-child-malnutrition-2019>. Acesso em: 17 mar. 2025.

WORLD BANK. *Climate Change Overview*. 2022. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/climatechange/overview>. Acesso em: 17 mar. 2025.

WORLD BANK. *Notable World Bank Activities Related to Technology Use in Education*. 2021. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/edutech>. Acesso em: 17 mar. 2025.

WORLD ECONOMIC FORUM. *Internet of Things: guidelines for sustainability*. 2020. Disponível em: <https://www.weforum.org/whitepapers/internet-of-things-guidelines-for-sustainability/>. Acesso em: 17 mar. 2025.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *World health statistics 2019: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals*. 21 maio 2019. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789241565707>. Acesso em: 17 mar. 2025.

YAN, Bo; GUANGWEN, Huang. *Application of RFID and Internet of Things in Monitoring and Anticounterfeiting for Products. International Seminar on Business and Information Management*, Wuhan, p. 392- 395, 2008.

YUNUS, Muhammad. *A World of Three Zeros: The New Economics of Zero Poverty, Zero Unemployment, and Zero Net Carbon Emissions*. Nova Iorque: Public Affairs, 2017.

ZORN, Matija. *Natural disasters and less developed countries. In: PELC, Stanko; KODERMAN, Miha. Nature, Tourism and Ethnicity as drivers of (de)marginalization. Insights to marginality from perspective of sustainability and development*. Geneva: Springer, 2018.

ZOUGANELI, Evi; SVINNSET, Inge Einar. *Connected Objects and the Internet of Things – a Paradigm Shift. International Conference on Photonics in Switching*, Pisa, p. 1-4, 2009.

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

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; ANDRADE, Giulia de Rossi. *Desafios e oportunidades da Internet das Coisas para alcançar o desenvolvimento sustentável. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 439-452. ISBN 978-85-450-0925-2.

A PRESENÇA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO JUDICIAL E O RISCO DO JUÍZO VIRTUAL

GERALDO SPAGNO GUIMARÃES

Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo.

Mestre pela UFMG.

Professor da Pós-Graduação da Escola de Contas Prof. Pedro Aleixo, do TCE-MG e na USP-FADEP.

Sumário: 1 Introdução: Causas e surgimento do tema. 2 O futuro dos processos judiciais. 3 Percalços e ajustes práticos da evolução tecnológica – caso prático. 4 A zona fronteira de razoabilidade entre o juízo natural e o virtual como princípio. 5 Como conciliar o juízo natural e o virtual. 6 Conclusões. Referências.

1 Introdução: causas e surgimento do tema

É preciso reconhecer como provável que o avanço do meio conciliatório no Judiciário seja, na verdade, decorrência da percepção da sociedade de que o acúmulo do volume de serviços na fila da jurisdição já transformou o processo no caminho mais custoso para a solução de conflitos. Ou seja, mais que como uma evolução de nobre vanguardismo, a conciliação foi introduzida porque a realidade mostrou-se desoladora para quem precisa tirar um fardo da agenda de tensões prolongadas.

Há processos sem andamento algum por um ano inteiro, ou até mais, naquilo que cabe ao Judiciário realizar na marcha dos autos, e não estou aqui acusando magistrados ou servidores; apenas constatando o inegável volume desumano de trabalho a que são submetidos.

Após muita queixa, o legislador chegou ao ponto de introduzir em texto constitucional, como princípio fundamental do sagrado art. 5º, o direito à razoável duração do processo, fazendo concluir que tão grave quanto a injustiça que se busca corrigir é a ausência de tramitação célere para se chegar a uma decisão definitiva, o que Rui Barbosa já advertia, bem antes de deixar este mundo das lides há mais de século, repudiando a injusta justiça tardia.

Acresça-se à abordagem constitucional desse cenário desesperançoso a fragilização da segurança jurídica, os questionamentos acerca de ofensa à dignidade humana e ao processo legal devido que o art. 5º também quer assegurar, para evitar que os cidadãos sejam privados de suas liberdades e bens, temas mais sensíveis entre os que cabem aos magistrados destringar.

Há uma década sonhávamos que um novo Código de Processo Civil poderia nos salvar do dissabor da dissensão que o estatuto processual ultrapassado prolongava e agora apostamos todas as fichas na inteligência artificial, em relação à qual os influenciadores da hora oferecem estratégias para uso mais inteligente e acelerado da tal inteligência, que nem é deles nem do juízo que buscamos, mas uma capacidade artificial, hoje não mais depreciada com a alcunha de postiça – como outrora fora concebida e compreendida – mas como santo graal ou pedra angular de todo e qualquer processo, inclusive dos judiciais.

2 O futuro dos processos judiciais

O mundo, em essência, já agora – não é coisa do futuro – caminha em trilha artificial, senda que conquistou todas as organizações e processos. Devo dizer novamente que não estou a criticar as vantagens do auxílio que a inteligência tecnológica oferece para soluções urgentes. Como todo avanço, a nova realidade exige desapego e imersão em um novidadeiro ambiente com riscos de efeitos colaterais e até intrínsecos.

Não é demais sopesar que em todos os processos, a eficácia sistêmica e a efetividade esperada valem-se dos rumos traçados por decisões cabíveis a quem legalmente tem o poder de presidir a marcha e fundamentar cada escolha, movimentação e alternativa deliberada da via preferida, incluindo nessas competências a responsabilidade pelo desenvolvimento válido e procedimentalmente exitoso, no que se inclui a cadência constante sem delongas.

Nesse contexto procedimental já inafastável da sociedade contemporânea não podem ser deixados para trás os processos judiciais, nos quais muitos jurisdicionados acreditam que semeiam para os netos, sabedores de que o deslinde não traz esperança de resolução breve, caso uma mudança drástica de ritmo e condução seja adiada.

Por tais razões e muitas outras, a inteligência artificial já está assimilada como rota imprescindível para auxiliar o Poder Judiciário na aceleração das respostas diligentes, mediante decisões ajustadas à singularidade para cada circunstância submetida à sua apreciação, sabendo-se que, no curso de cada processo, são várias as decisões que influenciam na entrega isonômica que todos, individualmente, têm direito de receber.

Nessa busca, o CNJ e os Tribunais pátrios têm se esforçado na última década para encontrar o equilíbrio das soluções e regulamentações necessárias ao instrumentalismo dos servidores do Judiciário e partes dos processos, disponibilizando os caminhos mais céleres e seguros de sistemas inteligentes, não sem contribuições e cobrança constantes da OAB.

Nessa seara surgiram sistemas eletrônicos de processamento tais como Projudi, e-SAJ, E-Jur, PJe e e-Proc, entre outros, o que obrigou o alto comando de gestores do Judiciário a apreciar e aprender sobre as opções tecnológicas, a fim de escolher a mais

adequada ao atendimento da demanda processual judiciária. E, a partir daí, advogados, juízes e servidores da justiça passaram a buscar capacitação para adequarem suas atuações, despedindo-se dos processos físicos, pouco a pouco.

Contudo, como é comum aos processos da vida, mesmo nas alternativas avançadas algumas brechas precisam ser contidas e sugiro aqui uma reflexão a partir de dados que percebi como profissional da advocacia, ressaltada, é claro, a avaliação de técnicos do setor.

3 Percalços e ajustes práticos da evolução tecnológica – caso prático

Assisti, há algum tempo, à palestra de uma advogada conhecedora do e-proc desde que implantado no país no primeiro TRF que adotou esse sistema, onde a respeitável palestrante atuava. Era um encontro de pouco mais de uma hora para explicar e divulgar o sistema e suas vantagens a advogados interessados do meu Estado, pois o Tribunal de Justiça está migrando do PJe para o eproc. A partir de sua experiência, a colega foi só elogios ao que ela entendia mais útil e avançado em relação ao PJe.

Entre outras vantagens, ela explicou que no e-proc um juiz não precisa determinar à Secretaria da Vara que intime o INSS a fornecer um documento de um jurisdicionado para instruir sua demanda judicial. Basta ao magistrado acessar, pelo próprio e-proc, ao sistema de registros do INSS, ali inserido para prestar informações ágeis e seguras aos juízes. Não há dúvida que esse expediente acelera o processo em dois ou três meses, ou até mais.

Contudo, a professora também informou que o sistema do e-proc pode intimar o apelado alguns minutos após o protocolo da apelação para, querendo, apresentar contrarrazões, e aí, alguns questionamentos me vieram à mente, a partir da minha prática vinculada a princípios e procedimentos que sempre entendi necessários. Eu mesmo acompanho casos em que uma sociedade de economia mista foi beneficiada por decisão do STF com status de repercussão geral, entendendo os Ministros que, por ser empresa prestadora de serviços de natureza não concorrencial e dependente do município (seu maior acionista que, na prática, assume o ônus de eventual sucumbência) tem direito à adoção do regime jurídico público, até para não violar a preferência constitucional dos créditos junto ao erário que segue o regime do precatório.

A partir dessa realidade transitada em julgado, diante da invocada decisão de repercussão geral da Excelsa Corte, alguns juízes entenderam que a estatal estava isenta de recolher as custas e outros exigiam o recolhimento por se tratar de ente privado, ou seja, o juízo de admissibilidade gerou uma dissensão que agora pode ser contornada pelo juízo virtual, sem que essa especificidade seja apreciada pelo juiz natural no ritmo dos três minutos de resposta que a IA oferece.

Em nome da eficiência, outros princípios parecem resvalados e esse caso prático reclama um debruçar sobre o Direito para saber até onde e como pode ou não o Direito clássico ceder às vantagens da modernidade.

É preciso examinar se o que está regulado permite essa solução e se pode permitir o expediente como aceitável, mais do que apenas vantajoso em razão do compasso dos tempos, e isso deve ser avaliado esmiuçando princípios aos quais se submete o ordenamento.

Por um momento fiquei imaginando se uma apelação não é admitida pela inteligência artificial a quem poderia o advogado que recebeu a notificação interpor um agravo de instrumento se o recurso cabe contra um despacho de um juiz que não participou da decisão confiada a algoritmos computacionais que podem definir caminhos a partir de elementos abstratos dos modelos estabelecidos. Poderia ser cobrado um dano de quem estabeleceu as premissas do protótipo? E se não foi uma equipe de programadores, mas o *deep learning* (aprendizado profundo) ou uma rede neural (que não são órgãos do Poder Judiciário – CF/92 – nem passaram pela investidura para integrar a organização judiciária) que ordenou o não conhecimento da apelação ou a intimação do apelado, quais seriam as consequências a discutir? Na verdade, nem sei se é exatamente assim que acontece e nem posso falar como especialista da área técnica da informática, embora a palestrante tenha simplificado sua explicação acentuando apenas a vantagem da aceleração do processo em razão de uma tramitação que poupava dias e até semanas em relação à realidade que vivenciamos no sistema conhecido, mas não entrou em detalhes sobre toda a dinâmica do procedimento ou eventuais riscos, razão pela qual ainda aguardo a implantação do sistema para saber exatamente como procederá diante de uma apelação e se o que foi dito na palestra acontecera mesmo como entendi. Observe-se que não se diz aqui que o art. 5º, LIII impede a mudança do juízo competente, porque há decisões de declinação que julgam justamente por deslocá-la para outro que o decisor originário entenda ser o mais competente, para que o juízo natural e, assim, apropriado, possa presidir o feito.

De outro giro, é possível observar que assim como o ordenamento estabeleceu a estrutura e organização judiciária, também foi por lei que se instituiu a utilização do meio eletrônico e suas diversas aplicações.

Mesmo diante desse devaneio exorbitante ao qual podem ainda ser acrescidos outros tantos raciocínios e ideias vagas não se pode dizer que o uso da inteligência artificial é uma quimera equiparável a um tribunal de exceção de regimes totalitários, principalmente porque o que se instituiu sobre o juízo virtual e suas nuances é aplicável isonômica e indistintamente a todos e não só aos inimigos de um governo ou soberano, mas é preciso controle com ouvidoria constante, inclusive com atuação reparadora do direito para proteção ao princípio da ampla defesa e repúdio a julgamentos parciais.

Registre-se, contudo, que a imparcialidade é atributo personalíssimo, portanto, de pessoas, não de órgãos ou tecnologias, o que eleva a discussão. Mas onde se fixa o juízo natural é naquele decisor que se mostra mais aperfeiçoado e especializado, e, para muitos, esse requisito ainda pode justificar a entrega da responsabilidade para deliberar escolhas repetitivas, como decidir sobre a mencionada admissibilidade ou não de uma apelação e a intimação do apelado à inteligência artificial que, a cada dia, vai sendo mais e mais preparada para afastar o erro quanto aos rumos do processo.

4 A zona fronteira de razoabilidade entre o juízo natural e o virtual como princípio

De fato, a presteza na tramitação não se resume ao art. 5º, LXXVIII do texto constitucional, eis que mesmo esse dispositivo também é uma faceta consequente do multiforme princípio da eficiência do art. 37 da Carta Republicana que orienta processos

administrativos e judiciais. Entretanto, o Direito não pode consagrar absolutamente nada que o ressignifique apenas por considerar arcaico o procedimento que se mostra ineficaz quanto ao ritmo de resposta que dele se espera.

Como toda ciência, ou ramo dela, tudo deve assegurar que um alvo ideal não pode desfigurar seu objeto. A tese do primado do objeto, de Theodor W. Adorno, prestigia a proteção da essência do objeto quando seu âmago enfrenta uma dialética idealista e essa lógica protecionista parece adequada e a mais justa.

Nesse passo, o conceito do Direito tem em si próprio todo o alcance de sua intenção que não pode ser desvirtuada pela vereda arrebatadora de um pensamento idealista. Ou seja, no caso concreto em exame aqui o Direito não pode ser desviado de seu alvo maior de prestação inegociável do Estado para entregar a justiça a todos, em sua totalidade de extensão material e processual, sob a justificativa de entrega de um Direito mais célere ainda que sem seguir o mínimo irreduzível de seu âmago existencial ou eixo essencial de proteção a direitos, que em última análise é o objeto da prestação estatal.

Comentando o inciso LXXVIII do art. 5^a da Constituição, José Afonso da Silva afirma que a “*razoável duração do processo como que delimita a celeridade de sua tramitação. Celeridade é signo de velocidade no seu mais alto grau*”.¹

Em sua obra o professor acentua o equilíbrio dos conceitos de *razoabilidade* e *celeridade*, para concluir que é o próprio texto do dispositivo em comento que considera irrazoável uma tramitação morosa, mas explica que a adoção da razoabilidade em textura ampla como parte do conceito e configuradora do atendimento à tramitação justa e equilibrada pode reduzir, em muito, os objetivos que o dispositivo parece querer alcançar, colocando em risco de se transformar em letra morta e ineficaz.

Já o juízo natural foi sempre estabelecido, em alguma medida, em todas as constituições brasileiras como princípio processual e muito antes em outras cartas constitucionais mais antigas mundo a fora. É fato que essa garantia sofreu limitações e a pressão de cada época, como é o caso da Constituição de 1937 que, no art. 106, permitia a substituição de juízes vitalícios por temporários, o que resvalava no conceito do tribunal de exceção para hipóteses plausíveis em razão do quadro político de então.

A Constituição Federal de 1988 avançou, ampliando a proteção em relação ao que antes previsto na de 1946. Na antiga era assegurado o *juízo* pela autoridade competente. A atual disse em forma ainda mais específica, no art. 5^o, LIII, que a salvaguarda alcançou os *processados e sentenciados*, exigindo igualmente o juízo competente para decidir nessas hipóteses.

Outra questão que pode dificultar a invocação da razoabilidade está justamente na caracterização do juízo natural que, nos primórdios, quando reivindicada sua adoção como princípio, envolvia a concepção da figura do juiz do lugar, porque este era o que melhor conhecia a cultura e as pessoas do local onde o julgamento ocorreria para também melhor julgar, mas hoje essa característica, capacidade e perspicácia em discernir, identificar e bem conhecer peculiaridades dos sujeitos e culturas locais e regionais militam infinitamente mais em favor da inteligência artificial.

¹ DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 176.

5 Como conciliar o juízo natural e o virtual

Para a temática em exame é imprescindível análise, ainda que brevíssima, da Resolução 345 do CNJ, de 09/10/2020, que regula o Juízo 100% digital e que, em outubro deste ano completa cinco anos. Nesse contexto, devemos reconhecer que proclamações e instituições se tornam maduras ao longo dos anos e permitem uma observação dos aprendizados já experimentados e dessa forma, meditando, cabe celebrar os avanços e pontuar com atenção o que ainda pode melhorar.

E assim como o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo continua amadurecendo e ampliando sua relevância no direito brasileiro, com expansão de sua unidade nacional e presença de institutos regionais em vários estados da federação ao completar seu cinquentenário mais robusto e influente a cada dia, a Resolução 345/2020 do CNJ revela ampla aceitação e compreensão no Judiciário, bem como pela advocacia pátria, sem falar nas vantagens para o jurisdicionado. O Instituto com a força de seus cinquenta anos e o dispositivo do CNJ com sua adesão e inserção no dia a dia processual já há cinco anos, têm muito para ser apreciado, e também para continuar evoluindo nos préstimos à nação e à sociedade.

É, pois, preciso esmiuçar e refletir acerca dessas capacidades de eficácia da reflexão e decisão do juízo virtual para acelerar o processo em face da importância que deve ser mantida para a pessoalidade do juízo natural. Temos que lembrar que o Juízo Virtual foi implantado pela resolução após a falta de perspectiva segura de quando retornariam as atividades presenciais quando a pandemia de covid-19 se prolongava para além de seis meses.

Não se pode olvidar que a nova realidade impeditiva da aproximação eventualmente contagiosa das pessoas e, por isso, com concordância quase unânime dos envolvidos quanto à efetividade, abriu espaço para que outros expedientes de Juízo Virtual fossem ponderados para implantação desde que se percebeu que as audiências, protocolos e outros expedientes se mostraram possíveis sem a importância que se dava ao olhar presencial do decisor natural com a vigilância a ele cabente.

Entretanto, é preciso dizer aqui que, como pontuado acima, uma possibilidade de despacho virtual do e-proc, torna-se necessário considerar que o referido sistema foi implantado pela primeira vez no país em 2003, assim como o PJe dez anos depois, ou seja, são igualmente reconhecidos pela própria longevidade e adaptações constantes.

Outro expediente que permitiu avançar com mais segurança na utilização do juízo virtual foi a criação e ampliação das possibilidades de decisões com status de repercussão geral, estas sim consubstanciadas em pronunciamentos com formatação com vistas à uniformização de julgados de demandas similares que permitem a verificação de adequação de hipóteses e utilização da inteligência artificial com sensível diminuição de erro.

Em março de 2025, foi lançado o STJ Logos que, com foco no princípio da eficiência, se constitui em ferramenta de apoio à análise processual para que a Excelsa Corte da cidadania se firme como tribunal de precedentes. O STJ divulgou que uma das funções de seu novo motor de IA é auxiliar na análise de admissibilidade de agravos, mas não se divulgou que é a IA quem decide.

Marco legal nessa matéria foi a Lei n. 11.419, de 19/12/2006, que inovou o ordenamento – embora muito tenha se dito que essa norma nasceu atrasada² – dispondo sobre a informatização do processo judicial, não previu o meio eletrônico apenas para a tramitação e transmissão de peças processuais, mas também estabeleceu que o uso da tecnologia se presta à comunicação de atos (art. 1º), o que, de certa forma, justifica o uso da tecnologia para intimações como no exemplo acima acerca da provocação ao apelado para permitir sua manifestação sobre o recurso aviado. O art. 8º da mesma norma dispõe que os órgãos do Poder Judiciário podem desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações e o art. 18 os autoriza a regulamentar a informatização do próprio processo judicial, cabendo ao CNJ, e supletivamente aos tribunais, a regulamentação da prática de atos processuais por meio eletrônico, como previsto, em 2015, no art. 196 do CPC.³

Portanto, não há dúvida que o ordenamento procurou ser amplo e cuidadoso nas possibilidades e atribuições, sempre deixando para agentes e instituições competentes as minúcias que a legislação outorga quanto à gestão regulatória dessa profusão de normas, como fez o referido art. 196 do CPC, o que leva a crer que a adoção da tecnologia, no mínimo, é instrumento previsto, e muito, no ordenamento, mas o art. 203 do mesmo *códex* diz que cabem ao magistrado que preside o processo, os atos decisórios e pronunciamentos de tramitação dos autos, ditando que mesmo os atos ordinatórios que servidores podem elaborar dependem de revisão do magistrado a quem, em última análise, incumbe a responsabilidade sobre a adequação da marcha processual e dos requisitos legais sobre o cabimento e admissibilidade das postulações. A adequação é cheia de detalhes que não podem escapar, cabendo ainda ao magistrado, em qualquer fase, sanear o processo para afastar defeitos e nulidades.

Essa zona gris entre o auxílio instrumental – para o que a IA é muito bem-vinda – e a ação de decidir é a provocação maior do presente ensaio, porque cabe ao Poder Legislativo instituir os arranjos sociais mais convenientes, como fez no art. 203 do CPC ao firmar piquetes que cercam a responsabilidade de decidir da atividade judicante, sem terceirizar para uma máquina. Nesse passo o STF, seguido por todo o Judiciário brasileiro, prestigia o limite da proporcionalidade que não aceita escolhas do legislador que exorbitam do razoável, nem admite, com base na separação dos poderes instituída pelo art. 2º da Constituição, sua própria intervenção nas escolhas adequadas do legislador para o alcance exato dos objetivos almejados.

6 Conclusões

Portanto, os processos já tramitam virtualmente no âmbito judicial há décadas, sendo que a dúvida antes aqui lançada sobre a rápida publicação de despacho para contrarrazões à apelação pelo meio virtual foi apenas uma das medidas adotadas para aceleração que trago para exemplo à reflexão. Certamente que outras questões podem ser e já devem ter sido objeto de implantação pelo Judiciário ou apreciação no

² Disponível em: A Origem do Processo Judicial Eletrônico | Jusbrasil. Acesso em: 25 mar. 2025.

³ CPC/Art. 196. Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código.

meio acadêmico e até alguém já tenha justificado em nível melhor do que a discussão e sua reflexão simples que aqui se propõe, embora eu não tenha tido acesso ainda a respostas a todos os meus questionamentos.

A ponderação que se propõe a esmiuçar apenas como exemplo neste estudo é sobre a opção do juízo virtual, ao invés do juízo natural, para exame da admissibilidade da apelação e posterior intimação do apelado. Porém, como dito, se essa questão já foi exaustivamente apreciada pelo Judiciário antes de implantação ou se foi suprimida em algum tribunal não tenho ciência, o que creio não inviabiliza o debate em razão do núcleo da discussão proposta aqui, que tem mais a ver com a preocupação acerca da análise de qualquer decisão que possa gerar impasse ou abuso contra o direito de qualquer parte do processo.

A presente apreciação que pondera o controle do avanço virtual dos processos tem escopo em ética enraizada desde a proposta de Ulpiano, para quem o conceito de entrega da justiça social por meio de normas envolvia as ideias que orientaram todas as antigas ordenações de *não prejudicar ninguém, viver honestamente e dar a cada um aquilo que lhe corresponde*.

O acesso à justiça é assegurado pelo art. 5º, XXXV da Constituição e esse instituto pretende e envolve a mais ampla proteção a lesões ou ameaças em todos os estágios de acessibilidade aos direitos por todos os meios e canais processuais.

Não estou a questionar a possibilidade de um magistrado colocar dados fáticos, processuais e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em uma minuta de decisão para submeter à inteligência artificial, o que pode ser feito, desde que, com o resultado em mãos, proceda a uma revisão do novo texto para conferir se mantém sintonia com seu entendimento e livre convencimento acerca da matéria demandada, sob risco, inclusive, da ferramenta valer-se de precedentes antagonistas em relação às suas próprias manifestações ou em rumo ainda pior de ampla autonomia trilhar por IA generativa distante de tudo que a própria Corte a que pertence o magistrado sempre decidiu em qualquer de seus colegiados.

Lado outro, não há como negar que o princípio do juízo natural consta na parte do texto constitucional protegido quanto a variações que de alguma forma possam limitá-lo ou diminuí-lo, as chamadas cláusulas pétreas, e nessa linha de raciocínio ou se aceita que a inteligência artificial não é nociva ao princípio ou se pacifica que ela não está autorizada a se inclinar, em mínima medida que seja, a abolir a garantia do art. 60, §4º da Carta Republicana, e tudo isso em razão de uma simples dúvida sobre se o despacho de intimação para contrarrazoar uma apelação pode ser examinado em poucos minutos por uma inteligência artificial.

Confesso que ainda não me sinto confortável com a possibilidade de uma tecnologia decidir sozinha sobre a admissibilidade de um recurso e acho difícil defender a ideia de que pode ser relevada a necessária investidura na digna função para atuar nesse mister de refletir sobre o cabimento de determinado caminho processual para delegar a uma linha de produção robotizada. O que é relevante em um exame de pertinência processual talvez até possa ser sumariado em protocolos de aceitação, mas a investidura personalíssima terá que ser subjugada formalmente e penso que ainda não está claro no ordenamento ser possível para certas atuações, especialmente quanto ao espírito do princípio constitucional estabelecido como cláusula pétrea.

No caso das atribuições dos juízes postas do direito positivo, ao que parece, exige dos magistrados decisão ou a menos revisão e confirmação personalíssima dos atos processuais que movem o processo decisório.

Nesse sentido já há boa doutrina que acompanha minha conclusão pessoal como no entendimento de Ribeiro e Cassol e outros, para quem a atividade propriamente decisória “*é aplicada na atividade mental que supõe a tomada de decisão*”⁴ e, mesmo que a inteligência artificial possa produzir uma bela página doutrinária, o ato de decidir ainda é função de pessoa humana, e quem diz isso é o ordenamento ainda vigente.

Por derradeiro, desde já, fica aberta aqui a oportunidade para contrarrazões a este singelo estudo, nascido de uma provocação de ensinamentos sobre caminhos e virtudes do e-proc, sem pretensão de encerrar o debate e sem a necessidade de quem seja fundamentar seu pensamento sobre todos os pontos de convicção caso alguma forte conclusão lhe pareça suficiente para aplacar todos os demais termos, porque este escrito é só um breve ensaio com o propósito de provocar discussão que prefiro ver definida em posicionamento terminativo breve, com baixa na distribuição, sem custos para quaisquer interessados e, por favor, sem recursos protelatórios.

Referências

CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (org.). *Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte: São Paulo, 2020. p. 465-487.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 176.

JUSBRAZIL. *A Origem do Processo Eletrônico*. Acesso em: 25 mar. 2025.

RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. *Inteligência Artificial e Direito: uma análise prospectiva dos Sistemas Inteligentes no Processo Judicial*.

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

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. A Presença da Inteligência Artificial no processo judicial e o risco do juízo virtual. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 453-461. ISBN 978-85-450-0925-2.

⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães; CASSOL, Jéssica. *Inteligência Artificial e Direito: uma análise prospectiva dos Sistemas Inteligentes no Processo Judicial*. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jéfferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (org.). *Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte: São Paulo, 2020. p. 465-487.

A ATUAÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA E DO CONTROLE INTERNO NA LEI N. 14.133/2021

CHRISTIANNE DE CARVALHO STROPPA

Professora Doutora e Mestre pela PUC-SP.
Especialista em Auditoria e Inovação no Setor Público pela USP/ATRICON.
Autora de diversos artigos e palestrante na área da contratação pública.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Modelo das Três Linhas e sua incorporação pela Lei n. 14.133/2021. 3 Gestão de Riscos e o papel das funções de apoio institucional na Segunda Linha de Defesa. 4 Pontos de convergência entre a Assessoria Jurídica e o Controle Interno na Lei n. 14.133/2021. 5 Desafios. 6 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A promulgação da Lei n. 14.133/2021 representou uma mudança de paradigma na forma como a Administração Pública organiza e executa seus processos de contratação. Rompendo com a centralidade excessiva do controle formal e burocrático, implementado, em especial, pela Lei n. 8.666/1993, a nova lei desloca o foco para uma estrutura de governança¹ alicerçada no planejamento, na gestão de riscos e nos controles internos, valorizando o papel das unidades de apoio institucional, como a assessoria jurídica e o controle interno, situadas na segunda linha de defesa.

Este texto examina como esses dois órgãos, por força da nova legislação, assumem a responsabilidade de orientar, subsidiar e apoiar tecnicamente os agentes públicos nas decisões relativas às contratações, sem substituí-los, mas oferecendo segurança jurídica e respaldo institucional, com base em diretrizes que privilegiam a eficiência, a integridade e o consequencialismo das decisões administrativas.

¹ 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).

2 O modelo das três linhas e sua incorporação pela Lei n. 14.133/2021

A Lei n. 14.133/2021, em seu art. 169, adota de forma expressa o modelo das Três Linhas de Defesa. Essa estrutura, oriunda das boas práticas internacionais de governança (IIA, COSO), organiza as responsabilidades de controle em três níveis:

- 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 ao seu permanente aperfeiçoamento.

Inicialmente idealizado como modelo das Três Linhas de Defesa, atualizado em 2020 para o modelo das Três Linhas,² pelo *Instituto of Internal Auditors – IIA*,³ é uma parte importante do gerenciamento de riscos e controle da organização.⁴

² 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.

³ 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-Documents-Portuguese.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025). 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://iia.org.br/korbillload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20072020131817.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025).

⁴ 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.

O Modelo das Três Linhas do The IIA



Figura 1 – Modelo das Três Linhas do IIA 2020

Isso 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.⁵

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”.⁶

⁵ Disponível em: <https://www.servicenow.com/br/products/security-operations/what-is-three-lines-of-defense.html>. Acesso em: 20 mar. 2025.

⁶ Declaração de Posicionamento do IIA. Disponível em: <https://iibrasil.org.br/korbillload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20082020141130.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025.

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*”.⁷

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.”⁸

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.⁹

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.^{10 11}

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 709.

¹¹ “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.¹²

Certo que, o “encadeamento contido no artigo 169 já comprova que a Lei n. 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”.¹³

3 Gestão de riscos e o papel das funções de apoio institucional na segunda linha de defesa

A Lei n. 14.133/2021 promove uma transformação significativa na cultura de contratações públicas ao posicionar a gestão de riscos como um pilar fundamental da boa governança. No art. 169, a NLLC situa de forma expressa o órgão de assessoramento jurídico e a unidade de controle interno como segunda linha de defesa, a implicar que supervisionam e colaboram com os controles da primeira linha, com o objetivo de prevenir riscos, corrigir falhas e promover decisões juridicamente seguras e alinhadas aos objetivos institucionais.

Conforme estabelece a Declaração de Posicionamento do IIA, a segunda linha de defesa é composta pelas funções que auxiliam a gestão operacional (primeira linha) na implementação e monitoramento de práticas eficazes de gerenciamento de riscos, assegurando que os controles da organização operem conforme o esperado. São funções que atuam com relativa independência, mas ainda como parte da estrutura gerencial, oferecendo suporte técnico, orientação normativa e supervisão especializada sobre conformidade e risco institucional.

A assessoria jurídica, sob esse paradigma, em acréscimo ao papel de controle prévio de validade do processo, previsto no ‘caput’ do art. 53, assume papel relevante na identificação de riscos jurídicos relevantes, propondo soluções normativas viáveis e alinhadas à estratégia institucional, promovendo a segurança jurídica sem engessar as decisões administrativas.

A partir da LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/1941, com as alterações da Lei n. 13.655/2018) e do art. 5º da NLLC, espera-se que a atuação jurídica considere os efeitos práticos das decisões, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e promova a consensualidade como método de solução de conflitos, reduzindo riscos de litígios desnecessários.

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). Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 267).

¹² NOHARA, Irene Patricia Diom. *Nova Lei de Licitações e Contratos*: comparada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 543.

¹³ 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.

Por sua vez, o controle interno desenvolve e aplica instrumentos metodológicos para mapear, classificar, tratar e monitorar riscos, sobretudo nos processos de planejamento da contratação, fiscalização da execução e gestão de contratos. Sua atuação contribui para a criação de matrizes de risco, painéis de controle e auditorias preventivas, atuando de forma articulada com os gestores e com a própria assessoria jurídica para minimizar incertezas e promover respostas tempestivas a desvios potenciais.

Ambas as funções compartilham responsabilidades como:

- Apoiar o desenvolvimento de políticas de gestão de riscos;
- Promover capacitação e cultura organizacional voltada à prevenção;
- Auxiliar na identificação de riscos emergentes e mudanças no apetite ao risco institucional;
- Monitorar controles internos e sugerir aprimoramentos;
- Alertar a gestão sobre falhas, ineficiências ou riscos não mitigados.

Para que essa estrutura funcione com efetividade, é indispensável que exista clara definição de papéis, comunicação contínua entre as linhas de defesa e uma cultura de governança participativa, que valorize o planejamento, o diálogo técnico e o aprendizado institucional contínuo. Conforme destaca o IIA, “os processos de risco e controle devem ser estruturados de acordo com o modelo das Três Linhas de Defesa, e as linhas não devem ser coordenadas de forma que comprometa sua eficácia”.¹⁴

Assim, a gestão de riscos no âmbito da nova lei não é uma atribuição exclusiva da primeira linha (gestores), mas um esforço coordenado em que a assessoria jurídica e o controle interno desempenham papéis fundamentais de supervisão, orientação e suporte, fortalecendo a capacidade institucional da Administração Pública em lidar com a complexidade das contratações públicas.

4 Pontos de convergência entre a assessoria jurídica e o controle interno na Lei n. 14.133/2021

Embora a Lei n. 14.133/2021 posicione a assessoria jurídica e o controle interno como integrantes da segunda linha de defesa, é importante destacar que, conforme estabelece o modelo das Três Linhas proposto pelo Institute of Internal Auditors (IIA), esses órgãos podem, de forma excepcional, atuar como primeira linha de defesa.¹⁵

¹⁴ Declaração de Posicionamento do IIA. Disponível em: <https://iibrasil.org.br/korbilload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20082020141130.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025.

¹⁵ “[a] inserção do dispositivo legal (art. 169 NLLC) se fez de forma acanhada em relação ao espírito funcional das três linhas, preocupada a NLL em listar atores e não o que se espera destes, tudo isso com sentidos conflitos conceituais, como a alocação do controle externo junto com o interno na terceira linha de defesa, inserindo um órgão cuja característica principal é a alteridade em relação ao gestor dentro de uma estrutura de governança que, na sua matriz, está dentro da gestão, subordinada, inclusive, ao *board* da organização. A NLL termina por criar, de forma incompleta e pouco detalhada, um modelo *sui generis* de governança para o segmento específico de licitações e contratos, inspirado em um modelo internacional reconhecido, mas sem peculiaridades que justifiquem um desenho customizado para as tarefas desse segmento, o que tem o potencial de gerar situações complexas, como o entendimento de que as linhas de defesa seriam escalas hierárquicas na organização em relação a *accountability*, quando na verdade é uma distribuição de competências que se coordenam nesse modelo.” BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. As Três Linhas e a Nova Lei de Licitações, CONACI, 2022. Disponível em: <https://conaci.org.br/noticias/as-tres-linhas-e-a-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 20 mar. 2025.

A primeira linha de defesa, segundo o IIA (2020), é responsável pela gestão operacional, ou seja, pela condução direta das atividades, processos e decisões do dia a dia que envolvem riscos e controles. Essa linha compreende aqueles que executam e gerenciam diretamente os riscos organizacionais, com responsabilidade por manter controles eficazes e adotar procedimentos adequados para a mitigação desses riscos.

Nessas situações excepcionais, a assessoria jurídica e o controle interno podem ser chamados a exercer atividades diretamente vinculadas à execução da contratação, como, por exemplo, quando servidores dessas unidades são designados formalmente como agente de contratação, fiscal de contrato, ou membro de comissão de contratação. Nessas hipóteses, deixam de atuar como funções de apoio e passam a integrar, temporariamente, a estrutura de gestão operacional, assumindo as responsabilidades típicas da primeira linha.

Essa possibilidade deve ser tratada com cautela, especialmente em razão do princípio da segregação de funções previsto no art. 7º, §1º da Lei n. 14.133/2021, que busca evitar conflitos de interesse e preservar a efetividade dos controles. É essencial, portanto, que tais exceções sejam devidamente justificadas, normatizadas e acompanhadas de salvaguardas institucionais.

Nesse contexto, reforça-se a importância da distinção clara entre as atribuições das diferentes linhas de defesa, conforme preconizado pelo IIA, garantindo que, mesmo diante de atuações multifuncionais, não se comprometa a independência e a eficácia dos controles internos e da governança pública.

A Lei n. 14.133/2021 inovou ao estabelecer uma série de dispositivos que tratam, de forma convergente, da atuação conjunta da assessoria jurídica e do controle interno, reconhecendo suas atribuições complementares e sua posição estratégica na segunda linha de defesa. Essa convergência normativa reflete o esforço do legislador em promover uma atuação articulada e coordenada entre as duas unidades, especialmente no apoio à governança e à prevenção de riscos nas contratações públicas.

Entre os dispositivos que fazem referência simultânea à atuação de ambos os órgãos, destacam-se:

- Art. 7º, §2º: estende aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno os mesmos requisitos de qualificação e segregação de funções exigidos para as demais funções essenciais à execução da lei;
- Art. 8º, §3º: autoriza que a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, do funcionamento da comissão de contratação e da atuação dos fiscais e gestores de contratos contem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno;
- Art. 19, IV: prevê que os modelos de minutas padronizadas de editais, contratos e termos de referência sejam instituídos com o auxílio desses dois órgãos;
- Art. 117, §3º: determina que o fiscal do contrato seja auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, com o objetivo de prevenir riscos na execução contratual.

Esses dispositivos sinalizam que a atuação dos dois órgãos deve ocorrer de forma integrada, com respeito às suas competências específicas, mas com forte cooperação para promover a integridade, a eficiência e a segurança jurídica das contratações. Ambos são chamados a apoiar e auxiliar os agentes de contratação, gestores e fiscais na condução dos procedimentos licitatórios e contratuais.

Tanto a assessoria jurídica quanto o controle interno exigem quadros qualificados, regulamentos internos claros e integração com a alta administração para exercerem com eficácia suas atribuições no âmbito da Lei n. 14.133/2021. O art. 7º da nova lei reforça essa exigência, com foco na profissionalização, na designação de agentes públicos capacitados e na observância do princípio da segregação de funções.

Um dos grandes desafios enfrentados pelos órgãos da segunda linha de defesa é justamente a efetivação da segregação de funções, prevista no art. 7º, §1º da NLLC. Essa diretriz determina que o mesmo agente público não poderá exercer, simultaneamente, funções suscetíveis a riscos, como elaboração de termos de referência, análise jurídica, julgamento de propostas e fiscalização contratual. A correta separação desses papéis é essencial para mitigar riscos de fraudes, erros e conflitos de interesse, e se alinha às boas práticas de controle interno preconizadas pelo Tribunal de Contas da União.

O Acórdão n. 5615/2008 – Plenário/TCU é um marco relevante nesse sentido. Nele, o TCU adverte que a acumulação de atividades incompatíveis viola princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, e recomenda que a Administração Pública implemente controles estruturais capazes de garantir a independência funcional entre os agentes. O Tribunal alerta ainda que a ausência de segregação pode ensejar responsabilização dos gestores e comprometer a integridade dos processos administrativos.

Em contextos institucionais com quadro reduzido de pessoal, essa segregação pode demandar soluções criativas e normativas específicas, como escalonamento de funções, revisão cruzada ou reforço de instâncias superiores de controle. Em qualquer hipótese, o desafio permanece: estruturar os órgãos com pessoal qualificado, garantir a distribuição adequada de responsabilidades e assegurar que o apoio e o auxílio prestados pelos órgãos da segunda linha não se confundam com a execução direta de atividades da primeira linha de defesa.

Importa observar, de outro lado, que a Lei n. 14.133/2021 emprega de forma distinta as expressões apoio e auxílio, o que revela nuances importantes quanto à forma de atuação da assessoria jurídica e do controle interno. O termo apoio tem caráter mais pontual, imediato e informal, traduzido como socorro ou ajuda em situações específicas, como no esclarecimento de dúvidas técnicas ou no fornecimento de subsídios para a atuação dos atores do processo de contratação. Já o auxílio carrega a ideia de amparo constante, sustentação e cooperação estruturada, geralmente vinculada a ações permanentes e estratégicas, como a elaboração de minutas padronizadas ou a construção de orientações normativas, em especial para o fiscal do contrato. A diferenciação terminológica, portanto, reflete a intenção do legislador de delimitar níveis distintos de envolvimento dessas unidades, conforme a natureza da atividade desempenhada.

É fundamental que essa atuação se dê de forma cooperativa, respeitando a independência técnica e os limites de atribuição de cada unidade. Evitar a sobreposição de funções e garantir a segregação de papéis é essencial para a integridade do sistema de controle interno e para a efetividade das contratações públicas.

Essa diferenciação semântica e funcional entre apoio e auxílio está em sintonia com o modelo das Três Linhas, no qual ambas as funções operam na segunda linha, com o dever de contribuir com a governança, sem suprimir ou substituir a responsabilidade da gestão (primeira linha), tampouco ultrapassar a instância de avaliação e auditoria (terceira linha).

5 Desafios

Muitos serão os desafios a serem enfrentados pela assessoria jurídica e pelo controle interno, para auxiliar na efetiva implementação e compreensão da Lei n. 14.133/2021.

Sobre os limites da atuação, importante reforçar que nem a assessoria jurídica nem o controle interno possuem poder de comando. Sua atuação é de apoio e supervisão, atuam em co-gestão. Não devem imiscuir-se no juízo de mérito administrativo, tampouco travar a ação administrativa com excesso de zelo ou cautela paralisante. Seu papel é evitar e mitigar riscos, não anulá-los.

A atuação pautada exclusivamente no receio da responsabilização induz à omissão e ao “apagão das canetas”. A nova lei reconhece esse risco e busca oferecer respaldo institucional com dispositivos como o art. 10 (representação judicial) e a valorização da fundamentação consequencialista.

6 Conclusão

A Lei n. 14.133/2021 institui uma nova cultura nas contratações públicas, na qual os pilares da governança, da gestão de riscos e da integridade passam a ocupar papel central. Nesse contexto, a atuação articulada da assessoria jurídica e do controle interno adquire relevância estratégica. Ambos os órgãos são alçados à segunda linha de defesa, exercendo funções de apoio e auxílio, que visam não apenas garantir conformidade legal, mas também agregar valor às decisões administrativas.

Contudo, essa atuação demanda qualificação, estrutura institucional adequada e clara delimitação de competências. A distinção entre apoio e auxílio, tal como estabelecida pela legislação, revela diferentes graus de envolvimento técnico e estratégico dessas unidades, que devem ser respeitados em prol da eficiência dos controles. A eventual atuação como primeira linha deve ser excepcional, bem justificada e acompanhada de salvaguardas compatíveis com os riscos inerentes.

Diante disso, é essencial que a Administração Pública invista na profissionalização de seus quadros, na construção de fluxos processuais seguros e na disseminação de uma cultura de governança colaborativa. A contribuição da assessoria jurídica e do controle interno, quando exercida de forma técnica, independente e coordenada, é decisiva para a efetividade da Lei n. 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratações e para a maturidade institucional dos entes públicos.

Referências

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON). *A nova Lei de Licitações e as três linhas de defesa*. Disponível em: <https://atrimon.org.br/a-nova-lei-de-licitacoes-e-as-tres-linhas-de-defesa/>. Acesso em: 23 mar. 2025.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. *As Três Linhas e a Nova Lei de Licitações*, CONACI, 2022. Disponível em: <https://conaci.org.br/noticias/as-tres-linhas-e-a-nova-lei-de-licitacoes/>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 61, p. 1, 01 abr. 2021.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 5 maio 2000.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Atualizada pela Lei n. 13.655/2018.

BRASIL. Lei n. 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Organiza e disciplina os sistemas de planejamento e orçamento federal, de administração financeira federal e de contabilidade federal.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 5615/2008 – Plenário*. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 23 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial Básico de Gestão de Riscos*. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/referencial-basico-de-gestao-de-riscos.htm>. Acesso em: 23 mar. 2025.

BRASIL. Resolução TCU n. 247, de 2011. Dispõe sobre as diretrizes básicas para a estruturação dos sistemas de controle interno.

CHARLES, Ronny; PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O papel da assessoria jurídica na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. [e-book]. Brasília: Sollicita, 2024.

INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (IIA). *The IIA's Three Lines Model: An update of the Three Lines of Defense*. Lake Mary, FL: IIA, 2020. Disponível em: <https://www.theiia.org>. Acesso em: 23 mar. 2025.

INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (IIA). *Três linhas de defesa – Declaração de posicionamento*. 2013. Disponível em: <https://global.theiia.org>. Acesso em: 23 mar. 2025.

INSTITUTO RUI BARBOSA (IRB). *A nova Lei de Licitações e o controle interno*. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigos/a-nova-lei-de-licitacoes-e-o-controle-interno/>. Acesso em: 23 mar. 2025.

NOVA LEI DE LICITAÇÃO. *O papel da assessoria jurídica na nova Lei de Licitações*. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2019/10/23/o-papel-da-assessoria-juridica-na-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 23 mar. 2025.

NOVA LEI DE LICITAÇÃO. *Precisamos conversar sobre o controle interno*. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2023/02/24/precisamos-conversar-sobre-o-controle-interno/>. Acesso em: 23 mar. 2025.

PARCERIAS GOVERNAMENTAIS. *O órgão de assessoria jurídica na nova Lei de Licitações*. Disponível em: <https://www.parceriasgovernamentais.com.br/o-orgao-de-assessoria-juridica-na-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 23 mar. 2025.

STROPPIA, Christianne. O controle na Lei n. 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. Disponível em: <https://ibda.com.br/desafios-da-administracao-publica-no-mundo-digital-livro-do-xxxvii-congresso-brasileiro-de-direito-administrativo/>. Acesso em: 23 mar. 2025.

ZENITE. *Em relação à atuação da assessoria jurídica e do controle interno, quais são as novidades da nova Lei de Licitações?* Disponível em: <https://zenite.blog.br/em-relacao-a-atuacao-da-assessoria-juridica-e-do-controle-interno-quais-sao-as-novidades-da-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 23 mar. 2025.

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

STROPPIA, Christianne de Carvalho. A Atuação da assessoria jurídica e do controle interno na Lei n. 14.133/2021. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 463-472. ISBN 978-85-450-0925-2.

A POSSIBILIDADE DE READAPTAÇÃO NO ESTÁGIO PROBATÓRIO: BURLA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO?

VANESSA DE FÁTIMA TERRADE

Professora Adjunta de Direito Administrativo na Universidade Federal
Fluminense (Volta Redonda-RJ).
Doutora em Direito Público pela Universidade Sorbonne Paris Nord.

ERICKSON RAIMUNDO SANTOS DE MORAIS

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (Volta Redonda-RJ).
Advogado.

Sumário: 1 Introdução. 2 Da Investidura na Administração Pública. 3 A Readaptação. 4 Conclusão.
Referências.

1 Introdução

O objetivo do presente artigo é desvendar o misterioso e complexo campo da atuação administrativa, sobretudo com perspectiva ao instituto da readaptação. Para isso, é importante explicar desde logo que, na readaptação é necessário haver incapacidade parcial e permanente, posto que sendo ela total, haverá na realidade a aposentadoria, conforme preceitua o art. 40, §1º, I, da Constituição Federal/88.

Buscando tangenciar o tema, fixa-se na abordagem entre possibilidade ou a impossibilidade de a Administração Pública proceder a readaptação no período de estágio probatório, uma vez que com a Emenda Constitucional (EC) n. 103/2019 ocorreu a constitucionalização do instituto, ocasionando maiores debates e dúvidas sobre o seu exercício diante do poder-dever da administração.

A motivação da pesquisa surgiu de um caso prático a nível Municipal, onde inexistia a previsão para realizar a readaptação no estágio probatório. Assim, o estudo em

questão se desdobrou em analisar de forma geral as previsões da atuação administrativa com base no Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei n. 8.112/1990). É importante destacar que é ao falar em servidor público é sempre necessário verificar o estatuto do ente em cada caso concreto. Mas isso em nada prejudica o desdobramento realizado aqui, pois, as normas constitucionais pertinentes aos servidores são, principalmente as reunidas no título dos Servidores Públicos, de observância obrigatória à Administração Pública de forma geral.¹

O método de estudo adotado consistiu em uma análise bibliográfica da doutrina e jurisprudencial do instituto da readaptação, analisando cada caso concretamente, a fim de entender os seus aspectos gerais. Ainda, cabe afirmar que se pauta em interpretações sistemáticas e lógicas dos textos legais pertinentes com a temática.

De início, analisei como ocorre o provimento à Administração Pública pelo concurso público, destrinchando os seus requisitos previstos constitucionalmente e pelo Estatuto Federal, principalmente com um olhar específico na aptidão física e mental, considerando os seus impactos no objeto deste estudo, pois a incapacidade, física, mas também mental, é o que gera readaptação. Desta forma, houve ênfase ao exame admissional, principalmente na discussão acerca da necessidade de previsão legal para que o mesmo ocorra na investidura à Administração Pública, pois se mostrou fundamental a sua exigência quase que intrínseca para o exercício do serviço público para analisar a aptidão física e mental do candidato com o cargo.

Posteriormente, foi tratado o instituto da readaptação, apresentando a sua previsão legal, a qual assegura o direito de readaptar ao titular do cargo efetivo, ou seja, de ser lotado em um cargo apropriado as suas atuais condições (física ou mental). Assim, mostrou-se fundamental explicar o que é efetividade, haja vista que o instituto por vezes é confundido com o instituto da estabilidade ou sequer é lembrada sua existência pelos benefícios que a segunda garante.

Convém elucidar que foi desenvolvido a natureza da readaptação, assim como o seu procedimento deve ser realizado, com fundamentos jurisprudências e doutrinários, objetivando gerar mais seguridade para atuação do Poder Público e proteção ao servidor, esclarecendo questionamentos pertinentes que envolvem ou impactam o instituto.

Oportunamente, para fins de melhor entendimento sobre o tema, se mostra necessário abordar, desde logo, o conceito de incapacidade, o qual é compreendido como: impossibilidade de desempenho de atividades específicas ao seu cargo e função, decorrentes das alterações patológicas, compreendendo grau (parcial ou total), abrangência (uniprofissional: alcança uma atividade específica; multiprofissional: alcança diversas atividades; oniprofissional: abrange toda e qualquer atividade) e duração (temporária ou permanente).

¹ MEIRELLES, Helly Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. *Direito Administrativo Brasileiro: atualizado até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012. p. 484.

2 Da Investidura na Administração Pública

Inicialmente, é importante esclarecer que as formas de provimento em cargo² ou emprego público³ ocorrem por meio de aprovação em concurso público,⁴ ressalvados os casos de livre nomeação (cargo em comissão) e contratação temporária (art. 37, IX, CRFB/88), nos termos do art. 37, II, da CRFB/88.⁵ Convém elucidar que o termo investidura, remonta-se à sinônimo de titularização ou provimento. Sendo o concurso público forma de provimento originário, recordarmos ser a única desta espécie em nosso ordenamento.⁶

De acordo com o art. 37, I, da CRFB/88,⁷ tanto os brasileiros ou estrangeiros (na forma da Lei) podem participar do concurso público, tal ampliação aos estrangeiros surgiu pela EC 19/98, pois os estrangeiros, anteriormente, podiam ocupar apenas o cargo de professor,⁸ à leitura do art. 207, §1º, da CRFB/88.⁹ Contudo, existem cargos restritos aos brasileiros natos (art. 12, §3º, da CRFB/88), vetados, portanto, aos estrangeiros e aos brasileiros naturalizados.

Ressalta-se que nos casos de vagas para cargos públicos federais, há vedação da participação dos estrangeiros em sua investidura, com exceção dos casos de professores, técnicos ou científicos instituições de pesquisa científica e tecnológica federais (art. 207, §1º),¹⁰ à luz do entendimento do STF no Recurso Extraordinário (RE) n. 1.177.699, com repercussão geral (Tema 1032).¹¹

² “os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 655).

³ “os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público” (Ibidem, p. 655).

⁴ “Quando a Constituição fala em concurso público, ela está exigindo procedimento aberto a todos os interessados, ficando vedados os chamados concursos internos, só abertos a quem já pertence ao quadro da Administração Pública” (Ibidem, p. 669).

⁵ 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: (Redação dada pela EC 19/98.)

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela EC 19/98.)

⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 22. ed. rev., atual e ampl.1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 289-290.

⁷ Art. 37. [...]

I — os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

⁸ SPITZCOVSKY, Celso. *Esquematizado: Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 307. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596250/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

⁹ Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. §1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

¹⁰ BASTOS, Agnaldo. Candidato estrangeiro aprovado em concurso público pode ser nomeado? *Migalhas*. 7 nov. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/396449/candidato-estrangeiro-aprovado-em-concurso-publico-pode-ser-nomeado>. Acesso em: 6 nov. 2024.

¹¹ A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte: “O candidato estrangeiro tem direito líquido e certo à nomeação em concurso público para provimento de cargos de professor, técnico e cientista em universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais, nos termos do artigo 207, §1º, da Constituição Federal, salvo se a restrição da nacionalidade estiver expressa no edital do certame com o exclusivo objetivo de preservar o interesse público e desde que, sem prejuízo de controle judicial, devidamente justificada” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.177.699. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, 5 maio 2023).

Faz-se necessário elucidar a existência de outros requisitos essenciais para o ingresso no serviço público, além, é claro, da aprovação no concurso público (art. 37, II, CRFB/88); o qual não basta o preenchimento da nacionalidade, isto é, ser brasileiro ou estrangeiro.

Portanto, são requisitos para investidura do cargo público, à luz da Lei Federal n. 8.112/1990, ora conhecido também como Estatuto dos Servidores Públicos Federais, os seguintes: nacionalidade brasileira (art. 5º, I); o gozo dos direitos políticos (art. 5º, II); a quitação com as obrigações militares e eleitorais (art. 5º, III); qualificação escolar para o exercício do cargo (art. 5º, IV); idade mínima de 18 anos (art. 5º, V); e aptidão física e mental (art. 5º, VI).

Cumpra destacar, no entanto, o RE 1.282.553-RO,¹² com repercussão geral, o qual o STF restringiu o entendimento acerca do requisito do gozo dos direitos políticos (art. 5º, II, da Lei 8.112/90), afastando a interpretação na qual compreendia que o condenado por sentença criminal transida em julgado (art. 15, III, CRFB/1988) não estava em gozo dos direitos políticos para realizar concurso público e ser nomeado, visto que a antiga interpretação ia de encontro com o princípio valorativo do trabalho e da dignidade humana, contrariando também o ideal da ressocialização do apenado à sociedade (art. 1º da LEP), ou seja, restringiu a interpretação do requisito do gozo dos direitos políticos. Tese a seguir:

É inconstitucional, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (CF, artigo 1º, III e IV), a vedação a que candidato aprovado em concurso público venha a tomar posse no cargo, por não preencher os requisitos de gozo dos direitos políticos e quitação eleitoral, em razão de condenação criminal transitada em julgado (CF, artigo 15, III), quando este for o único fundamento para sua eliminação no certame, uma vez que é obrigatoriedade do Estado e da sociedade fornecer meios para que o egresso se reintegre à sociedade. O início do efetivo exercício do cargo ficará condicionado ao término da pena ou à decisão judicial.

Significa dizer, portanto, que a condenação criminal transida em julgada gera a suspensão dos direitos políticos, constituindo óbice ao exercício de cargo público eletivo (capacidade ativa) e também à capacidade de ser votado (passiva), mas não ao direito de realizar concurso e ser nomeado.

A partir disso, a inconstitucionalidade do art. 15, III, do Estatuto Federal pode ser questionada; todavia, não se mostra como o melhor entendimento, tendo em vista que ainda há vedação ao direito ser nomeado daqueles que voluntariamente descumpriram com o seu dever eleitoral (art. 5º, VIII, e art. 15º, IV), assim como daqueles que estavam no exercício público e foram improbes (art. 15, V, e art. 37, §4º, ambos da CRFB; e art. 12, I e II, art. 20, ambos da LIA – Lei da Improbidade Administrativa).

Quanto ao quesito VI, o qual prevê a aptidão física e mental, explicita-se que a exigência busca afastar, obviamente, a incompatibilidade física ou mental com o cargo, uma vez que tal restrição sem relação ao cargo pode acarretar em discriminação, violando o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), isonomia (art. 5º, caput), igualdade

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.282.553-RO [Tema 1190]. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF 4 out. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5975355>. Acesso em: 1 fev. 2024.

(art. 5º, caput) e vedação ao preconceito e a discriminação (art. 3º, III). Posto que com o advento do EPCD,¹³ houve a revogação da incapacidade absoluta das pessoas com deficiência, afastando a ideia de que pessoas com deficiência são presumidamente incapazes. Inclusive, a Constituição, reserva um percentual mínimo para os portadores de deficiência (art. 37, VIII) ao ingresso de cargo ou emprego público compatíveis com a sua deficiência, percentual de até 20%, conforme determina o art. 5º, §2º, da Lei nº 8.112/90.¹⁴ À título de elucidação, cabe determinar que a Lei estabelece quem pode ser considerado PCD (pessoa com deficiência),¹⁵ na forma do Decreto nº 3.298/99.¹⁶

Além disso, Spitzcovksy é enfático ao determinar que é possível estabelecer restrições, desde que relacionadas ao cargo, ou seja, tem a ver com natureza e complexidade do cargo ou emprego:

É claro que essas outras exigências só terão legitimidade se guardarem compatibilidade com a natureza e a complexidade dos cargos e empregos a serem preenchidos, não ficando ao livre critério do administrador estabelecê-las. A formulação das exigências deverá vir acompanhada das razões que as justificaram, para permitir um controle de legalidade pelo Judiciário quando acionado por aqueles que se sentirem lesados por elas.¹⁷

O STF no Ag. Reg. no AI 534.560,¹⁸ estabeleceu que somente por lei pode o Administrador fixar critérios discriminatórios em concurso público, tais como sexo, limite de idade, altura, peso, exame psicotécnico.¹⁹

¹³ BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de Julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, Brasília, 7 jul. 2015.

¹⁴ CAMPOS, Ana C. *Direito Administrativo Facilitado*. Rio de Janeiro: Forense [Grupo GEN], 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641536/>. Acesso em: 2 fev. 2024.

¹⁵ BASTOS, Agnaldo. Quais são as regras para PCD no concurso público? *Migalhas*, 14 out. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/353084/quais-sao-as-regras-para-pcd-no-concurso-publico>. Acesso em: 6 fev. 2024.

¹⁶ I - Deficiência Física - alteração completa ou parcial de um, ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - Deficiência Auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de 41 decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000HZ;

III - Deficiência Visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos forem iguais ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - Deficiência Mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho;

V - Deficiência Múltipla - associação de duas ou mais deficiências.

¹⁷ SPITZCOVSKY, *op. cit.*, p. 333.

¹⁸ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA EM CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE LEI PARA A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS DE ADMISSÃO A CARGOS PÚBLICOS. I – Decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento por entender que não é possível a estipulação de altura mínima como critério para admissão a cargo público, sem que haja o devido amparo legal. II – Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. III – Agravo regimental improvido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Primeira Turma]. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 534.560. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília. 25 ago. 2006, p. 19).

¹⁹ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo / Fernanda Marinela*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 741.

Dessa maneira, pode o edital de um concurso público prever a realização de exames psicotécnicos se existir autorização em lei, de acordo com a Súmula Vinculante 44 do STF.²⁰ Frisa-se que é necessário estabelecer critérios objetivos para o exame psicotécnico e que haja a possibilidade de o candidato recorrer, conforme decidiu o STJ no AgRg no RMS 31748/AC.²¹

Por exemplo, imaginemos que uma vaga para atendimento ao público como Defensor Público, exija a realização de exame psicotécnico, acredito que parece razoável a exigência, uma vez que o cargo requer do candidato contato direto com o público, necessitando que suas capacidades mentais estejam em pleno gozo.

Conclui-se, portanto, que cada cargo pode justificar, dentro do juízo de proporcionalidade ou razoabilidade, requisitos legais específicos necessários ao exercício das atribuições que prevê.²²

Por outro lado, é plenamente razoável que haja a possibilidade de inspeção médica oficial para verificação das condições físicas e mentais do nomeado,²³ considerando que em razão do princípio da eficiência, escupido no art. 37, caput, da Constituição Federal, não há razão em admitir candidato ao serviço público, se estes não possuem a capacidade para o pleno exercício da atividade, atendendo-se o requisito do art. 5º, IV, da Lei Federal n. 8.122/1990.

A rigor disso, o STJ no AgRg no REsp 1.414.990/DF²⁴ foi firme ao admitir a possibilidade de eliminação do candidato por exame médico admissional, “ainda que a lei que discipline a carreira não confira caráter eliminatório ao referido exame”; cuja ementa é a seguinte:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EXAME CLÍNICO. PREVISÃO LEGAL. LEI N. 8.112/90. PREVISÃO EXPRESSA NA LEI QUE DISCIPLINA A CARREIRA. DESNECESSIDADE.

1. O Tribunal a quo não infringiu os arts. 535, II, e 458 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida.

2. A exigência do exame clínico para ingresso em cargo público federal tem expressa previsão legal na Lei n. 8.112/90. Nos termos do artigo 14 do mencionado diploma legal, somente poderá ser empossado aquele que estiver apto física e mentalmente para o exercício do cargo, capacidade esta aferida por exame médico.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 44*. Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2015]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=2358#:~:text=1.,candidato%20a%20cargo%20p%C3%BAblico%E2%80%9D>. Acesso em: 2 fev. 2024.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [6.ª Turma]. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 31748/AC. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 28 abr. 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000444568&dt_publicacao=14/05/2015. Acesso em: 2 fev. 2024.

²² NOHARA, Irene Patrícia D. *Direito Administrativo*. Barueri: Editora Atlas Ltda [Grupo GEN], 2022. E-book. ISBN 9786559771325. p. 616. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771325/>. Acesso em: 2 fev. 2024.

²³ *Ibid.*, p. 616.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [Segunda Turma]. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1414990/DF (2013/0221484-4). Rel. Min. Humberto Martins. 3 abril 2014, Brasília, DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 2 fev. 2024.

3. O exame médico é exigência geral, direcionada a todos os cargos públicos federais, daí a desnecessidade de constar expressamente na lei que disciplina a carreira – Lei n. 8.112/90. Difere do teste físico ou psicológico, que se constituem exigências específicas para o desempenho de determinados cargos e, portanto, devem possuir previsão legal em lei específica. (grifo nosso)

Observa-se que o referido julgado do STJ, ao analisar os requisitos para vaga no cargo público federal, entende que a previsão do exame admissional na lei de carreira é desnecessária, afinal, a exigência de aptidão física e mental para o cargo já seria uma regra geral. No entanto, entendemos que é preciso cuidado com a subjetividade que tal afirmação pode gerar.

Diante disso, pode-se questionar se a exigência de exame médico admissional é discriminatória, visto que a princípio pode ferir a isonomia e a igualdade, considerando que aparentemente não permitiria às pessoas com deficiência a participação do concurso. No entanto, apresento argumentos que afastam o referido entendimento:

I) O primeiro dialoga-se com o fato de que o exame admissional é um requisito fundamental para apuração da própria deficiência e compatibilidade do cargo. Logo, havendo compatibilidade, o exame confirmaria a existência da possibilidade do exercício do cargo; assim, o exame não seria discriminatório, pois busca verificar o cumprimento dos requisitos legais para investidura ao serviço público;

II) O segundo argumento se deve ao fato de que ainda que o candidato não seja pessoa com deficiência, é necessário a realização do exame admissional, isto porque fere o princípio da eficiência admitir um servidor que não tem aptidão para o cargo, posto que o serviço público exige uma adequada e eficaz prestação do serviço, conforme preceitua o próprio princípio da eficiência. De tal modo, se faz fundamental demonstrar a sua aptidão para ocupar o cargo ou emprego, a fim de que o candidato possa exercer suas funções, garantindo o interesse público.

E nas hipóteses de uma vaga para concurso público ser a nível estadual ou municipal, como deve ser procedido? Costumeiramente, há a reprodução da exigência de aptidão física e mental, mas quando os estatutos são silentes, seria necessária a previsão legal do exame admissional (aptidão física e mental)? Para responder ao questionamento, trago os ensinamentos de Carvalho Filho, o qual elucida da seguinte maneira:

O exame médico admissional traduz requisito para o acesso ao serviço público, porque a investidura no cargo pressupõe que o servidor esteja fisicamente apto a exercer suas funções. Trata-se de requisito legal, vez que, como regra, vem expresso nos estatutos funcionais – estes, como sabido, formalizados por leis. É dispensável a informação no estatuto de que a inaptidão nesse exame tem caráter eliminatório, vez que esse efeito resulta naturalmente daquela circunstância.²⁵ (grifo nosso)

Portanto, entendo que é desnecessário a previsão legal de aptidão física ou mental e, conseqüentemente, o exame admissional, pois a investidura ao serviço público tem como pressuposto o pleno exercício das suas funções. Desse modo, é primordial que

²⁵ FILHO, José dos Santos C. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas [Grupo GEN], 2023. E-book. p. 556. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774265/>. Acesso em: 6 fev. 2024.

seja averiguado se o candidato está apto para exercer a atividade pública, uma vez que prestigia os princípios da supremacia do interesse público e da eficiência.

Nesse sentido, inclusive, foi a decisão do Juizado Especial da Fazenda Pública e Criminal Unificado da Comarca de Várzea Grande no processo de nº 1009345-57.2018.8.11.0002: “Em importância ao caso concreto, registra-se que prevalece no concurso público o interesse da Administração em selecionar, em atenção aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, os candidatos mais aptos ao exercício do cargo ou emprego público”.²⁶ (grifo nosso).

Para legitimar o referido entendimento, cita-se o art. 24 do Estatuto Federal e o art. 37, §13 da CRFB/88, preveem a readaptação, exigindo que o servidor esteja apto fisicamente e mentalmente, sendo que a inaptidão física ou mental com o cargo gera a sua readaptação. Diante disso, presume que o exercício público requer aptidão para o exercício do cargo ou emprego público.

Ocorre que por vezes a discricionariedade do administrador, caracteriza-se em verdadeiro abusos em adoções de critérios desarrazoáveis e desproporcionais. Assim, evitando que haja abuso, a inaptidão física ou mental tem que ter relação com o cargo ou emprego público, sob pena de configurar discriminatório e violar a dignidade da pessoa humana. Nessa linha, o STJ já acentuou que:

é incabível a eliminação de candidato considerado inapto em exame médico em concurso público por motivos de ordens abstrata e genérica, situadas no campo da probabilidade. Impõe-se que o laudo pericial discorra especificamente sobre a incompatibilidade da patologia constatada com as atribuições do cargo público pretendido.²⁷

Ademais, menciona-se que o candidato possui direito subjetivo à nomeação,²⁸ possuindo status de garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público²⁹. Entretanto, o direito a nomeação não é absoluto em si, possuindo exceções, como, por exemplo, a incompatibilidade com enfermidade e o exercício da atividade pública, poderá ensejar na exclusão do candidato, desde que, é claro, a decisão administrativa seja devidamente fundamentada (princípio da fundamentação) e haja razoabilidade e proporcionalidade no ato, ou seja, a doença tem que ser “incapacitante” ao cargo. Portanto, o direito subjetivo à nomeação é mera expectativa de direito, pois deve cumprir os requisitos para que essa expectativa se concretize, sendo passível de apreciação do Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB/88).³⁰

²⁶ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso [Juizado Especial da Fazenda Pública e Criminal Unificado da Comarca de Várzea Grande]. Sentença no Processo n. 1009345-57.2018.8.11.0002. Requerente: Jose Moises Pereira Leite. Requerido: Estado de Mato Grosso. Juíza Amini Haddad Campos. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/2020/04%20-%20Abril/01%20-%20inaptida%CC%83o%20para%20exercer%20func%CC%A7a%CC%83o.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2024.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [Quinta Turma]. Recurso em Mandado de Segurança nº 26.101/RO. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 13 out. 2009.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Primeira Turma]. Recurso Extraordinário 227.480/RJ. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 16 set. 2008. Diário oficial da Justiça, p. 157, 20 ago. 2009.

²⁹ MARINELA, *op. cit.*, p. 758.

³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*: Pareceres. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. E-book. Disponível em: <https://integridade.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6641-6/>. Acesso em: 2 fev. 2024.

Vejamos ainda, o julgado do STJ quanto à necessidade de fundamentação do ato de exclusão do candidato:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. EXCLUSÃO DE CANDIDATO PORTADOR DE HEPATITE B. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A eliminação de candidato em concurso público por inaptidão constatada em exame médico pressupõe fundamentação adequada quanto à incompatibilidade de eventual patologia com as atribuições do cargo público almejado. Precedente: RMS 26.101/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 13/10/2009. 2. Laudo produzido no âmbito administrativo que nem sequer menciona as formas de contágio da doença, tampouco a presença de eventuais sintomas dela decorrentes, no intuito de demonstrar eventual incompatibilidade com o exercício do cargo pretendido (zelador), o qual, a propósito, não envolve nenhuma peculiaridade a justificar maiores cautelas. 3. O ato atacado nesta ação mandamental, que, em certame destinado ao preenchimento de cargo público, resultou na eliminação da recorrente pelo simples fato de que é ela portadora de Hepatite Crônica Viral Tipo “B”, sem a demonstração de possível incompatibilidade com o exercício do cargo, não apresenta seu principal requisito de validade, por faltar-lhe a necessária fundamentação. 4. No atual cenário brasileiro, em que se busca dissipar toda e qualquer forma de discriminação, não se mostra razoável, sob nenhum ponto de vista, a exclusão de uma candidata em concurso público apenas pelo fato de estar ela acometida de uma moléstia que, a despeito de inspirar cuidados permanentes, não apresenta sintomas ou risco iminente de contaminação, a não ser pelas formas já declinadas, alheias às atividades normais do cargo. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.³¹

Reforçando a perspectiva trazida, a professora Fernanda Marinela, esclarece que as exigências devem “guardar compatibilidade com as atribuições do cargo e estar previstas na lei que disciplina a carreira”.³² Neste caso, a “exigência” trata-se de aptidão física ou mental para o cargo ou emprego público.

Por outro lado, a inexistência de previsão legal de aptidão física ou mental violaria o princípio da legalidade (art. 37 da CRFB/88)? Entendo que não, justamente pelos motivos já explanados acima, em razão da presunção da boa saúde (aptidão para o cargo ou emprego) para o exercício da atividade pública, pois manter ou admitir um servidor inapto, caracterizaria em claro contrariedade aos princípios da eficiência e supremacia do interesse público³³, bem como em outros preceitos constitucionais e administrativos.

Por essa perspectiva, o STJ entendeu que, mesmo que não haja previsão no edital acerca da doença que impede o exercício do cargo, pode a junta médica declarar o candidato inapto:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INAPTIDÃO EM ETAPA ANTERIOR AO CURSO DE FORMAÇÃO. PERDA DE OBJETO. NÃO-OCORRÊNCIA. EDITAL QUE NÃO PREVÊ, EXPRESSAMENTE, DETERMINADA

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [T6 – Sexta Turma]. Recurso em Mandado de Segurança Nº 28.105-RO (2008/0239587-8). Recorrente: Marilete Alberton. Recorrido: Estado de Rondônia. Rel. Min Rogério Schietti Cruz. 14 abr. 2015. Brasília, DF, DJe 22 abr. 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 7 fev. 2024.

³² MARINELA, *op. cit.*, p. 741.

³³ “[...] na função administrativa o grande alvo é, de fato, a gestão dos interesses coletivos na sua mais variada dimensão, consequência das numerosas tarefas a que se deve propor o Estado moderno.” (Filho, *op. cit.*, p. 4).

ENFERMIDADE COMO CAUSA DE INAPTIDÃO. POSSIBILIDADE DE DETECÇÃO DE ENFERMIDADES NO EXAME CLÍNICO PREVISTO NA REGRA EDITALÍCIA. COMPATIBILIDADE DA MOLÉSTIA COM O EXERCÍCIO DO CARGO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. [...] 2. O fato de não constar do edital menção a determinada moléstia como causa de inaptidão, não tem o condão de assegurar o êxito no exame de saúde, porquanto, cotejando-se os ditames das demais regras editalícias que tratam da matéria, verifica-se que a Junta Médica pode, no exame clínico, constatar a existência de outras enfermidades que incapacitem o candidato. 3. Na via mandamental, a matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário reclama a apresentação de prova robusta e pré-constituída do direito perseguido, sendo certo que meras alegações não são capazes de contornar essa exigência. 4. Desborda da via eleita, porquanto dependente de dilação probatória, verificar, na via estreita do mandado de segurança, se a enfermidade constatada no exame de saúde possui, ou não, gravidade capaz de impelir à conclusão de inaptidão para o exercício do cargo público pretendido. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido, mas desprovido.³⁴

Ademais, com base nas lições do doutrinador argentino Roberto Sabá, em seu artigo intitulado como *“Igualdad Estructural”*,³⁵ o qual estabelece ser possíveis critérios “discriminatórios” ou diferenciadores, desde que razoáveis, racionais, não arbitrários e instrumentais, vedando discriminações odiosas e injustificáveis. Devem ser instrumentais, pois, deve haver uma relação entre meios e fins, ou seja, relação entre a diferenciação e o seu propósito. Verifica-se, então, que a exigência de aptidão se mostra, pelo menos no meu entendimento, racional e não arbitrária, afastando a discriminação, respeitando-se, é claro, os princípios da motivação e da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a 1ª Vara da Fazenda Pública do DF, ratificada pelo Colegiado da 3ª Turma Cível do TJDF, já entendeu ser necessária a previsão editalícia quanto à obrigatoriedade de inspeção médica oficial antes da posse.³⁶ Todavia, como já ressaltado anteriormente, a ausência de norma abre margem para discricionariedade da administração, e com isso, eventuais abusos. Dessa maneira, o melhor caminho é sempre se respaldar pela legalidade, ou seja, previsão do exame admissional.

Segundo lições de Odete Medaur,³⁷ também são elementos indispensáveis para investidura: (I) a posse e (II) o início do exercício. (I) A posse caracteriza a aceitação do nomeado das atribuições, responsabilidades e direitos do cargo, o qual se dá por assinatura do termo da posse. (II) Já o início do exercício compreende o termo *a quo* (inicial) dos dias tralhados, gerando impactos na remuneração, tempo de serviço e tempo de estágio probatório.

Por fim, cabe salientar que o cumprimento dos requisitos da posse, ocorrem no momento da posse e não no momento da inscrição ou na data da prova, assim asseverou

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [Quinta Turma]. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 28.376 (2008/0264234-6). Rel. Min Laurita Vaz. Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 7 fev. 2024.

³⁵ ZOUEN, Luis Henrique Linhares. *Manual de Direitos Fundamentais à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEJ, 2023. p. 215-217.

³⁶ AB. Exame médico admissional tem caráter eliminatório em concurso público. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, 2013. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2013/janeiro/exame-medico-admissional-tem-carater-eliminatório-em-concurso-publico>. Acesso em: 8 fev. 2024.

³⁷ MEDAUAR, *op. cit.*, p. 289-290.

o STF em diversos julgados: *STF, Emb. DECL. no AI 418.727-SP, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 1ª Turma, 09 abr. 2014*; *STF, Ag. Reg. no RE 452.720-SP, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, 15 fev. 2011*; *STF, MS 26.648-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, 11 nov. 2020*. Ademais, assim também disciplina o STJ na Súmula 266.³⁸

3 A Readaptação

Deve ser ressaltado que após aprovação e o preenchimento dos requisitos para investidura, o servidor é nomeado e adquire a efetividade (e não estabilidade), conforme as lições do professor José dos Santos Carvalho:³⁹ “Um servidor que, após aprovação em concurso, é investido em cargo efetivo, tem efetividade, e esta nasce no momento em que o servidor toma posse e completa a relação estatutária”.

Contudo, o servidor não possui estabilidade; tendo em vista que para obtenção da estabilidade, se faz necessário a aprovação no estágio probatório, pois busca verificar sua aptidão para o exercício do cargo público, sendo caracterizado como um período de teste, nos termos do art. 41 da CRFB/88.⁴⁰

Salienta-se que, apesar da Lei n. 8.112/1990 estabelecer o período de 2 (dois) anos para aquisição da estabilidade, a EC n. 19/1998, determinou que são necessários 3 (três) anos de “teste”.⁴¹ O art. 20 da Lei n. 8.112/1990, bem como o de outros estatutos infraconstitucionais de servidores públicos que fixem prazo inferior para o intervalo do estágio probatório de 3 anos, não foram recepcionados pela nova redação do texto constitucional,⁴² à luz do princípio da hierarquia das normas. Portanto, a exigência de 3 anos estende aos cargos da administração pública, inclusive federal⁴³, conforme decidiu o STF.⁴⁴

Verifica-se então, haver diferenças entre estabilidade e efetividade, sendo comum haver a confusão dos institutos supramencionados. Para Odete Medauar,⁴⁵ estabilidade e efetividade diferem-se pelo seguinte motivo:

A efetividade é o modo de preenchimento do cargo, ligado à possibilidade de permanência do seu ocupante no exercício das atribuições respectivas; a efetividade propicia a aquisição da estabilidade após três anos de exercício. A estabilidade, por sua vez, expressa o direito ao cargo pelo modo como poderá ser perdido.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 266*. O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público. Brasília, DF, 29 maio 2002, Diário Oficial da Justiça, p. 135.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1.224.

⁴⁰ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

⁴¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. p. 781. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

⁴² MARINELA, *op. cit.*, p. 791-793.

⁴³ CAMPOS, Ana Cláudia. *Direito Administrativo Facilitado*. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 692

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Plenário]. Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipa nº 269/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, julgamento 04 fev. 2010, DJe 26 fev. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608510>. Acesso em: 22 mar. 2024.

⁴⁵ MEDAUAR, *op. cit.*

De acordo com suas lições, ela continua: “A efetividade é o modo de preenchimento do cargo, ligado à possibilidade de permanência do seu ocupante no exercício das atribuições respectivas; a efetividade propicia a aquisição da estabilidade após três anos de exercício. A estabilidade, por sua vez, expressa o direito ao cargo pelo modo como poderá ser perdido”.⁴⁶

Para Di Pietro: “Provimento efetivo é o que se faz em cargo público, mediante nomeação por concurso público, assegurando ao servidor, após três anos de exercício, o direito de permanência no cargo [...]”.⁴⁷

Portanto, desconsiderando as hipóteses de investidura na administração pública anteriormente a promulgação de CRFB/88, pode ser dito que a efetividade é um pressuposto da estabilidade,⁴⁸ isto é, sem a efetividade não há a possibilidade de adquirir a estabilidade,⁴⁹ por essa razão que os servidores públicos nomeados em cargo de comissão não possuem estabilidade.

Cabe observar, todavia, que os empregados públicos de sociedade de economia mista ou empresa pública não possuem estabilidade, de acordo com o STF no recente julgado do Recurso Extraordinário (RE) 688.267, Tema 1.022 de Repercussão Geral,⁵⁰ pois esses podem ser demitidos sem justa causa, desde que motivada (necessário identificar qual é a atividade desempenhada⁵¹), salvo aqueles admitidos em período anterior a EC nº 19/1998.⁵² Sob esse olhar, Di Pietro é contundente ao afirmar que:

[...] a partir da Emenda nº 19, que só assegura estabilidade ao servidor nomeado para cargo de provimento efetivo, não mais se justifica a outorga de estabilidade ao servidor celetista, que é contratado (e não nomeado) para emprego (e não cargo). A distinção entre cargo e emprego resulta claramente da Constituição, especialmente do artigo 37, I, II e VIII, e também do respectivo regime previdenciário.⁵³

⁴⁶ Ibidem, p. 287.

⁴⁷ PIETRO, *op. cit.*, 2023a.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº289-9 CE. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 9 fev. 2007. OJ 16 mar. 2007. (PP-00019 Ementa Vol-02268-01PP-00001LEXSTFv. 29, n. 340, 2007, p. 17-28). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409730>. Acesso em: 20 fev. 2024.

⁴⁹ “O cargo efetivo é aquele preenchido com o pressuposto da continuidade e permanência do seu ocupante. Ao se nomear alguém para um cargo efetivo, há o pressuposto de permanência da pessoa no desempenho das atribuições. Este é, portanto, o sentido do termo “efetividade”. É a nomeação para cargo efetivo que possibilita a aquisição de estabilidade ordinária ou comum, conforme prevê o art. 41 da CF, onde figura o termo efetivo”. (MEDAUAR, *op. cit.*, p. 287).

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF decide pela necessidade de motivação para demissão de empregado concursado de empresa pública. Portal STF: Brasília, DF. 08 fev. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=526641&ori=1>. Acesso em: 15 fev. 2024.

⁵¹ “Sendo serviço público ou atividade econômica exercida em regime de monopólio, haverá necessidade de motivar a dispensa. Caso a hipótese seja de atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com a iniciativa privada, a dispensa imotivada poderá ocorrer, se necessária aos imperativos da sobrevivência concorrencial” (SALIM, Adib Pereira Netto. A dispensa de empregados em empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas em regime de monopólio. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, p. 19-27, 2006. p. 6-9 apud Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=7928990>. Acesso em: 22 mar. 2024.)

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Plenário]. Recurso Extraordinário nº 589.998-PI. Tema 131. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, julgamento: 20 mar. 2013. DJE de 12 set. 2013

⁵³ PIETRO, *op. cit.*, 2023a p.783.

Ocorre que, os servidores celetistas (aqueles que não são de empresas públicas ou sociedade de economia mista, mas se sujeitam ao regime da CLT) possuem uma estabilidade relativa, na forma da Lei n. 9.962/2000, uma vez que submetidos a uma relação de direito administrativo.⁵⁴

Porém, para aquisição da estabilidade, é necessário a realização de um “teste”, ora intitulado como “Estágio Probatório”, de acordo com a professora Ana Cláudia Campos,⁵⁵ a seguir:

A esse período de prova dá-se o nome de estágio probatório, durante o qual se avaliam a aptidão e a capacidade para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores: assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. (grifo nosso)

Para Lei Federal n. 8.112/1990, no estágio probatório é avaliado a aptidão e capacidade para o desempenho do cargo, sendo os requisitos de observação: assiduidade (art. 20, I); disciplina (art. 20, II); capacidade de iniciativa (art. 20, III); produtividade (art. 20, IV); responsabilidade (art. 20, V).

Portanto, depreende-se que não preenchido os requisitos em questão, acarreta exoneração,⁵⁶ conforme prevê o art. 20, §2º, da Lei n. 8.112/1990: “O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do art. 29” (grifo nosso).

Entretanto, frisa-se que para a realização da exoneração, é necessária instauração de processo administrativo, a fim de garantir contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88⁵⁷). Nesse sentir, estabeleceu o STF que a ausência das formalidades para exoneração enseja a nulidade do ato, no teor do enunciado da Súmula nº 21 da Corte⁵⁸.

A jurisprudência do STJ foi por esta trilha, posto que entendeu pela necessidade de instauração de processo administrativo, a fim de proceder a exoneração de servidor de cargo efetivo em estágio probatório:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POSSE E EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO POR MAIS DE 2 ANOS A DESPEITO DE DECLARAÇÃO DE INAPTIDÃO POR PERÍCIA MÉDICA OFICIAL. NOMEAÇÃO TORNADA SEM EFEITO. AUSÊNCIA DE PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A autora, apesar de ter sido considerada inapta em exame médico que constituía fase eliminatória do concurso público, foi nomeada, empossada e permaneceu no exercício do cargo de Guarda Municipal do Município de Londrina por mais de 2 anos. Em março de 2013, sem a instauração de prévio processo administrativo, foi publicado decreto tornando sem efeito o ato de nomeação.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ CAMPOS, *op. cit.*, p. 691.

⁵⁶ MARINELA, *op. cit.*, p. 789.

⁵⁷ [...] 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;

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Plenário]. *Súmula 21*. Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. Brasília, 13 dez. 1969.

2. O STJ consolidou entendimento de que a exoneração de servidores concursados e nomeados para cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, deve ser efetuada com observância do devido processo legal e do princípio da ampla defesa.
3. É pacífico também o entendimento de que a invalidação do ato administrativo que repercute no campo de interesses individuais de servidores imprescinde de prévia instauração de processo administrativo, no qual seja assegurado o exercício da ampla defesa e do contraditório.
4. Em julgamento de caso semelhante ao ora discutido, a Terceira Seção desta Corte Superior destacou que “deveria o ente público ter instaurado processo administrativo específico, informando ao servidor a finalidade de anulação do ato de nomeação, indicando os motivos ensejadores, permitindo-lhe apresentar defesa, cujas razões deveriam ser analisadas e ponderadas pela autoridade julgadora, antes da edição do ato derradeiro” (AR 3.732/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 2.2.2015).
5. Recurso especial provido.⁵⁹ (grifo nosso)

Menciona-se os entendimentos de José dos Santos Carvalho,⁶⁰ acerca da importância de instaurar processo administrativo mesmo que inexista estabilidade, objetivando permear a legalidade do seu ato:

Embora o servidor em estágio probatório não tenha estabilidade, sua exclusão do serviço público, no caso de restar comprovado que não reúne as condições mínimas para a permanência, não pode processar-se sem o mínimo requisito formal. O correto, no caso, é a instauração de processo administrativo em que se ofereça a cada interessado o direito de defender-se das conclusões firmadas pelos órgãos competentes. É o processo formal que vai admitir a verificação de legalidade na conduta dos administradores responsáveis pela aferição do servidor. (grifo nosso)

Ressalta-se não tratar das causas de penalidades prevista no art. 127 da Lei n. 8.112/1990,⁶¹ mas sim proteção ao exercício da eficiência administrativa, pois a constatação de ineficiência ou aptidão para o regular exercício das suas atividades.⁶² A avaliação é mais do que um dever da administração, é também um direito do servidor. O estágio probatório possui, portanto, função primordial, visto que busca prestigiar os princípios constitucionais da economia, eficiência, supremacia do interesse público e razoabilidade.

A EC n. 18/98 teve a preocupação em criar mecanismos de coibição para que os servidores ineficientes pudessem permanecer em seus cargos, por essa razão, foi acrescentado a necessidade da comissão para avaliar o servidor, à luz do art. 41, §4º, da Carta Maior.⁶³

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [Segunda Turma]. Recurso Especial nº 1685839/PR. Rel. Ministro Herman Benjami. Brasília, julgado em 5 set. 2017, DJe 13 set. 2017.

⁶⁰ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2020a, p. 1.221.

⁶¹ Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; (Vide ADPF nº 418)

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

⁶² CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2020a, p. 1.221.

⁶³ *Ibidem*, p. 1.222.

Resumidamente, percebe-se que a efetividade se dá a todos os servidores aprovados em concurso público, já a estabilidade somente aqueles aprovados no estágio probatório durante os 3 anos, conforme já explanado anteriormente.

Feitas as devidas explanações, deve ser conceituado o que é readaptação. Segundo a doutrinadora Fernanda Marinela, a readaptação é compreendida como:

[...] investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, verificada em inspeção médica. Caso a limitação gere uma incapacidade para o serviço público, o servidor deverá ser aposentado.⁶⁴

Com a EC nº 103/2019, a readaptação passou a ter status constitucional, possuindo previsão no art. 37, §13, da Constituição Federal; considerando que anteriormente sua previsão legal se dava no Estatuto Federal dos servidores (art. 24 da Lei n. 8.112/1990).

Dessa forma, o entendimento do STF na Súmula 685,⁶⁵ não se aplica a readaptação, posto o status constitucional adquirido com o advento da EC n. 103/2019, por esse motivo, é uma modalidade de provimento constitucional, à luz do princípio da presunção da constitucionalidade; a qual poderá ser afastada mediante prova em contrário (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI).

Para a realização da readaptação, de acordo com o próprio texto legal da norma, o servidor de cargo EFETIVO poderá ser readaptado, desde que as atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação física ou mental que tenha sofrido, enquanto a condição incapacitante perdurar, respeitando-se, a habilitação e o nível do cargo de destino. Vejamos:

Art. 37. [...]

§13. O servidor público titular de cargo efetivo poderá ser readaptado para exercício de cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, enquanto permanecer nesta condição, desde que possua a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, mantida a remuneração do cargo de origem. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Ressalta-se ser vedado a irredutibilidade dos vencimentos quando o servidor é readaptado para um cargo cuja remuneração é inferior ao cargo por ele ocupado. Pois bem, imaginamos o seguinte cenário: o servidor auferia uma remuneração de R\$ 5.000,00, mas, com a readaptação, o seu cargo possui remuneração de R\$3.000,00. O servidor readaptado não poderá ter seu salário reduzido, uma vez que o art. 7º, VIII, da CRFB/88 prevê a irredutibilidade da remuneração, sendo possível a retirada das gratificações, conforme consulta emitida pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (00042/2021-8 – Plenário),⁶⁶ com o seguinte teor:

⁶⁴ MARINELA, *op. cit.*, p. 721.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Sessão Plenária]. *Súmula 685*. É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido. Brasília, 24 set. 2003.

⁶⁶ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo [Plenário]. Parecer em Consulta 00042/2021-8. Rel. Ssenastão Carlos Ranna de Macedo. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Fwww.tcees.org.br%2Fpublicacoes%2Fparecer-em-consulta-00042-2021-8>

CONTROLE EXTERNO – CONSULTA – CONHECIMENTO PARCIAL – ENQUADRAMENTO NA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DE SERVIDORES PÚBLICOS READAPTADOS, DE SERVIDOR OCUPANTE DO CARGO VAGO E DE NOVO SERVIDOR APROVADO EM CONCURSO PARA O CARGO OCUPADO PELO SERVIDOR READAPTADO. 1. A readaptação é aplicável a todos os entes da Administração Pública de todos os níveis federativos, sendo forma de provimento e de vacância de cargo efetivo, na qual o servidor que sofreu limitações em sua capacidade física ou mental deixa vago o cargo de origem e é provido no cargo de destino compatível com sua nova condição para o qual possua habilitação e nível de escolaridade, mantida a remuneração do cargo de origem, mas não as gratificações inerentes à natureza do trabalho no cargo de origem, a luz do art. 37, §13 da Constituição Federal; [...].

Diante disso, ficou evidente que o servidor que poderá ser readaptado é aquele de cargo EFETIVO, cuja incapacidade física ou mental seja compatível com o cargo de destino, de acordo com a leitura do art. 37, §13, da Constituição Federal. Com isso, surge-se a seguinte questão: o servidor em período de estágio probatório pode ser readaptado?

Como percorrido antes, a efetividade difere da estabilidade, pois a efetividade ocorre quando há a nomeação do servidor aprovado em concurso público. Pois bem, conforme o art. 37, §13, da Constituição, que trata da readaptação, “o servidor público titular de cargo efetivo poderá ser readaptado”. Portanto, conclui-se que o servidor em período de estágio probatório poderá ser readaptado, visto que a norma se refere a servidor em cargo efetivo, e o servidor em período de estágio probatório enquadra-se na exigência.

Pode ser questionado que inexistia previsão para servidores em estágio probatório, porém, o entendimento é inadequado, haja vista que prevê ao cargo efetivo, o qual lhe abrange, ante a exigência de efetividade. Além disso, interpretar somente aos servidores “estáveis” seria ir de encontro com os princípios da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais, pois a interpretação gramatical da norma abrange a todos, dando o maior efeito possível sobre ela.

Nesse seguimento, o STJ há muito tempo já determinou que a readaptação se trata de instituto exclusivo aos servidores efetivos, não se estendendo aos servidores comissionados. Ou seja, distinguiu o instituto apenas para os servidores comissionados, não em relação a sua estabilidade; logo, os servidores em período em estágio probatório possuem o direito a readaptação.

1. A readaptação, conceituada como sendo ‘a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica’ é instituto que se destina apenas aos servidores efetivos, não se estendendo aos ocupantes de função comissionada, sem vínculo com a Administração Pública Federal.⁶⁷

F%2Fdiario.tcees.tc.br%2FNoticia%2FbaixarDocumento%3FidDocumento%3D3299901&psig=AOvVaw0hNOe3ewj9HwGHZov7Lt3V&ust=1709060384661000&source=images&cd=vfe&opi=89978449&ved=0CAgQrpoMahcKEwiYoLOa2MmEAXUAAAAAHQAAAAAQBA. Acesso em: 26 fev. 2024.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [Sexta Turma]. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 749.852/DF. Rel. Min. Paulo Galloji. Brasília, Data do julgamento: 09 fev. 2006. DJe 27 mar. 2006.

Ademais, o uso do instituto é adequado aos servidores em período de estágio probatório, pois propicia os princípios da dignidade humana e da valorização do trabalho.

A partir da EC n. 103/2019, a aposentadoria por incapacidade permanente passou a exigir que para sua concessão ocorrer, será somente quando verificado que o servidor é insuscetível de readaptação⁶⁸ (art. 40, §1º, I⁶⁹). Destaca-se que a estabilidade não é requisito para aposentadoria por incapacidade permanente, sendo plenamente razoável a sua concessão, desde que tenha havido sua contribuição, como assim já referendou a AGU em parecer.⁷⁰ De modo igual, TJ-SP também já decidiu da seguinte maneira:

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO AÇÃO ORDINÁRIA SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL EXONERAÇÃO ESTÁGIO PROBATÓRIO – Pretensão da autora, servidora pública municipal exonerada durante o estágio probatório em decorrência de ter se verificado a sua inaptidão para o cargo por conta de doença superveniente ao exercício, de que seja declarada a nulidade do ato administrativo que a exonerou, com o pagamento das verbas salariais referentes ao período em que restou afastada, bem como que seja concedida aposentadoria por invalidez, com proventos integrais e, ainda, que seja indenizada por danos morais Sentença de parcial procedência proferida pelo juízo de primeira instância, apenas não concedendo a aposentadoria por invalidez Decisório que merece parcial reforma, tão somente para afastar a condenação por danos morais Doença superveniente que não é motivo justo para determinar a exoneração de servidor público no final do estágio probatório Conclusão da junta médica que foi imotivada, apenas consignando ser a autora inapta para o exercício do cargo Avaliações de desempenho que, até o afastamento para tratamento de saúde, foram positivas Reintegração ao cargo e pagamento de remuneração durante o período de afastamento que se impõem- Danos morais não configurados - Jurisprudência desta E. Corte Bandeirante e desta C. Câmara de Direito Público Sentença reformada Remessa necessária parcialmente acolhida e recurso voluntário da parte ré parcialmente provido.⁷¹

Portanto, utilizando-se de uma interpretação lógica, se o servidor em sede de estágio probatório pode aposentar por incapacidade permanente, ele pode ser readaptado, uma vez que a readaptação se tornou pré-requisito para aposentadoria permanente, pois é necessária a insuscetibilidade da readaptação para que haja sua concessão.

Notadamente, o instituto não prestigia apenas o servidor, ele também proporciona à Administração Pública a possibilidade de o servidor não ter aposentadoria por incapacidade permanente, pois para sua concessão se faz necessária a insuscetibilidade à

⁶⁸ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2020a, p. 1288.

⁶⁹ I - por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

⁷⁰ Redação Conj. *Servidor em estágio probatório pode aposentar por invalidez, afirma AGU*. Conj. 20 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-20/estagio-probatorio-nao-impede-aposentadoria-invalidez-agu/>. Acesso em: 19 fev. 2024.

⁷¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo [1ª Câmara de Direito Público]. Apelação nº 1030189-71.2018.8.26.0564. Apelante: Juízo Ex Officio [Remessa Necessária]. Apelante: Município de São Bernardo do Campo. Apelado: Vanaci Pedro Nicolau. Rel. Des. Rubens Rihl. São Paulo, 29 jul. 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15900135&cdForo=0>. Acesso em: 19 fev. 2024.

readaptação. Isso é benéfico, sendo que a Constituição sinaliza em vários dispositivos (art. 40, §1º, III⁷² e §19) que o servidor estar na ativa é melhor à Administração pública do que quando ele está aposentado, dois são os motivos: 1) financeiro: economicamente é melhor, pois dispensando gastos com pagamento de remuneração sem contraprestação do seu serviço e o pagamento de remuneração de um novo servidor; e 2) habitualidade ao serviço, pois a Administração terá um servidor já habituado à rotina do serviço público e poderá contar por mais tempo com sua força de trabalho.⁷³

Temos então um direito-dever na readaptação, vez que é um direito do servidor, mas também é um dever por parte da administração.

A jurisprudência do TJ-SP já afirmou ser possível a readaptação no estágio probatório, uma vez que o instituto reforça o caráter da adaptação razoável ao trabalho, valorizando o princípio da dignidade da pessoa humana e não discrimina as pessoas em razão da sua condição física ou mental. Averiguemos:

ADMINISTRATIVO – SERVIDORA PÚBLICA – ESTÁGIO PROBATÓRIO – READAPTAÇÃO – MUNICÍPIO DE OURINHOS – CABIMENTO – A autora é pessoa com deficiência física, em razão de sequelas da poliomielite, e foi aprovada no concurso público para provimento no cargo efetivo de gari no Município de Ourinhos, após exercer a mesma função, durante três anos, na condição de servidora pública contratada sob o regime temporário – No entanto, em razão do agravamento de sua condição, com o desenvolvimento de síndrome de pós-poliomielite, formulou pedido administrativo de readaptação, que foi indeferido, sob o argumento de que o art. 26 da Lei Complementar nº 474/2006 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Ourinhos) e o art. 4º do Decreto nº 6.404/2013, então vigente, vedam a readaptação de servidores públicos em estágio probatório – O direito ao procedimento de readaptação possui, porém, fundamento normativo superior à legislação e ao respectivo regulamento municipal – O art. 27 da Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência prevê o direito ao trabalho e à adaptação razoável, havendo sido incorporado ao bloco de constitucionalidade em sentido estrito (CF, art. 5º, §3º) – O direito à readaptação foi incluído expressamente no §13 do art. 37 da CF pela EC nº 103/2019, posterior aos fatos, mas pode ser extraído também dos princípios da dignidade humana e da igualdade (CF, art. 1º, inciso III, e art. 5º, “caput”), em razão da vedação à discriminação odiosa da pessoa com deficiência, assim entendido o tratamento diferenciado que resulta no impedimento ao pleno exercício dos direitos humanos da autora, como ocorreu no caso – Assim, o art. 26 da LC nº 474/2006 do Município de Ourinhos merece interpretação conforme, para não impedir a readaptação das pessoas com deficiência, no período do estágio probatório – No caso concreto, há farta documentação médica e laudo pericial produzido sob o crivo do contraditório indicando a capacidade laboral parcial da autora, o que permite reconhecer o seu direito à readaptação – Sentença reformada – Recurso provido.⁷⁴ (grifo nosso)

⁷² Houve o aumento da idade mínima para aposentadoria compulsória, o que caracteriza claramente uma tendência da Constituição para que o servidor exerça a atividade pública por mais tempo. O desejo da Administração é que o servidor fique até a aposentadoria compulsória.

⁷³ TRINDADE, Jonas Faviero. *A Constitucionalização da readaptação: comentários ao texto da EC nº 103/19*. Revista Jus Navigandi. 17 fev. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79607/a-constitucionalizacao-da-readaptacao-comentarios-ao-texto-da-ec-n-103-2019>. Acesso em: 19 fev. 2024.

⁷⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo [2ª Câmara de Direito Público]. Apelação Cível nº 1006137-28.2017.8.26.0408. Rel. Des. Carlos von Adamek. São Paulo, 13 fev. 2023. DJE 13 fev. 2023.

Na decisão em questão, o Desembargador fundamentou em seu voto que mesmo diante da vedação da readaptação por norma municipal, esta é inferior a Constituição Federal (princípio da hierarquia entre as normas), uma vez que esta assegura de forma explícita a readaptação, não fazendo distinção para servidores estáveis, mas apenas servidores ocupantes de cargo efetivo. Além disso, a norma da readaptação tem status de eficácia plena, significa dizer que ela é integral, e por isso, não pode ser restringida por outra norma, segundo o TCE-PR em outro julgado:

Consulta. Readaptação de servidor efetivo. Aplicação do art. 37, §13, da CRFB independe de legislação infraconstitucional. Norma de eficácia plena. Em relação à reabilitação de empregado público ou de servidor vinculado ao RGPS será necessária a manifestação do INSS.⁷⁵

Ainda, estabeleceu em seu voto que a Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência determina a possibilidade de readaptação razoável do trabalho, sendo norma que integra o bloco de constitucionalidade em sentido estrito (art. 5º, §3º, da CRFB/88), ou seja, o direito a readaptação é um direito fundamental, pois permite adaptação razoável ao trabalho.

De acordo com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009), incorporada ao direito brasileiro com observância do rito do art. 5º, §3º, da CF, com a redação conferida pela EC nº 45/04), e que integra o bloco de constitucionalidade em sentido estrito, o direito ao trabalho das pessoas com deficiência “abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência” (artigo 27.1, segunda parte), devendo os Estados “assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho” (artigo 27.1, item “i”).

Concretizando o art. 27 da Convenção, o §3º do art. 34 do Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe expressamente que “É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena”.

[...]

Embora incluído no texto constitucional após os fatos discutidos nos autos, importante notar que o §13 do art. 37 da CF, incluído pela EC n. 103/2019, não diferencia a situação do servidor público estável daquele em estágio probatório, prevendo que o “servidor público titular de cargo efetivo poderá ser readaptado para exercício de cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, enquanto permanecer nesta condição, desde que possua a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, mantida a remuneração do cargo de origem”.

⁷⁵ PARANÁ. Tribunal de Contas do Paraná [Tribunal Pleno]. Acórdão nº 1711/2023. Consulta: Câmara Municipal de Nova Aliança do Ivaí. Rel. Conselheiro Ivan Lelis Bonilha. Paraná, 28 jun. 2023. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2023/7/pdf/00377403.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

Cabe enfatizar que a readaptação decorre normalmente de circunstâncias – por exemplo, adoecimento ou acidente – que afetem a capacidade do servidor, oriundas ou não de causa laboral, ou seja, não decorrem da vontade do servidor, pois inexistente a voluntariedade da sua parte. Por essa razão, o TCE-PR, no acórdão nº 2924/23, em sede de Tribunal Pleno,⁷⁶ definiu que a readaptação tem caráter assistencial e não sancionatório, cuja ementa segue:

CONSULTA. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE GUARAPUAVA. Contagem de prazo de cinco anos para os fins do art. 3º, II, da EC 47/2005. Termo inicial a contar do ingresso na carreira e não do início da atividade no cargo para o qual foi readaptado. Garantia de remuneração conforme a carreira de origem, exceto se outra mais benéfica ao servidor estiver configurada na readaptação. Ato de readaptação que não tem caráter sancionatório, mas assistencial. (grifo nosso)

No caso decidido pelo TCE-PR, refere-se em uma consulta realizada pelo INSS, questionando-se o período de readaptação contaria ou não para fins de aposentadoria, tendo em vista que a EC nº 47/2005 exigia o período de no mínimo 5 anos, mas no caso concreto, o servidor possuía 4 anos no exercício do seu cargo de origem e havia ficado 1 ano no cargo de readaptação. Com isso, brilhantemente, manifestou-se o relator da seguinte maneira:

[...] o caráter involuntário da condição que é causa da readaptação. O mais exato, entretanto, é assumir o caráter não sancionatório da readaptação. [...].

O direito que o servidor adquire ao ingressar no cargo público é o de se manter vinculado ao padrão de remuneração e de carreira do cargo, e é justa a expectativa de que esse direito não seja cassado em razão do adoecimento do servidor, sobretudo em consideração ao princípio da dignidade humana. A manutenção da remuneração do cargo de origem é a fórmula que a Constituição elegeu para materializar o princípio de que o servidor não deve sofrer ônus em razão da readaptação, posto que não é sanção. Assim, por hipótese, se um servidor exerce cargo por quatro anos e é readaptado, passando a exercer outro cargo no qual permanece por um ano, não resta dúvida que ele cumpre o requisito do art. 3º, caput e inciso II, da EC 47/2005, já que o exercício a contar do ingresso no cargo de origem totalizou 5 anos, sendo irrelevante a mudança decorrente da readaptação, que não é um ato sancionador e não tem o efeito de reiniciar a contagem desse prazo. (grifo nosso)

A partir deste caso, é razoável concluir que o instituto da readaptação não tem natureza sancionatória, por essa razão, não pode o(a) servidor(a) suportar o ônus decorrente do instituto, ou seja, a impossibilidade de contagem para o período de estágio probatório. Logo, em razão da sua natureza assistencial, deve a administração permitir que o servidor em estágio probatório realize, visto que, em um momento “crítico” de saúde, abandoná-lo não é a melhor saída.

Apesar de tais considerações realizadas, surge um ponto importante, qual seja, a possibilidade de burla ao princípio do concurso público, pois é comum vermos na seara da administração pública tentativas de fraudes.

⁷⁶ PARANÁ. Tribunal de Contas do Paraná [Plenário Pleno]. Acórdão nº 2924/23. Relator: Maurício Requião de Mello e Silva. Sessão virtual em 14 set. 2023. Paraná, 14 set. 2023. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2023/9/pdf/00379549.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

Imaginamos a seguinte hipótese: João realiza concurso público para vaga de servente, mas sabe que é acometido por uma doença que incapacita fisicamente o mesmo para o efetivo exercício do cargo. Ainda assim, decide realizar a prova, pois entende que poderá ser readaptado para outro cargo mais vantajoso do que o concorrido. Obviamente, estamos diante de uma violação ao princípio do concurso público e até mesmo de má-fé por parte de João. Porém, avaliar a má-fé em muitas das vezes se mostra tarefa difícil ao operador de direito, dado seus parâmetros subjetivos.

Por essa razão, definir se a doença é preexistente ou superveniente seria uma forma de prevenir essa possível violação ao princípio do concurso público, uma vez que a preexistência da doença (desde que relacionada com o exercício do cargo) tem o condão de declarar a inaptidão para o cargo no exame admissional e, assim, não haverá nomeação do servidor, tendo em vista ausência de requisitos para posse, qual seja, aptidão física ou mental para o efetivo exercício, evitando risco de burla e até mesmo da investidura de servidores ineficientes.

Por oportuno, vemos novamente que o exame admissional é fundamental para Administração Pública, pois ele coloca em jogo muitas questões. Por isso, novamente, constato aqui, que mesmo diante de ausência de previsão expressa sobre o exame admissional, a administração tem o dever de realizá-lo, pois acaba protegendo o servidor, considerando que se o servidor foi aprovado no exame admissional anteriormente e foi verificada que a doença não impedia o seu exercício, após a sua nomeação, não poderá o Poder Público dizer que ele é inapto e exonera-lo caso a doença venha incapacitá-lo posteriormente, deve antes readaptá-lo, sob pena de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), prestigiando, assim, a adaptação razoável do trabalho através da readaptação.

Sob outra perspectiva, a jurisprudência do TJ-MG, no entanto, entende que se no exame admissional for atestado a potencialidade de doença incapacitante, a administração poderá durante o estágio probatório exonerar o servidor, caso haja a inaptidão para o serviço público, cuja ementa da decisão segue:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - EXAME MÉDICO PRÉ-ADMISSIONAL - APTIDÃO COM INDICAÇÃO DE ACOMPANHAMENTO POR EQUIPE DE SAÚDE DURANTE O ESTÁGIO PROBATÓRIO - ART. 3º, §§6º AO 9º, DO DECRETO ESTADUAL N.º 46.968/2016 E RESOLUÇÃO N.º 36/2017 DA SECRETARIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO - JURIDICIDADE - AVALIAÇÃO PERICIAL NO ESTÁGIO PROBATÓRIO - INAPTIDÃO DA SERVIDORA - LEGALIDADE DA EXONERAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. 1. À luz do disposto nos §§6º ao 9º do art. 3º do Decreto Estadual n. 46.968/2016 e na Resolução SEPLAG n. 36/2017, o candidato diagnosticado com moléstia potencialmente incapacitante no momento do exame pré-admissional pode vir a ser considerado apto com indicação de acompanhamento por equipe de saúde, hipótese em que, apesar de ingressar no cargo público, ele deve se sujeitar ao tratamento médico prescrito e se submeter a perícia, cuja conclusão pela inaptidão justifica a exoneração do servidor em qualquer período do estágio probatório. 2. Verificado que a requerente, considerada apta com acompanhamento para o cargo de Professor de Educação Básica e, mais tarde, inapta para a função em virtude de avaliação pericial promovida durante o estágio probatório, não demonstrou nos autos a sua higidez física para o serviço público, tampouco comprovou a inobservância do procedimento

estabelecido na Resolução SEPLAG n. 36/2017 – a qual assegura até mesmo a oportunidade de recurso contra o resultado da perícia –, é de se manter a improcedência do pedido de nulidade do ato de exoneração.⁷⁷

Todavia, acredito que a medida seja desarrazoável, pois é comportamento contraditório por parte da administração, uma vez que permite o servidor ingressar, mas depois o declara inapto, sendo também discriminatório, posto que o fato de uma pessoa possuir uma doença não significa que ela é incapaz ou inapta. A inaptidão decorrente da doença deve possuir relação com o cargo, mas ainda assim, a readaptação se mostra a medida mais adequada e que exalta à dignidade humana, ao contrário da exoneração.

Além disso, outra solução eventual burla ao princípio do concurso público e má-fé do servidor, o qual pode realizar a prova com a intenção de mudança de cargo por meio da readaptação, é que, na medida do possível, essa readaptação ocorra em cargo com atribuições semelhantes às aquelas previstas para o cargo anteriormente ocupado. Apesar de que não haja previsão expressa nesse sentido na Constituição, entendo que tal medida privilegia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando que o Estatuto Federal dos Servidores já adota este critério, na forma do seu art. 24, §2º, *in verbis*:

§2º A readaptação será efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

Portanto, no nosso exemplo, João poderia ser readaptado durante o estágio probatório, caso houvesse cargo semelhante que respeite sua limitação física ou mental, como por exemplo, cargo de fiscal de material de obra, para melhor ilustração do exemplo trazido. Diga-se, ainda, que deve ser respeitado os outros requisitos como nível de escolaridade e os demais previstos no art. 37, §13, da CRFB/88.

Contudo, sendo a doença superveniente, é dever da administração e um direito fundamental do servidor ter a sua readaptação pretendida quando preenchido os requisitos para tanto, considerando que o acometimento de patologia superveniente ao início do exercício não se mostra motivo razoável para determinar a exoneração dos servidores, principalmente quando demonstrado que o seu desempenho até o afastamento para tratamento de saúde foi satisfatório. Nesse sentido, o TJ-SP compreendeu que sendo a doença após o efetivo exercício (doença superveniente) enseja a readaptação:

ACÇÃO ORDINÁRIA. Servidor público municipal exonerado durante o estágio probatório, por ter sido considerado inapto para desempenhar as funções do cargo (auxiliar de enfermagem), tendo em vista ser portador de esclerose múltipla de origem viral. Não cabimento. Além de inexistir avaliação que comprove condutas irregulares por parte do autor, ele adquiriu a doença após a nomeação. Impossibilidade de avaliações durante os períodos de licença. Necessidade de prorrogação do estágio probatório, para que seja efetivamente avaliado durante o desempenho de suas funções, inclusive com eventual readaptação. Reintegração ao cargo em que foi admitido de rigor, restituindo-se, ainda, os

⁷⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0000.20.478776-6/001 5003691-35.2019.8.13.0647. Rel. Des. Edgard Penna Amorim. Minas Gerais, 9 fev. 2021. DJE 12 fev. 2021. Disponível em: www.tjmg.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 20 fev. 2024.

valores não pagos a título de salário desde a data da exoneração até a efetiva recondução. No tocante à correção monetária e aos juros moratórios incidentes sobre os valores devidos, tendo em vista que o crédito em discussão não ostenta natureza tributária, deve ser observado, na íntegra, o disposto no artigo 1º-F da Lei Federal n. 9.494/1997, com a redação que lhe foi dada pelo art. 5º da Lei Federal n. 11.960/2009 – Precedentes. Reexame necessário e apelo parcialmente providos.⁷⁸

SERVIDORA MUNICIPAL. Professora de Educação Básica Estágio probatório. Avaliação médica. Inaptidão. Exoneração. Reintegração. Possibilidade: Doença superveniente ao início do exercício, não é motivo justo para exoneração de servidor no final do estágio probatório, diante do direito à exoneração devidamente motivada, principalmente quando não apoiada no resultado da avaliação de desempenho.⁷⁹

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO AÇÃO ORDINÁRIA SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL EXONERAÇÃO ESTÁGIO PROBATÓRIO – Pretensão da autora, servidora pública municipal exonerada durante o estágio probatório em decorrência de ter se verificado a sua inaptidão para o cargo por conta de doença superveniente ao exercício, de que seja declarada a nulidade do ato administrativo que a exonerou, com o pagamento das verbas salariais referentes ao período em que restou afastada, bem como que seja concedida aposentadoria por invalidez, com proventos integrais e, ainda, que seja indenizada por danos morais. Sentença de parcial procedência proferida pelo juízo de primeira instância, apenas não concedendo a aposentadoria por invalidez. Decisório que merece parcial reforma, tão somente para afastar a condenação por danos morais. Doença superveniente que não é motivo justo para determinar a exoneração de servidor público no final do estágio probatório. Conclusão da junta médica que foi imotivada, apenas consignando ser a autora inapta para o exercício do cargo. Avaliações de desempenho que, até o afastamento para tratamento de saúde, foram positivas. Reintegração ao cargo e pagamento de remuneração durante o período de afastamento que se impõem – Danos morais não configurados - Jurisprudência desta E. Corte Bandeirante e desta C. Câmara de Direito. Sentença reformada. Remessa necessária parcialmente acolhida e recurso voluntário da parte ré parcialmente provido.

Nessa dicção, trago trecho do voto do último julgado colecionado, em que o Desembargador aduziu:

[...] é certo que o desse reempenho da autora durante o interregno que exerceu as suas funções foi positivo, ao passo que a avaliação médica que concluiu pela inaptidão física e mental da autora foi imotivada, apenas concluindo estar a autora “inapta”. Desta forma, não pode o ato administrativo prevalecer, haja vista que o acometimento de patologia superveniente ao início do exercício não se mostra motivo razoável para determinar a exoneração da servidora, notadamente quando demonstrado que o seu desempenho até o afastamento para tratamento de saúde foi satisfatório e não devidamente motivado no ato administrativo a causa da inaptidão da autora.

⁷⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo [13ª Câmara de Direito Público]. Apelação Cível 0005160-80.2011.8.26.0564. Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara da Fazenda Pública. Rel. Des. Spoladore Dominguez. São Paulo, data do julgamento 24 jun. 2015. DJE 1 jul. 2015.

⁷⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo [10ª Câmara de Direito Público]. Apelação Cível 1007039-27.2019.8.26.0564 [Remessa Necessária]. Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara da Fazenda Pública. Rel. Des. Teresa Ramos Marques. São Paulo, 23 fev. 2021.

É comum vermos situações nas quais servidores em período de estágio probatório acabam não podendo exercer a atividade pública devido à sua condição física ou mental, os quais, por vezes, são afastados por longo período, recebendo licença para tratamento nestas circunstâncias relatadas.

Em tais casos, há um conflito aparente entre o interesse da administração e do servidor como indivíduo, já que o Poder Público tem um servidor, o qual não está exercendo seu cargo devido ao acometimento da doença e ao mesmo tempo está recebendo sua remuneração, gerando um “custo” à Administração Pública. Em contrapartida, existe um indivíduo passando por um momento de dificuldade na sua vida, cujo necessita de amparo, pois, na grande maioria das vezes, a renda do seu trabalho é a única fonte de subsistência para poder custear a sua saúde.

Aliás, já pude me deparar com um caso peculiar envolvendo essas circunstâncias, em que a servidora recém nomeada e empossada, teve o efetivo exercício durante apenas 81 dias (menos de três meses) e permaneceu de licença médica por mais de 1.200 dias (mais de três anos), sendo, inclusive, este o lapso temporal do período de estágio probatório. Ou seja, a Administração Pública possui em seu quadro uma servidora que não estava atendendo as demandas do seu cargo, ocupando vaga que poderia ser preenchida por outrem com “plenas condições” para o seu exercício, além de estar recebendo sua remuneração sem a contraprestação do seu serviço.

Em tese, isso acaba interferindo à prestação do serviço de qualidade,⁸⁰ considerando que é uma relação de causa e efeito, pois ao passo que o servidor não pode estar realizando suas funções, a qualidade do serviço público acaba sendo prejudicada. Com isso, temos então, supostamente, a supremacia do interesse público violada neste contexto, tal como o princípio da eficiência.⁸¹

Todavia, em consonância com os aprendizados de Odete Medauar, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular está ultrapassado. A autora apresenta quatro argumentos para defender sua tese: a) Como o nome já diz, a Constituição Cidadã prioriza os direitos fundamentais, os quais têm cunho essencialmente particular, por esse motivo, soa incoerente à diretriz constitucional invocá-lo como princípio; b) É dever da Administração realizar ponderação de interesses conflitantes, a fim de evitar possíveis sacrifícios. A função se pauta no objetivo de compatibilizar e conciliar interesses com minimização de sacrifícios; c) À luz do princípio da proporcionalidade, persiste a busca da medida menos gravosa na obtenção de um resultado; d) A doutrina maciça não adota o princípio, sendo que alguns utilizam o termo de princípio superado.⁸²

Claramente são cenários sensíveis e controversos, os quais são complexos demais para serem analisados abstratamente, visto ser necessário uma observação de cada caso concreto para podermos concluirmos a constitucionalidade do ato.

⁸⁰ “[...] cujo artigo 6º, §1º, considera como serviço adequado “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (PIETRO, *op. cit.*, 2023, p. 156).

⁸¹ “Agora eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. [...] Associada à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. [...] O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada.” (MEDAUAR, *op. cit.*, p. 137).

⁸² *Ibidem*, p. 138.

Não obstante a isso, tenho a tendência em adotar a linha que talvez pareça contrária à Administração, sob o fundamento de que existe no ordenamento constitucional a vedação ao preconceito ou outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CRFB/88), o qual é um princípio republicano basilar do Estado Democrático de Direito. É certo que o direito à saúde é um direito fundamental, sendo pressuposto para à dignidade humana, tal como o direito à licença remunerada, por essa razão, é desproporcional utilizar como argumento a supremacia do interesse público para exonerar servidor com doença superveniente, mesmo que tenha havido pouco tempo de serviço, parecendo contrário aos princípios constitucionais.

A partir de alguns julgados, os quais serão colecionados abaixo, foi possível deduzir que esse entendimento é o mais adequado:

SERVIDOR PÚBLICO. Município de São Bernardo do Campo. Exoneração. Reprovação em estágio probatório em virtude de afastamento. Impossibilidade. Servidor em gozo de licença-saúde concedida pela própria Administração. Reintegração devida, com pagamento dos vencimentos em atraso Incidência de juros de mora de 12% ao ano. Não cabimento. Ação parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido.⁸³

DIREITO ADMINISTRATIVO SERVIDORA MUNICIPAL PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO. Concurso público para o cargo de professora. Estágio probatório. Gozo de várias licenças saúde. Exoneração. Inadmissibilidade. O estágio probatório deve se estender por igual prazo da licença saúde. Sentença reformada. Recurso provido.⁸⁴

Ressalta-se, portanto, que deve existir um nexo de causalidade entre a doença e o cargo, significa dizer que a doença ou a incapacidade física ou mental deve possuir relação com o cargo, impossibilitando o exercício do mesmo, caso contrário, estará prejudicada a motivação do ato que a exonerou, pois o ato foi inconstitucional por não permitir a possibilidade de readaptação e discriminar a pessoa com doença.

Retiramos a seguinte premissa após as explanações realizadas: a tentativa de readaptação no estágio probatório deve ser entendida como regra nos casos de doenças supervenientes, assim como em doenças preexistentes, desde que não tenha havido má-fé ao emitir ou esconder a doença por parte do servidor no momento do exame admissional. Por essa razão, a necessidade do exame admissional mesmo diante de ausência de norma se mostra legítima pela sua importância à Administração e ao candidato, hipótese na qual ambos estarão resguardados pelo ato prévio de investidura.

Outra questão de extrema relevância, mas que não será devidamente aprofundado aqui, é a possibilidade de readaptação do empregado público, tendo em vista que a previsão constitucional menciona “cargo efetivo”. Interpretando gramaticalmente ou literalmente, concluiríamos pela sua impossibilidade. Entretanto, a jurisprudência do TRT tem entendido como cabível:

⁸³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo [1ª Câmara de Direito Público]. Apelação Cível nº 3007380-29.2013.8.26.0564. Vara de Origem: Foro de São Bernardo do Campo da 1ª Vara da Fazenda Pública. Relator Desembargador Luís Francisco Aguiar Cortez. São Paulo, Data do Julgamento: 24 mar. 2015. DJE 31 mar. 2015.

⁸⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo [1ª Câmara de Direito Público]. Apelação Cível 0038974-83.2011.8.26.0564. Vara de Origem: Foro de São Bernardo do Campo da 1ª Vara da Fazenda Pública Relator Des. Xavier de Aquino. São Paulo, data do Julgamento: 27 ago. 2013. DJE 30 ago. 2013.

A readaptação de empregado público não viola os princípios constitucionais atinentes ao provimento de cargos na Administração Pública. Reforça essa tese a possibilidade prevista em norma interna da própria empresa de que, preenchidos os requisitos legais para a readaptação, esta se dê em quadro diverso daquele para o qual o trabalhador prestou concurso.⁸⁵

PROVIMENTO DERIVADO. READAPTAÇÃO. VANTAGEM POSTERIOR CONFERIDA AO CARGO/EMPREGO ORIGINÁRIO. Ainda que exista o direito do empregado readaptado de, no momento da readaptação, manter as mesmas vantagens conferidas ao cargo/emprego originário, referido direito se restringe ao momento no qual ocorre a readaptação. Isto porque, não se pode perder de vista que a readaptação é forma de provimento derivado, ou seja, o servidor ou empregado público, no ato da readaptação, é provido em novo cargo ou novo emprego. Nesse momento, há de ser mantido o mesmo padrão remuneratório. Contudo, sua vida funcional passará a ser regida pelas regras do novo cargo/emprego que passou a ser ocupado.⁸⁶

Julgo que o entendimento é adotado conforme as lições da professora Fernanda Marinela, definindo que o conceito de servidores públicos abrange aqueles ocupantes de cargo ou emprego público:

Os servidores públicos constituem o grupo de servidores estatais que atuam nas pessoas jurídicas da Administração Pública de direito público, portanto, nas pessoas da Administração Direta (entes políticos: União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e nas pessoas da Administração Indireta (as autarquias e fundações públicas de direito público). Para esses servidores, a relação de trabalho é de natureza profissional e de caráter não eventual, sob vínculo de dependência com as pessoas jurídicas de direito público, integradas em cargos ou empregos públicos. Segundo a doutrina majoritária, o texto constitucional, no título “Dos Servidores Públicos”, está se referindo aos servidores desse tópico, integrantes de cargo ou emprego, nas pessoas jurídicas de direito público.⁸⁷ (grifo nosso)

Por fim, deve ser dito que a avaliação da possibilidade ou não da readaptação ocorre pela junta médica oficial da Administração quando o servidor é estatutário e pelo INSS quando empregado público ou servidor vinculado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS),⁸⁸ na qual dependerá de manifestação do órgão emitindo o certificado de homologação do instituto.

⁸⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região [Sexta Turma]. Recurso Ordinário 01008627520205010017. Rel. Des. Nuria De Andrade Peris. Rio de Janeiro, 9 nov. 2021. DJE 17 nov. 2021.

⁸⁶ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região [Segunda Turma]. Recurso Ordinário 10010018820195020314. Rel. Des. Sonia Maria Forster Do Amaral.

⁸⁷ MARINELA, *op. cit.*, p. 699.

⁸⁸ Ementa: Consulta. Readaptação de servidor efetivo. Aplicação do art. 37, §13, da CRFB independe de legislação infraconstitucional. Norma de eficácia plena. Em relação à reabilitação de empregado público ou de servidor vinculado ao RGPS será necessária a manifestação do INSS. PARANÁ. Tribunal de Contas do Paraná [Tribunal Pleno]. Acórdão nº 1711/2023. Consulta: Câmara Municipal de Nova Aliança do Ivaí. Rel. Conselheiro Ivan Lelis Bonilha. Paraná, 28 jun. 2023. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2023/7/pdf/00377403.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

Conclusão

Diante de todo exposto, concluímos que a readaptação é um direito assegurado constitucional ao servidor de cargo efetivo, à luz do art. 37, §13, da CRFB. Sendo assim, faz jus ao uso do instituto o servidor em estágio probatório, considerando que efetividade se difere de estabilidade, conforme explicitado anteriormente.

Além do mais, a readaptação é uma das causas legais de provimento constitucional (definido pela doutrina como derivado horizontal⁸⁹), não sendo burla ao princípio do concurso público (art. 37, caput, da CRFB/88) o seu uso no estágio probatório, considerando que a EC nº 103/19 previu expressamente este direito aos servidores de cargo efetivo.

O STF no RE n. 163.715,⁹⁰ inclusive, asseverou que não há de se confundir efetividade com estabilidade, pois a primeira é atributo da nomeação do concurso público, é qualidade do cargo, enquanto a segunda é garantia destinada ao servidor após aprovação no período de estágio probatório.

Convém assinalar que o instituto possui caráter assistencial, posto isso, é contrário a este que o servidor seja punido por ter uma incapacidade física ou mental, sob pena de ferir a dignidade da pessoa humana.

Para ser procedida, a readaptação deve respeitar os requisitos legais existentes, tais como os de habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, bem como o requisito imprescindível, qual seja, a incapacidade permanente e parcial do exercício das suas funções. Indicar um verdadeiro nexo de causalidade entre a incapacidade e o cargo, pois sendo a doença física ou mental que não gera incapacidade para o exercício do cargo, não há causa para readaptação, muito menos motivo para exoneração, incorrendo na possibilidade de violar a dignidade da pessoa humana.

Afirmo ainda que, a readaptação deve possuir fins semelhantes com o cargo de origem, apesar que a Constituição não ter previsto expressamente a hipótese, entendo que a medida é razoável para evitar possíveis violações ao concurso público, tendo em vista que a Lei n. 8.112/1990 já prevê em seu art. 24, §2º.

Se não houver cargo vago em que o servidor possa ser provido, ele exercerá suas novas atribuições como excedente, desde que haja previsão em lei local (caso se trate de servidor público municipal ou estadual, com a previsibilidade em seus respectivos estatutos). O registro na ficha funcional e na folha de pagamento devem demonstrar a situação de excedente em decorrência de readaptação.

Salienta-se que o instituto da readaptação deve ser entendido como regra à Administração Pública, pois prestigia a adaptação razoável do trabalho e a própria Constituição já indica em diversos dispositivos que ter o servidor já habituado é melhor, buscando, inclusive, tê-los por mais tempo, uma vez que aumentou o tempo de idade mínima para aposentadoria compulsória.

⁸⁹ “O provimento derivado também pode ser horizontal, quando ocorre a mudança de cargo que não caracteriza progressão, crescimento funcional. Nessa modalidade também se definem duas formas de provimento: a readaptação e a transferência” (MARINELA, *op. cit.*, p. 721).

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Segunda Turma]. Recurso Extraordinário 163715. Rel. Min. Mauricio Corriôa. Brasília, DF. 17 set. 1996. DJ 19 dez. 1996, PP-51790EMENTVOL-01855-05PP-00849.

O uso deste instituto deve ocorrer, sobretudo, nas doenças supervenientes, posto que condenar alguém por adquirir uma enfermidade seria ir de encontro com os princípios constitucionais e humanos. Na doença preexistente é razoável readaptar quando a própria Administração permitiu à investidura e tinha conhecimento que a doença não gerava incapacidade no momento do exercício, já que para o ingresso é necessário a realização do exame admissional. Porém, sendo omitida a doença ou havendo outro meio de má-fé da parte do servidor, poderá ser afastada a readaptação, considerando que ninguém pode se valer da própria torpeza.

É enfático dizer que o exame admissional tem extrema relevância para o dia a dia do Poder Público, modo que entendo ser um pressuposto intrínseco ao seu exercício, legitimando e autorizando que, mesmo na ausência de norma, é conveniente e fundamental exigi-lo, não caracterizando causa de discriminação, pelo contrário, protege o candidato em eventuais abusos por parte do Estado.

Com efeito, será garantido concretamente o princípio da igualdade por meio do concurso público, o qual se qualifica, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético jurídica, da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros,⁹¹ por certo, não é a hipótese do presente estudo.

É certo que a decisão da Administração Pública (Poder Executivo) poderá ser revista pelo Poder Judiciário, tendo em vista que toda ameaça ou lesão a direito é passível de apreciação por sua parte. Ocorre que, para isso acontecer, não poderá adentrar, conforme entendimento majoritário, no mérito, intervindo apenas em caso de ilegalidade ou abuso do ato, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes.⁹²

Referências

AB. Exame médico admissional tem caráter eliminatório em concurso público. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, 2013. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2013/janeiro/exame-medico-admissional-tem-carater-eliminatorio-em-concurso-publico>. Acesso em: 8 fev. 2024.

BASTOS, Agnaldo. *Candidato estrangeiro aprovado em concurso público pode ser nomeado?* Migalhas. 7 nov. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/396449/candidato-estrangeiro-aprovado-em-concurso-publico-pode-ser-nomeado>. Acesso em: 6 nov. 2024.

BASTOS, Agnaldo. *Quais são as regras para PCD no concurso público?* Migalhas, 14 out. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/353084/quais-sao-as-regras-para-pcd-no-concurso-publico>. Acesso em: 6 fev. 2024.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal [plenário]. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2364/AL. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 17 out. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749298313>. Acesso em: 20 fev. 2024.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 229-230.

CAMPOS, Ana C. *Direito Administrativo Facilitado*. Rio de Janeiro: Forense [Grupo GEN], 2021. E-book. ISBN 9786559641536. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641536/>. Acesso em: 2 fev. 2024.

CAMPOS, Ana Cláudia. *Direito Administrativo Facilitado*. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Atlas Ltda [Grupo GEN], 2023. E-book. p. 556. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774265/>. Acesso em: 6 fev. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 22. ed. rev., atual e ampl. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEIRELLES, Helly Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. *Direito Administrativo Brasileiro: atualizado até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia D. *Direito Administrativo*. Barueri: Editora Atlas Ltda [Grupo GEN], 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771325/>. Acesso em: 2 fev. 2024.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo - Pareceres*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6641-6/>. Acesso em: 2 fev. 2024.

Redação Conjur. Servidor em estágio probatório pode aposentar por invalidez, afirma AGU. *Conjur*, 20 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-20/estagio-probatorio-nao-impede-aposentadoria-invalidez-agu/>. Acesso em: 19 fev. 2024.

SPITZCOVSKY, Celso. *Esquematizado - Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596250/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

TRINDADE, Jonas Faviero. *A Constitucionalização da readaptação: comentários ao texto da EC nº 103/19*. Revista Jus Navigandi. 17 fev. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79607/a-constitucionalizacao-da-readaptacao-comentarios-ao-texto-da-ec-n-103-2019>. Acesso em: 19 fev. 2024.

ZOUERIN, Luís Henrique Linhares. *Manual de Direitos Fundamentais à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEL, 2023.

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

TERRADE, Vanessa de Fátima; MORAIS, Erickson Raimundo Santos de. A possibilidade de readaptação no estágio probatório: burla ao princípio do concurso público? In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 473-501. ISBN 978-85-450-0925-2.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS: DIÁLOGOS ENTRE A LGPD E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

JOÃO PEDRO TEIXEIRA TRANSMONTANO

Especialista em Direito Administrativo pela Escola Paranaense de Direito.
Especialista em Licitações e Contratos Administrativos pela
Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Advogado na área de Direito Administrativo do Pironti Advogados.

RODRIGO PIRONTI

Pós-doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid.
Doutor e Mestre em Direito Econômico e Social pela
Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Conselheiro do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade – CNPD.
Sócio Fundador e CEO do Pironti Advogados.

Sumário: 1 Introdução. 2 O tratamento de dados pessoais pela Administração Pública e a LGPD. 3 A responsabilização e as sanções administrativas na LGPD e o Direito Administrativo Sancionador. 4 Os diálogos entre a Lei de Improbidade Administrativa e a LGPD. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A partir da década de 1970, a informação tornou-se um importante ativo social, sendo elemento basilar para o desenvolvimento de diversos campos, como o trabalho e a política, o que resultou na formação de um novo paradigma de organização proporcionado pelo avanço tecnológico: a sociedade da informação.¹

¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; PIRES, Mariana Ferreira da Cruz. Proteção de dados no direito administrativo sancionador. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 102, jan./mar. 2024.

O sociólogo Manuel Castells² leciona que a revolução da tecnologia da informação no final do século XX é um evento histórico da mesma importância da Revolução Industrial do século XVIII, sendo a transformação das tecnologias da informação, processamento e comunicação o cerne desta revolução.

Conforme observam José Roberto Pimenta Oliveira e Mariana Ferreira da Cruz Pires³, a sociedade da informação possui como ponto central a instrumentalização da informação, especialmente nos campos econômico e social, visto que o desenvolvimento das comunicações e das tecnologias de informação passou a viabilizar o acesso a dados e, a partir disso, otimizar processos produtivos de marketing e publicidade.

Neste contexto, o acesso aos dados torna-se fundamental, pelo que passaram a ser vistos como um dos ativos mais importantes da sociedade contemporânea, sendo a base para a produção da informação e a tomada de decisões motivadas, com especial destaque para os dados pessoais. Sobre o tema, Luciano Ferraz e Thiago Ferreira Almeida⁴ destacam que os dados personalíssimos se tornaram uma espécie de *commodity digital* após a ampliação do ambiente digital, sendo aptos à exploração comercial de perfis e tendências e utilizados para as mais diversas finalidades.

Assim, nas sociedades da informação, a preocupação com a proteção dos dados pessoais ganha relevo, o que possui relação não apenas com o desenvolvimento econômico e social, mas também com a proteção dos cidadãos em relação ao uso adequado dos poderes estatais pela Administração Pública, pelo que é necessário o estabelecimento de controles e a imposição de responsabilização aos agentes públicos em razão do tratamento inadequado de dados pessoais.

Desta forma, o mundo digital e a preocupação com a proteção dos dados pessoais trazem novos contornos ao controle da Administração Pública, o que sobreleva a importância das discussões acadêmicas para o aperfeiçoamento do controle estatal, pauta que foi e continua sendo objeto de análise e atuação do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, que contribui com a temática há 50 anos, desde a sua criação em 1975 até o presente momento, através das comissões temáticas de estudos sobre a função sancionatória, controle externo e tribunais de contas, improbidade administrativa e governo digital e inteligência artificial e dos painéis e oficiais nos congressos, que concentram a sua atuação também sobre o controle do tratamento de dados pela Administração Pública dada a importância da temática, conforme será exposto adiante.

2 O tratamento de dados pessoais pela Administração Pública e a LGPD

O Estado detém grande quantidade de dados em seus bancos de dados, o que é necessário à boa administração e inclui dados pessoais dos cidadãos. Em um Estado Democrático de Direito, estes dados pessoais são tratados de acordo com finalidades públicas e em prol da satisfação do interesse público, como na promoção e

² CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Volume I. 6. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2002. p. 67-68.

³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; PIRES, Mariana Ferreira da Cruz. Proteção de dados no direito administrativo sancionador. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 102, jan./mar. 2024.

⁴ FERRAZ, Luciano; ALMEIDA, Thiago Ferreira. Lei Geral de Proteção de Dados na experiência europeia. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 18.

no desenvolvimento de políticas públicas. Não obstante, o tratamento inadequado de dados pessoais pelo Estado traz sérios riscos às bases sociais democráticas, o que conduz ao uso arbitrário de informações pessoais e a regimes totalitários.

Neste aspecto, a lembrança recente da Alemanha Nazista traz importante alerta, visto que o Terceiro Reich sistematizou abusos na utilização dos dados pessoais coletados ainda durante a República de Weimar (1918-1933)⁵ e através de novos censos realizados após a nomeação de Adolf Hitler como chanceler, em 1933 e 1939.⁶

Referidas informações foram coletadas e sistematizadas com o objetivo de implementar a política antisemita que resultou no Holocausto e na perseguição de grupos sociais marginalizados pelo Estado Alemão. Sobre o tema, Solano de Camargo aduz que a perseguição nazista a judeus e homossexuais demonstrou que não importava a intenção quando da coleta dos dados pessoais, o tratamento posterior poderia ocorrer de forma perversa e nefasta.⁷

Posteriormente, a República Democrática Alemã (RDA), fundada em 1949 e conhecida como Alemanha Oriental, perpetuou a violação aos direitos individuais através da atuação do Ministério da Segurança do Estado (Stasi). Este é o caso da criação dos chamados “livros domésticos”, que se tornaram obrigatórios a partir da década de 1960 e continham informações pessoais de cada morador e eventuais visitas⁸, como forma de manter o controle estatal.

Em resposta ao contexto histórico de abuso no tratamento de dados pessoais, em 1983, o Tribunal Constitucional Alemão declarou parcialmente inconstitucional a lei aprovada em 1982 que disciplinava o censo populacional. Referida norma previa uma ampla coleta de dados e a imposição de multas àquele que se recusasse a responder a todas as perguntas realizadas, que seriam destinadas não apenas à elaboração dos quadros estatísticos e demográficos, mas também à formação de bancos de dados, o que gerou temor popular quanto à forma e à finalidade da utilização destes dados, levando-se à questão ao conhecimento da Corte Constitucional, que suspendeu a execução do recenseamento.⁹

A chamada “Decisão do Censo” de 1983 é paradigmática para o direito à proteção de dados pessoais, visto que assentou o denominado direito à autodeterminação informativa, fundamento da proteção de dados pessoais previsto expressamente no art. 2º, II, da Lei n. 13.709/2018 que, segundo Fabiano Menke,¹⁰ tem como objetivo conceder ao indivíduo o poder de decidir sobre a divulgação e a utilização de seus dados pessoais, sendo o foco da proteção a tomada de decisões pelo próprio indivíduo.

⁵ CAMARGO, Solano de. As sanções da LGPD e o Inferno de Dante. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, v. 39, n. 144, p. 221, nov. 2019.

⁶ BURITI, Carlos Roberto. Holocausto e dados pessoais. JOTA, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/holocausto-e-dados-pessoais>. Acesso em: 6 mar. 2025.

⁷ CAMARGO, Solano de. As sanções da LGPD e o Inferno de Dante. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, v. 39, n. 144, p. 221, nov. 2019.

⁸ CAMARGO, Solano de. As sanções da LGPD e o Inferno de Dante. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, v. 39, n. 144, p. 222, nov. 2019.

⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. A Lei Geral de Proteção de Dados e o direito à autodeterminação informativa. *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-26/leonardo-bessa-lgpd-direito-autodeterminacao-informativa/>. Acesso em: 7 mar. 2025.

¹⁰ MENKE, Fabiano. As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa. *Migalhas*, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/335735/as-origens-alemas-e-o-significado-da-autodeterminacao-informativa>. Acesso em: 7 mar. 2025.

Desta forma, um dos fundamentos da proteção de dados pessoais tem origem, justamente, no controle judicial do tratamento de dados realizado pela Administração Pública, razão pela qual é apropriado o entendimento de Luciano Elias Reis e Rafael Knorr Lipmann¹¹ para os quais a Administração Pública é a mola propulsora das primeiras discussões e regulamentações do tratamento de dados pessoais em âmbito mundial.

Neste cariz, destaca-se também o plano de criação do *National Data Center* nos Estados Unidos, em 1965, um grande banco de dados que unificaria perante a Administração Pública as informações dos cidadãos constantes em bancos de dados do fisco, da previdência social, da polícia e outros bancos de dados públicos, mas cuja criação foi rejeitada em razão do receio gerado a partir de eventual tratamento inadequado dos dados pelo Estado, como forma de tolher liberdades e garantias fundamentais.¹²

Portanto, para além do desenvolvimento da sociedade da informação e da observância dos dados em geral, incluindo os pessoais, enquanto commodities para a produção de informações, o que levou à utilização inadequada de dados por empresas privadas, em grande medida com finalidades comerciais, a preocupação com o tratamento de dados pessoais pela Administração Pública também levou à edição das legislações visando a regulamentação do tratamento adequado destes dados.

O ordenamento jurídico europeu começou a construir seu corpo normativo em relação à proteção de dados pessoais na década de 1970,¹³ o que culminou na adoção do Regulamento 2016/679, a *General Data Protection Regulation* – GDPR, principal mecanismo de proteção de dados da União Europeia, que entrou em vigência em 25 de maio de 2018.¹⁴

No Brasil, o direito à proteção de dados pessoais foi tradicionalmente observado enquanto decorrência dos direitos fundamentais à vida privada e à intimidade (art. 5º, X) e ao sigilo da correspondência e comunicações telegráficas (art. 5º, XII), com previsões esparsas em âmbito infraconstitucional, como o Código de Defesa do Consumidor, que confere ao consumidor o direito de obter informações próprias arquivadas em bancos de dados e cadastros (art. 43) e, no âmbito da Administração Pública, a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), que materializa o princípio da transparência ao assegurar o direito do cidadão em obter informações do Estado.

O advento da Lei n. 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), trouxe nova importância ao direito à proteção de dados pessoais no Brasil, culminando, inclusive, na aprovação da Emenda Constitucional n. 115/2022, que incluiu o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, ao rol de direitos e garantias fundamentais, conforme art. 5º, LXXIX.

¹¹ REIS, Luciano Elias; LIPMANN, Rafael Knorr. A Administração Pública na Lei Geral de Proteção de Dados. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 167-168.

¹² REIS, Luciano Elias; LIPMANN, Rafael Knorr. A Administração Pública na Lei Geral de Proteção de Dados. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 171.

¹³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; PIRES, Mariana Ferreira da Cruz. Proteção de dados no direito administrativo sancionador. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 105, jan./mar. 2024.

¹⁴ FERRAZ, Luciano; ALMEIDA, Thiago Ferreira. Lei Geral de Proteção de Dados na experiência europeia. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 19.

Flávio Garcia Cabral¹⁵ observa que o direito fundamental à proteção de dados pessoais é, sem dúvida, um direito próprio dos tempos modernos, estruturado à luz da tecnologia, do uso de sistemas informatizados e da constante e intensa comunicação entre os sujeitos que compõe a sociedade.

O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público recebeu tratamento específico na LGPD, conforme previsto no capítulo IV, que disciplina os critérios de legitimidade e o âmbito de incidência (art. 23 e 24), a forma e o controle do uso compartilhado dos dados (arts. 25 a 30) e a responsabilização em caso de infração à norma (arts. 31 e 32).

Esta regulamentação específica decorre não apenas da preocupação histórica com o tratamento dos dados pessoais pelo Estado, mas também do volume, da finalidade e da forma de coleta dos dados pelo Poder Público.

Isto, pois, desde o nascimento da pessoa natural, a Administração Pública é responsável pela coleta, armazenamento e utilização de dados pessoais de toda a população, como os registros de nascimento e casamento e os cadastros em órgãos de saúde, trabalho, fiscais e previdenciários, sendo que, em geral, o fornecimento de informações ao Estado é compulsório, podendo implicar a omissão no cometimento de atos ilícitos, como o crime de omissão de informações às autoridades fazendárias, que viola a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990, art. 1º, I).¹⁶

Desta forma, sendo o Estado detentor de grande volume de dados e informações pessoais dos cidadãos, constata-se o elevado cuidado necessário no adequado tratamento e as possíveis relevantes consequências em caso de sua não observância,¹⁷ especialmente à luz do governo digital e dos bancos de dados públicos.

Neste enfoque, Daniel Ferreira e Jéssica Jane de Souza aduzem que a “compreensão da configuração da Sociedade em Redes é importante para delimitar o início do governo eletrônico, pois a partir dele tem-se uma imensidão de dados e informações, tanto dos cidadãos, quanto da própria administração pública, todos guardados no chamado banco de dados”.¹⁸

Ainda, o tratamento deve possuir como finalidade a consecução de interesses públicos e o exercício da boa administração, como a implementação de políticas públicas, o exercício de serviços públicos digitais e atividades de fiscalização e vigilância pública.

Mirela Miró Ziliotto e Rodrigo Pironti¹⁹ observam que a relação jurídica existente entre o Poder Público e o titular de dados pessoais é caracterizada por uma natural

¹⁵ 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.

¹⁶ REIS, Luciano Elias; LIPMANN, Rafael Knorr. A Administração Pública na Lei Geral de Proteção de Dados. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 169-170.

¹⁷ REIS, Luciano Elias; LIPMANN, Rafael Knorr. A Administração Pública na Lei Geral de Proteção de Dados. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 170.

¹⁸ FERREIRA, Daniel; SOUZA, Jéssica Jane de. Análise da aplicação da LGPD na Administração Pública brasileira. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 110, n. 1033, p. 21-42, nov. 2021. p. 24.

¹⁹ ZILIOTTO, Mirela Miró; PIRONTI, Rodrigo. A LGPD e o tratamento de dados pela Administração Pública. *Consultor Jurídico*, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-18/publico-pragmatico-lgpd-tratamento-dados-administracao-publica2/>. Acesso em: 9 mar. 2025.

assimetria, visto que o Estado possui amplos poderes para o exercício de suas funções e realiza grande coleta e armazenamento de dados pessoais para tanto, razão pela qual a integração da LGPD ao regime jurídico de direito público concede segurança e transparência ao Poder Público através da definição de método para o tratamento dos dados pessoais coletados, mitigando o risco de violação aos direitos dos titulares sem comprometer as atribuições legais do serviço público.

Por estas razões, a fim de materializar o poder informacional,²⁰ torna-se imprescindível o controle do adequado tratamento de dados pessoais pela Administração Pública em prol da construção de uma cultura de proteção de dados no Poder Público, visto que, conforme Flávio Garcia Cabral, ainda vigora um parassistema moral na Administração Pública em relação ao tratamento de dados pessoais, persistindo pouco zelo em relação a utilização dessas informações.²¹

Enquanto esta cultura de proteção de dados na Administração Pública carece de maior robustez, com exceção aos órgãos e entidades públicas que buscaram a implementação de sistemas de privacidade em proteção de dados e o aprimoramento da cultura de privacidade de forma espontânea, o sancionamento e a responsabilização em caso de violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais e às normas da LGPD são mecanismos não apenas de controle da Administração Pública e materialização da finalidade repressiva da sanção administrativa, mas de indução de bons comportamentos para o Poder Público e seus agentes, tendo em vista a finalidade educativa do sancionamento, conforme exposto adiante.

3 A responsabilização e as sanções administrativas na LGPD e o Direito Administrativo Sancionador

O art. 42 da LGPD dispõe que o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar dano a outrem em violação à legislação de proteção de dados pessoais é obrigado a repará-lo.

Referidas previsões também se aplicam ao tratamento de dados pessoais realizado pelo Poder Público, razão pela qual, quando a entidade pública atuar enquanto controladora ou operadora de dados e causar dano a outrem, deverá repará-lo. Ainda, conforme aplicação da teoria do órgão, a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio de seus órgãos, de modo que o agente público atua de forma a expressar a vontade da pessoa jurídica e, desta forma, a atuação é imputada à entidade a que pertence.²²

É dizer, portanto, que o tratamento de dados pessoais realizado pelo Poder Público que cause dano a outrem deverá ser objeto de reparação pela entidade pública, dotada

²⁰ MENDES, Laura Schertel. Democracia, poder informacional e vigilância. *O Globo*, 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/fumus-boni-iuris/post/2022/08/laura-schertel-democracia-poder-informacional-e-vigilancia.ghtml>. Acesso em: 9 mar. 2025.

²¹ 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. 134-135.

²² PIRONTI, Rodrigo. O controlador de dados e a ausência de personalidade dos órgãos de Estado. *Consultor Jurídico*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/rodrigo-pironti-controlador-dados-orgaos-estado/>. Acesso em: 9 mar. 2025.

de personalidade jurídica, vez que esta será a controladora ou operadora de dados pessoais, não os agentes públicos que a integram, uma vez que atuam expressando a vontade estatal, não vontade própria.

Assim, aplica-se a tais casos a teoria da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado²³, prevista no art. 37, §6º, da Constituição da República, com a possibilidade de direito de regresso em face ao agente público que atuou com dolo ou culpa, conforme foi observado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADI 6.649/DF e da ADPF 695/DF:

8. O tratamento de dados pessoais promovido por órgãos públicos que viole parâmetros legais e constitucionais, inclusive o dever de publicidade fora das hipóteses constitucionais de sigilo, importará a responsabilidade civil do Estado pelos danos suportados pelos particulares, associada ao exercício do direito de regresso contra os servidores e agentes políticos responsáveis pelo ato ilícito, em caso de dolo ou culpa.²⁴

Porém, para além da responsabilização do Estado para reparação de danos, o tratamento inadequado de dados pessoais pela Administração Pública e seus agentes também poderá ser objetivo de aplicação de sanções.

Neste aspecto, o art. 52 da LGPD dispõe sobre as sanções administrativas aplicáveis no caso de infrações às normas legais, sendo que o §3º contempla a possibilidade de sancionamento de entidades e órgãos públicos, aos quais se aplicam parcela das sanções previstas no *caput*, como a advertência (I), a publicização da infração (IV) e a eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração (VI).

Tais sanções são aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) após regular processo sancionador que observe as normas legais e as previsões da Resolução CD/ANPD n. 4/2023, que contempla o regulamento de dosimetria e aplicação de sanções administrativas, sendo que as entidades e os órgãos públicos vem sendo, até o momento, os principais sancionados.

Não obstante, conforme observam Luciano Reis e Rafael Lippmann,²⁵ a aplicação de sanções sobre a Administração Pública é o ponto mais sensível da LGPD no Poder Público, visto que as sanções tipificadas na Lei, especialmente as mais severas, como a sanção de multa pecuniária, foram nitidamente pensadas para incidirem sobre instituições privadas, de modo que não incidem ou, caso incidentes, fazem pouco sentido quando aplicadas sobre a Administração Pública.

Por outro lado, o art. 52, §3º, também é expresso em dispor que a aplicação de sanções sobre entidades e órgãos públicos ocorrerá sem prejuízo da observância de outros diplomas legais que versam diretamente sobre o sancionamento de agentes públicos, ao que remete ao Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais (Lei n. 8.112/1990), à

²³ ZILIO, Mirela Miró; GREGGIO, Felipe. Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a responsabilidade extracontratual do Estado no tratamento de dados pessoais. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 193.

²⁴ STF. ADI 6.649/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 15/09/2022.

²⁵ REIS, Luciano Elias; LIPMANN, Rafael Knorr. A Administração Pública na Lei Geral de Proteção de Dados. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 175.

Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) e à Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011).

Desta forma, é possível o sancionamento pessoal do agente público que realize tratamento inadequado de dados pessoais, seja em âmbito administrativo ou judicial, desde que observados os princípios e as regras do Direito Administrativo Sancionador.

Isto, pois, o Direito Administrativo Sancionador é o ramo do Direito Administrativo que se ocupa da definição e do estabelecimento de controles às infrações e sanções administrativas, que consistem, segundo Fábio Medina Osório²⁶, em um castigo, com alcance geral e potencialmente futuro, imposto pela Administração Pública, pelo Poder Judiciário ou por corporações de direito público, a uma pessoa física ou jurídica como consequência da prática de uma conduta ilegal, tipificada em uma norma proibitiva, tendo finalidade repressora ou disciplinar, no **âmbito** de aplicação formal e material do Direito Administrativo.

Neste aspecto, Francisco Zardo²⁷ observa que o Direito Administrativo Sancionador é o ramo do Direito Administrativo dedicado ao estudo dos princípios e regras incidentes sobre a infração, a sanção administrativa e o consequente processo de apuração.

Assim, tendo em vista que o descumprimento às normas da LGPD pelos agentes públicos, enquanto norma de observância obrigatória, consistirá em infração administrativa que, após o devido processo de apuração, poderá ensejar a aplicação de sanções administrativas pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário sobre os responsáveis, o tratamento deste sancionamento ocorrerá no **âmbito** do Direito Administrativo Sancionador.

Ainda, o reconhecimento deste enquadramento implica reconhecer a incidência dos princípios e garantias comuns do Direito Público Sancionador ao exercício do *jus puniendi* estatal no **âmbito** da proteção de dados pessoais.

Referidas garantias e regras emanam diretamente da Constituição da República, especialmente do art. 5º, tais como o princípio da legalidade/tipicidade formal (art. 5º, XXXIX), da irretroatividade (art. 5º, XL), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) que, a despeito da tradicional observância no Direito Penal,²⁸ consistem no núcleo duro constitucional que conforma o Direito Público Sancionador e incidem sobre todos os ramos epistemológicos do Direito que materializam e operam o exercício do unitário *jus puniendi* estatal, o que inclui o Direito Administrativo Sancionador no **âmbito** da LGPD.

²⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 118.

²⁷ ZARDO, Francisco. Responsabilidades e sanções administrativas na LGPD. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 110-111.

²⁸ Conforme observa Rafael Munhoz de Mello, muitos desses dispositivos “fazem referência a expressões próprias do direito penal (‘crime’, ‘pena’, ‘lei penal’) – o que não significa que os princípios jurídicos neles veiculados não se apliquem também no campo do direito administrativo sancionador.” (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 104). Em análise específica ao art. 5º, XL, da Constituição da República, que versa sobre a retroatividade da norma mais benéfica, Marçal Justen Filho acrescenta que, “embora a redação se refira à ‘lei penal’, é evidente que essa garantia se aplica a qualquer norma de natureza punitiva. Não existe alguma característica diferenciada da lei penal que propiciasse a retroatividade da lei punitiva não penal”. (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. p. 267.)

É dizer, portanto, que o sancionamento de agentes públicos pelo descumprimento à LGPD deverá observar direitos e garantias constitucionais, realizado através de um processo administrativo ou judicial que materialize os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com a garantia de produção de provas e fiel cumprimento à legislação, especialmente os elementos da infração administrativa e os princípios da tipicidade administrativa e da culpabilidade.

É que o pressuposto da aplicação da sanção administrativa é a configuração de uma infração administrativa, que consiste, conforme leciona Daniel Ferreira,²⁹ no comportamento típico, antijurídico e reprovável que enseja a aplicação de uma sanção de mesma ordem.

Dessa forma, para que se configure a ocorrência de uma infração administrativa à LGPD é necessária a identificação de um comportamento, sendo uma ação ou omissão praticada pelo agente de tratamento.³⁰

Ainda, é preciso que o comportamento identificado seja típico, pelo que a infração e a respectiva sanção devem estar descritas com clareza em lei em sentido estrito, seja na própria LGPD ou em outra legislação, como o respectivo Estatuto do Servidor Público ou a Lei de Improbidade Administrativa, conforme aplicação do princípio da legalidade e da tipicidade administrativa.

O comportamento típico também deve ser contrário ao ordenamento jurídico em sua integralidade, sem a incidência de cláusulas excludentes da antijuridicidade.

Por fim, o comportamento típico e antijurídico deverá ser, igualmente, reprovável ou culpável, ensejando a observância ao princípio da culpabilidade que, segundo Gustavo Binimbojm,³¹ é um dos pilares do regime jurídico aplicável ao Direito Administrativo Sancionador ao dispor que a aplicação da sanção administrativa depende da constatação de culpa em sentido lato, com a prévia aferição da existência de dolo ou culpa em sentido estrito na atuação do agente público.

Portanto, a aplicação de sanções pelo cometimento de infrações administrativas à LGPD por agentes públicos depende, sobretudo, da observância ao princípio da culpabilidade, pelo que consagra-se a responsabilidade subjetiva enquanto regra, de modo a afastar-se a possibilidade de responsabilização objetiva, exceção no âmbito do Direito Administrativo Sancionador que depende de previsão legal expressa,³² o que não é o caso da responsabilização do agente público por ofensa à LGPD.

²⁹ FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 231.

³⁰ ZARDO, Francisco. Responsabilidades e sanções administrativas na LGPD. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 113.

³¹ BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, v. 2, n. 11, p. 14, ago. 2014.

³² Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já assentou que “o poder punitivo estatal exteriorizado no direito administrativo sancionador exige o diálogo com o regime jurídico aplicável no âmbito do Direito Penal, primordialmente, no que toca o princípio da culpabilidade e a obrigatória comprovação de culpa em sentido lato, seja pela prévia constatação de dolo (intenção) ou culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia). A incidência do princípio constitucional da culpabilidade consagra direitos e garantias fundamentais do indivíduo em face do poder sancionatório estatal e impede a responsabilização objetiva por infração administrativa, salvo previsão legal expressa”. (AgInt no REsp n. 1.374.044/DF, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 14/2/2022, DJe de 17/2/2022.)

4 Os diálogos entre a Lei de Improbidade Administrativa e a LGPD

Destaca-se que, para que seja possível falar-se na configuração de uma infração administrativa à LGPD, previamente à análise da observância ao princípio da culpabilidade, será necessário avaliar se a conduta praticada possui tipificação formal em lei em sentido estrito, o que enseja a aplicação do princípio da legalidade e da tipicidade formal ao Direito Administrativo Sancionador na LGPD.

Isto, pois, o princípio da legalidade é fundamento basilar para a aplicação legítima de qualquer sorte de sanção em um Estado Democrático de Direito, inclusive as decorrentes do inadequado tratamento de dados pessoais, vez que o sancionamento depende de prévia cominação das infrações e das respectivas sanções a serem aplicadas no caso de cometimento das infrações tipificadas em lei, em clara aproximação entre o princípio da legalidade e o da tipicidade, tendo em vista a necessidade de tipicidade formal (ou objetiva)³³ para a validade do sancionamento.

No ordenamento jurídico brasileiro, a legalidade e, consequentemente, a tipicidade formal, é princípio e garantia constitucional previsto no art. 5º, XXXIX, ao dispor que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A despeito da menção às expressões “crime” e “pena”, referido dispositivo constitucional não se reduz ao Direito Penal, visto que consagra princípios que conformam o Direito Público Sancionador, incidindo sobre todos os ramos epistemológicos do Direito que exercem o *jus puniendi* estatal, tal qual o Direito Administrativo Sancionador.

Não obstante, os princípios incidem de maneiras distintas no Direito Penal e no Direito Administrativo Sancionador, não havendo identidade plena entre a tipicidade administrativa e a tipicidade penal. Ao contrário do Direito Penal, regido pelo dogma da tipicidade cerrada,³⁴ que exige que os tipos sejam certos e precisos, o Direito Administrativo Sancionador difere-se por não exigir tipicidade tão precisa, com maior utilização de conceitos jurídicos indeterminados e normas em branco.

Neste aspecto, Alice Voronoff³⁵ leciona que o padrão rigoroso da legalidade penal não se estende ao Direito Administrativo Sancionador, de modo que as infrações e sanções administrativas devem ser vistas como técnicas de regulação voltadas a promover a adequação de condutas dos particulares, razão pela qual um padrão de

³³ A vertente formal ou objetiva do princípio da tipicidade consiste na análise da correspondência entre uma conduta da vida real e o tipo infracional descrito na norma, sendo uma das dimensões do princípio da legalidade vinculado à segurança jurídica. Sobre o tema, Márcio Cammarosano observa que o princípio da tipicidade é correlato ao princípio da legalidade, sendo que, em matéria sancionatória, quanto mais severa for a sanção prescrita, maior deverá ser a precisão tipológica, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica. Assim, quanto mais fechado for o tipo legal, menor será o campo para os ditos subjetivismos caprichosos, inadmissíveis na aplicação de sanções graves, como as criminais e as por improbidade administrativa. (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. 147.)

³⁴ Nesse sentido, Luigi Ferrajoli defende a aplicação do princípio da legalidade estrita ao Direito Penal, que impõe que os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, excluindo a análise de parâmetros extraleais, de modo que as definições legislativas sejam dotadas de uma extensão tão determinada quanto possível. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 303-304.)

³⁵ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 217-218.

legalidade mais flexível é imprescindível para que o Direito Administrativo Sancionador seja efetivo e eficiente.

Ainda, a tipificação dos ilícitos administrativos é dotada de maior abertura no caso das relações de sujeição especial, tendo em vista a maior discricionariedade administrativa nestas relações, que decorrem do poder disciplinar da Administração Pública, como é o caso dos servidores públicos, em oposição às relações de sujeição geral, decorrentes do exercício do poder de polícia.³⁶

É a partir desta maior flexibilidade do princípio da tipicidade incidente no Direito Administrativo Sancionador que é possível se falar em responsabilização de agentes públicos pelo descumprimento à LGPD, visto que, apesar de o art. 52, §3º, da Lei expressamente dispor que, em caso de tratamento inadequado de dados, aplicam-se as sanções à Administração Pública sem prejuízo da incidência das previsões da Lei n. 8.112/1990 e da Lei n. 8.429/1992, estas legislações não possuem tipos sancionadores que versem, expressamente, sobre o tratamento inadequado de dados pessoais, especialmente por tratarem-se de normas promulgadas em um contexto no qual a proteção aos dados pessoais não possuía a mesma relevância que possui atualmente.

Não obstante, tendo em vista a tipicidade aberta no Direito Administrativo Sancionador, justificada a partir da amplitude de atividades regulamentadas pelo Direito Administrativo e pelo dinamismo e constante necessidade de atualização da atividade administrativa³⁷, é possível que o tratamento inadequado de dados pessoais por agentes públicos seja legitimamente sancionado na esfera administrativa ou judicial.

Este é o caso, por exemplo, do servidor público federal que acessa banco de dados público e compartilha dados pessoais de cidadão com finalidade particular, buscando a satisfação de um interesse próprio ou de terceiro, alheio ao interesse público, sendo conduta que se amolda ao art. 117, IX, da Lei n. 8.112/1990, que dispõe ser proibido ao servidor público “valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”, passível, inclusive, de demissão, conforme art. 132, XIII.

Referido tipo infracional é propositadamente amplo, de forma a contemplar uma miríade de situações concretas que possam ser praticadas pelo servidor público capazes de ensejar conflito de interesses na atuação administrativa, haja vista ser impossível ao legislador prever todas as possíveis condutas conflitantes.

Assim, integrando-se os deveres impostos pela LGPD à Administração Pública e seus agentes, especialmente a finalidade pública do tratamento, às obrigações e proibições previstas em seus respectivos Estatutos, será admissível falar-se no possível cometimento de uma infração administrativa, que deverá ser apurada em processo administrativo disciplinar.

Além disso, a depender da gravidade da conduta praticada, é possível que o descumprimento aos deveres impostos pela LGPD configure o cometimento de ato de Improbidade Administrativa, nos termos da Lei n. 8.429/1992.

³⁶ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública. Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 71, p. 114-115, jan./jun. 2010.

³⁷ FÉO, Rebecca. *Direito administrativo sancionador e os princípios constitucionais penais: análise dos processos da ANP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 76-79.

É que os tipos previstos na Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que se insere no âmbito do Direito Administrativo Sancionador por expressa previsão do art. 1º, §4º, são dotados de textura aberta³⁸, conforme incidência do princípio da tipicidade administrativa, especialmente nos casos de atos que importem enriquecimento ilícito e que causam prejuízo ao erário tendo em vista o rol exemplificativo dos arts. 9º e 10, de modo a comportar grande quantidade de condutas, ainda que não previstas expressamente em seus incisos.

Desta forma, o agente público que, dolosamente, compartilha dado pessoal de um cidadão ou de outro agente público, extraído de um banco de dados público sem observar as finalidades públicas do tratamento de dados, motivado por razões particulares mediante o recebimento de uma vantagem patrimonial, cometerá infração à LGPD, praticando conduta típica amoldável ao art. 9º, *caput*, da LIA.

Por outro lado, caso o tratamento inadequado de dados pessoais pelo agente público, dolosamente praticado, importar em perda patrimonial efetiva e comprovada ao erário, como é o caso de condenação judicial da Administração Pública ao ressarcimento de danos causados pelo tratamento inadequado de dados realizado por agente público, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição da República, também será possível o enquadramento da conduta no art. 10, *caput*, da LIA.

Ademais, mesmo no caso do art. 11 da LIA, que versa sobre os atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública e possui rol taxativo após as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021, será possível o enquadramento do tratamento inadequado e doloso de dados pessoais pelo agente público às hipóteses dos incisos III e IV, que tratam, respectivamente, sobre o ato de revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como a negativa de publicidade a atos oficiais fora das hipóteses excepcionais previstas em lei.

Neste cariz, é dever do agente público informar as hipóteses de tratamento de dados pessoais ao titular dos dados, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, conforme art. 23, I, da LGPD.

Assim, a violação a este dever consiste em negativa de publicidade a ato oficial, razão pela qual, se dolosamente praticada, amolda-se ao tipo ímprobo descrito no art. 11, IV, da LIA, conforme foi expressamente reconhecido pelo STF no julgamento da ADI 6.649/DF e da ADPF 695/DF ao dispor que “a transgressão dolosa ao dever de publicidade estabelecido no art. 23, inciso I, da LGPD, fora das hipóteses constitucionais de sigilo, importará a responsabilização do agente estatal por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, inciso IV, da Lei 8.429/1992”.

³⁸ 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. 184.

5 Conclusão

Conforme observado, o nascimento da preocupação com o direito à proteção de dados pessoais possui íntima relação com o tratamento de dados realizado pela Administração Pública, que deve orientar esta atividade em consonância às finalidades públicas voltadas à satisfação de interesses sociais e à implementação de políticas públicas.

Em caso de tratamento inadequado de dados pessoais, a Administração Pública responderá objetivamente pelos danos causados ao titular, sem prejuízo da aplicação de sanções tanto sobre a entidade pública controladora ou operadora de dados, quanto sobre os agentes públicos envolvidos.

Referida responsabilização pessoal de agentes públicos ocorrerá no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, observados os princípios e garantias comuns do Direito Público Sancionador ao exercício do *jus puniendi* estatal no âmbito da proteção de dados pessoais, bem como a dupla finalidade do sancionamento: a repressão a comportamentos que violem o ordenamento jurídico e a indução de comportamentos adequados à LGPD, conforme caráter educativo da sanção administrativa.

Ainda, a aplicação de sanções administrativas sobre agentes públicos por descumprimento à LGPD decorre da incidência do princípio da legalidade e da tipicidade formal no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, caracterizado pela tipicidade aberta, o que permite amoldar condutas aos tipos objetivos previstos nos Estatutos dos Servidores Públicos, ensejando a apuração da responsabilidade através de devido processo administrativo disciplinar, e na Lei de Improbidade Administrativa, cuja efetiva configuração do ato ímprobo dependerá de processo judicial para a apuração da existência de conduta dolosa.

Assim, o tratamento adequado de dados pessoais pela Administração Pública demanda atenção dos órgãos de controle, no exercício de controle interno ou externo, bem como dos atores sociais em exercício do controle social, no qual se insere a atuação do IBDA, que contribui para o aperfeiçoamento do controle da Administração Pública há 50 anos e, especialmente em atenção à realidade da Administração Pública Digital, contribui para o estudo e aperfeiçoamento do controle do tratamento de dados pela Administração Pública.

É nesse contexto que a intersecção entre a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representa um campo de análise essencial para o aprimoramento da responsabilização no setor público, especialmente quando se trata de violações graves aos direitos dos titulares de dados. A crescente digitalização das atividades administrativas exige uma abordagem rigorosa quanto ao uso indevido de informações pessoais, garantindo que agentes públicos e terceiros envolvidos na gestão de dados sejam responsabilizados de maneira eficaz e proporcional. Assim, discutir e aprofundar a compreensão desse relacionamento normativo não apenas fortalece a proteção dos direitos fundamentais, mas também contribui para a construção de uma cultura de integridade e transparência, prevenindo abusos e assegurando que a administração pública atue em conformidade com os princípios da legalidade e da moralidade.

Referências

BESSA, Leonardo Roscoe. A Lei Geral de Proteção de Dados e o direito à autodeterminação informativa. *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-26/leonardo-bessa-lgpd-direito-autodeterminacao-informativa/>. Acesso em: 7 mar. 2025.

BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, v. 2, n. 11, p. 11-38, ago. 2014.

BURITI, Carlos Roberto. Holocausto e dados pessoais. *JOTA*, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/holocausto-e-dados-pessoais>. Acesso em: 6 mar. 2025.

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.

CAMARGO, Solano de. As sanções da LGPD e o Inferno de Dante. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, v. 39, n. 144, p. 220-225, nov. 2019.

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.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Volume I. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra S/A, 2002.

FÉO, Rebecca. *Direito administrativo sancionador e os princípios constitucionais penais*: análise dos processos da ANP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Luciano; ALMEIDA, Thiago Ferreira. Lei Geral de Proteção de Dados na experiência europeia. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados*: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 17-25.

FERREIRA, Daniel; SOUZA, Jéssica Jane de. Análise da aplicação da LGPD na Administração Pública brasileira. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 110, n. 1033, p. 21-42, nov. 2021.

FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Laura Schertel. Democracia, poder informacional e vigilância. *O Globo*, 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/fumus-boni-iuris/post/2022/08/laura-schertel-democracia-poder-informacional-e-vigilancia.ghtml>. Acesso em: 9 mar. 2025.

MENKE, Fabiano. As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa. *Migalhas*, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/335735/as-origens-alemas-e-o-significado-da-autodeterminacao-informativa>. Acesso em: 7 mar. 2025.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; PIRES, Mariana Ferreira da Cruz. Proteção de dados no direito administrativo sancionador. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 99-130, jan./mar. 2024.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PIRONTI, Rodrigo. O controlador de dados e a ausência de personalidade dos órgãos de Estado. *Consultor Jurídico*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/rodrigo-pironti-controlador-dados-orgaos-estado/>. Acesso em: 9 mar. 2025.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública. Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos. *Revista da Procuradora Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 71, p. 111-153, jan./jun. 2010.

REIS, Luciano Elias; LIPMANN, Rafael Knorr. A Administração Pública na Lei Geral de Proteção de Dados. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 167-178.

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.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZARDO, Francisco. Responsabilidades e sanções administrativas na LGPD. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 105-120.

ZILIOTTO, Mirela Miró; GREGGIO, Felipe. Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a responsabilidade extracontratual do Estado no tratamento de dados pessoais. In: PIRONTI, Rodrigo (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados: estudos sobre um novo cenário de Governança Corporativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 179-199.

ZILIOTTO, Mirela Miró; PIRONTI, Rodrigo. A LGPD e o tratamento de dados pela Administração Pública. *Consultor Jurídico*, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-18/publico-pragmatico-lgpd-tratamento-dados-administracao-publica2/>. Acesso em: 9 mar. 2025.

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

TRANSMONTANO, João Pedro Teixeira; PIRONTI, Rodrigo. A proteção de dados pessoais na administração pública e a responsabilização de agentes públicos: diálogos entre a LGPD e a Lei de Improbidade Administrativa. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 503-517. ISBN 978-85-450-0925-2.

DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: AVANÇOS DO GOVERNO DIGITAL BRASILEIRO

VIVIAN CRISTINA LIMA LOPEZ VALLE

Professora Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná,
com estágio de pesquisa na Universidade de Coimbra, em Portugal.
Pós-Doutora na Universitat Rovira i Virgili, na Espanha.

JÉSSICA GARCIA DA SILVA MACIEL

Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Caxias do Sul.
Professora e Advogada junto ao Grupo Cognia.
Mestra em Direito pela Universidade de Caxias do Sul.
Doutoranda em Direito pela PUCPR.

Sumário: 1 Introdução. 2 Desafios e Benefícios da Transformação Digital dos Serviços Públicos.
3 O Governo Digital Brasileiro. 4 Considerações Finais. Referências.

1 Introdução

A transformação digital dos serviços públicos tem se consolidado como um dos principais vetores de modernização da administração pública. No Brasil, a digitalização dos processos administrativos tem sido impulsionada por marcos regulatórios como a Estratégia Federal de Governo Digital (EFGD), que visa a simplificação e eficiência no atendimento ao cidadão. O tema deste estudo se insere nesse contexto, explorando as potencialidades e desafios que acompanham essa transição tecnológica.

A delimitação do estudo foca nas iniciativas de digitalização dos serviços públicos brasileiros, considerando as plataformas Gov.br, a automação de processos administrativos e os impactos da inclusão digital na população. O problema investigado reside na dualidade entre avanços tecnológicos e os desafios decorrentes da exclusão digital, segurança de dados e resistência à adoção de novas ferramentas.

O objetivo do artigo é analisar a evolução do governo digital no Brasil e seus reflexos na gestão pública e na prestação de serviços. Para tanto, os objetivos incluem, em um primeiro momento, examinar os benefícios e desafios da transformação digital dos serviços públicos. No momento seguinte, avaliar os avanços realizados pelo governo brasileiro no que diz respeito à transformação digital dos serviços públicos.

O estudo baseia-se em uma revisão documental de normativas governamentais e relatórios institucionais, buscando compreender os impactos da digitalização na eficiência administrativa e na transparência governamental. Ao longo do artigo, serão discutidos os desafios enfrentados, as perspectivas para o aprimoramento das estratégias digitais e os avanços obtidos no Brasil com a transformação digital.

2 Desafios e benefícios da transformação digital dos serviços públicos

A transformação digital dos serviços públicos configura uma modificação profunda e multifacetada que vem remodelando a forma como o Estado interage com os cidadãos e como os serviços essenciais são prestados à população. A transformação digital pode ser entendida como a integração da tecnologia aos processos de negócio, resultando na reestruturação da forma como as atividades são conduzidas, comunicadas e desenvolvidas. De maneira geral, esse fenômeno ocorre a partir de uma mudança impulsionada por tecnologias da informação com potencial transformador.¹

Essa transformação tem sido acelerada nos últimos anos, em grande parte impulsionada pela necessidade de modernizar a gestão pública e pela urgência de se adaptar a cenários emergentes, como o da pandemia de covid-19, que expôs fragilidades e evidenciou a importância de sistemas digitais eficientes para a continuidade dos serviços. A adoção de tecnologias digitais em áreas como transporte, energia, saneamento e conectividade tem potencial para reduzir custos operacionais, aumentar a velocidade na prestação de serviços e ampliar a transparência, ao mesmo tempo em que cria oportunidades de inclusão social e econômica para segmentos historicamente marginalizados.²

Nesse cenário, os benefícios advindos da transformação digital dos serviços públicos são numerosos e multifacetados. Primeiramente, a integração de sistemas digitais permite uma gestão mais eficiente dos recursos públicos, possibilitando a coleta e análise de grandes volumes de dados em tempo real. Essa capacidade de monitoramento e de tomada de decisão baseada em dados contribui para a melhoria dos serviços ofertados, já que permite identificar problemas de forma mais rápida e direcionar recursos de maneira mais estratégica. Por exemplo, em sistemas de transporte urbano, a utilização de sensores e aplicativos integrados possibilita o monitoramento do fluxo de veículos, a otimização de rotas e a melhoria da mobilidade, reduzindo congestionamentos e proporcionando uma experiência mais eficiente para os usuários. Da mesma forma, na área de energia,

¹ MOZINI, Marcio de Feritas *et al.* Ampliação da prestação de serviços públicos a partir da transformação digital: estudo de caso do Portal consumidor.gov. *Revista dos Mestrados Profissionais*, v. 12, n. 1, 2023.

² STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

as redes inteligentes podem ajustar automaticamente a distribuição de energia de acordo com a demanda, evitando desperdícios e promovendo a sustentabilidade energética.³

Outro aspecto importante dos benefícios da transformação digital é a potencial redução dos custos operacionais e o aumento da transparência na gestão pública. A automação de processos e a integração de dados entre diferentes setores do governo permitem eliminar redundâncias, reduzir a burocracia e minimizar erros humanos, o que resulta em maior eficiência administrativa e economia de recursos. Além disso, a transparência promovida por sistemas digitais facilita o acesso dos cidadãos às informações sobre a gestão pública, contribuindo para a prestação de contas e o fortalecimento da democracia. A possibilidade de acompanhar, em tempo real, os investimentos e a aplicação dos recursos públicos gera um ambiente de maior confiança e participação, incentivando a sociedade a exercer seu papel fiscalizador.⁴

Contudo, apesar dos inúmeros benefícios, a transformação digital dos serviços públicos também enfrenta desafios significativos que precisam ser cuidadosamente gerenciados para que os avanços tecnológicos não se tornem fonte de novas desigualdades. Um dos principais desafios é a exclusão digital, que reflete as desigualdades socioeconômicas já existentes na sociedade. Em muitos municípios e regiões, especialmente em áreas remotas ou de menor desenvolvimento, a infraestrutura necessária para o acesso à internet e a dispositivos digitais ainda é precária. Essa disparidade impede que parte da população se beneficie plenamente dos serviços digitais, criando uma divisão entre aqueles que têm acesso às tecnologias e aqueles que permanecem à margem dessa revolução. A exclusão digital não se limita apenas à infraestrutura, mas também envolve a falta de alfabetização digital, ou seja, a incapacidade de utilizar as ferramentas tecnológicas de forma eficaz, o que dificulta a participação plena dos cidadãos na sociedade digital.⁵

Além da exclusão digital, a implementação de sistemas automatizados para a gestão de serviços públicos levanta questões relativas à privacidade e à segurança dos dados. A centralização e a integração de grandes volumes de informações pessoais em plataformas digitais aumentam o risco de vazamentos, ciberataques e usos indevidos desses dados. Embora os sistemas digitais prometam maior transparência e eficiência, eles também podem se tornar alvos de hackers ou ser manipulados para fins que violem os direitos individuais dos cidadãos. Portanto, é fundamental que a transformação digital seja acompanhada de robustos mecanismos de segurança cibernética e de uma legislação que proteja a privacidade e os dados pessoais, garantindo que os avanços tecnológicos não comprometam os direitos fundamentais.⁶

Outro desafio importante é a potencial disseminação de vieses e erros nos sistemas automatizados de tomada de decisão. A utilização de algoritmos e inteligência artificial para a avaliação de elegibilidade a benefícios e para a prestação de serviços pode resultar em decisões tendenciosas se os dados utilizados não refletirem de forma precisa a

³ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

⁴ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

⁵ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

⁶ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

diversidade da população. Estudos apontam que, em alguns casos, os modelos preditivos podem reproduzir ou até amplificar desigualdades já existentes, especialmente se os algoritmos não forem devidamente calibrados para considerar as particularidades de grupos historicamente marginalizados. Por exemplo, se um sistema digital for utilizado para determinar a alocação de recursos em programas de assistência social, há o risco de que indivíduos que não se enquadrem nos perfis estabelecidos sejam indevidamente excluídos dos benefícios, o que agravaria as desigualdades socioeconômicas.⁷

Outro benefício significativo da transformação digital é a possibilidade de melhorar a gestão dos serviços públicos por meio da integração de dados. A centralização de informações provenientes de diversas áreas – como saúde, educação, transporte e segurança – permite uma análise mais abrangente dos problemas urbanos e a formulação de políticas públicas mais eficazes e direcionadas. Essa abordagem baseada em dados pode contribuir para a identificação de padrões e para a antecipação de demandas, possibilitando que o Estado atue de forma preventiva e eficiente na resolução de problemas. Por outro lado, essa integração de dados também impõe a necessidade de se estabelecer protocolos rigorosos de segurança e privacidade, de forma a evitar a exposição indevida de informações sensíveis e a garantir a confiança dos cidadãos nos sistemas digitais.⁸

Em termos de impacto econômico, a transformação digital dos serviços públicos pode promover uma maior inclusão financeira e o empoderamento de grupos tradicionalmente marginalizados. A transformação digital dos pagamentos sociais, por exemplo, tem se mostrado uma estratégia eficaz para reduzir custos, aumentar a velocidade das transações e ampliar o acesso a benefícios, especialmente para mulheres e pessoas de baixa renda. Estudos indicam que a transição para sistemas digitais de pagamentos pode gerar ganhos significativos em termos de eficiência e transparência, além de contribuir para a redução da evasão e da corrupção. No entanto, esses ganhos econômicos dependem de uma implementação cuidadosa, que leve em consideração as condições locais e as necessidades específicas de cada comunidade.⁹

Os desafios e benefícios da transformação digital dos serviços públicos se inter-relacionam de maneira complexa. As cidades inteligentes dependem da integração de diversas tecnologias – como sensores, internet das coisas, inteligência artificial e big data – para criar sistemas urbanos mais eficientes, sustentáveis e inclusivos. No entanto, a implementação desses sistemas exige uma infraestrutura robusta e uma coordenação eficaz entre diferentes níveis de governo e setores privados. Por exemplo, a implantação de redes inteligentes para a gestão de energia e água pode reduzir significativamente os custos operacionais e melhorar a qualidade dos serviços prestados, mas requer investimentos substanciais em infraestrutura e tecnologia. Sem um planejamento estratégico adequado, há o risco de que os benefícios se concentrem em áreas mais privilegiadas, aprofundando as desigualdades entre diferentes regiões da cidade.¹⁰

⁷ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Editioa Unoesc, 2023. p. 1-45.

⁸ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

⁹ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

¹⁰ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

Em síntese, a transformação digital dos serviços públicos representa uma oportunidade histórica para transformar a gestão pública e promover o bem-estar social, ao mesmo tempo em que impõe desafios significativos relacionados à exclusão digital, à segurança dos dados e às desigualdades socioeconômicas. O equilíbrio entre os benefícios e os riscos dessa transformação depende de uma abordagem integrada e inclusiva, que combine investimentos em tecnologia com políticas públicas robustas e um ambiente regulatório transparente. O sucesso dessa transição exige não apenas a adoção de novas tecnologias, mas também um compromisso governamental com a promoção da equidade e da inclusão, assegurando que os avanços tecnológicos sejam usados para reduzir, e não para aprofundar, as desigualdades existentes.¹¹

Apenas por meio de uma abordagem integrada e estratégica será possível transformar as promessas das Smart Cities em realidade, garantindo que a transformação digital dos serviços públicos contribua efetivamente para a construção de uma sociedade mais justa, eficiente e democrática. A análise dos desafios e benefícios dessa transformação permitiu compreender como a inovação tecnológica pode fortalecer a relação entre governo e cidadãos, otimizando processos e tornando o atendimento mais ágil, acessível e inclusivo. A seguir, será aprofundado o estudo sobre a transformação digital dos serviços públicos no governo brasileiro, explorando as estratégias, iniciativas e políticas adotadas para modernizar a administração pública. Serão examinadas as formas como a digitalização tem sido implementada no Brasil, seus impactos, avanços e os desafios que ainda precisam ser superados para consolidar uma governança digital eficaz e acessível a todos.

3 O governo digital brasileiro

A transformação digital dos serviços públicos também tem o potencial de transformar a forma como os cidadãos interagem com o Estado. A criação de plataformas digitais integradas permite que os usuários acessem uma variedade de serviços – desde o pagamento de contas e a solicitação de documentos até a participação em consultas públicas e o acompanhamento de políticas governamentais, de maneira rápida e eficiente. Esse modelo de gestão digital pode facilitar a inclusão e a participação cidadã, promovendo uma maior transparência e um controle social mais efetivo sobre as ações do governo. Contudo, para que essa transformação seja bem-sucedida, é necessário que os sistemas digitais sejam desenvolvidos com base em princípios de acessibilidade e usabilidade, garantindo que todos os cidadãos, independentemente de sua idade, nível educacional ou condição socioeconômica, possam utilizá-los com facilidade.¹²

Para enfrentar os desafios associados à transformação digital, os governos precisam desenvolver estratégias integradas que envolvam a modernização da infraestrutura, a capacitação de recursos humanos e a criação de um ambiente regulatório favorável à inovação, mas que também proteja os direitos dos cidadãos. A implementação de

¹¹ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

¹² STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

políticas de inclusão digital é fundamental para garantir que todos os segmentos da população tenham acesso às tecnologias e possam participar ativamente da transformação digital. Isso inclui investimentos em infraestrutura de telecomunicações, programas de alfabetização digital e incentivos para a adoção de tecnologias em áreas mais vulneráveis.¹³

Ademais, a regulação dos sistemas digitais e a transparência na utilização dos dados são aspectos cruciais para evitar abusos e garantir a proteção dos direitos individuais. A criação de marcos regulatórios específicos para a transformação digital dos serviços públicos pode ajudar a estabelecer normas claras sobre a coleta, o armazenamento e o uso dos dados, bem como definir responsabilidades para os órgãos públicos e privados envolvidos. Essa regulação é fundamental para evitar a concentração de poder nas mãos de poucos atores e para garantir que os sistemas automatizados de decisão sejam auditáveis e sujeitos a revisões periódicas.¹⁴

É importante lembrar que a transformação digital implica uma mudança radical nos modelos tradicionais de interação entre o Estado e os cidadãos. A migração para plataformas digitais, a implementação de autoatendimento por meio de interfaces e a utilização de canais virtuais para a prestação de serviços públicos exigem não apenas uma atualização tecnológica, mas também uma mudança cultural e comportamental por parte dos usuários. Para muitos cidadãos, especialmente aqueles que não estão habituados a lidar com sistemas digitais, essa transição pode ser desafiadora e até gerar desconfiança em relação à eficácia e à segurança dos novos modelos de prestação de serviços. Assim, é essencial que os governos invistam em programas de educação e capacitação digital, de forma a preparar a população para essa nova realidade e a garantir que todos tenham a oportunidade de se beneficiar dos avanços tecnológicos.¹⁵

A melhoria dos serviços públicos por meio de ferramentas digitais ocorre tanto pela digitalização quanto pela transformação nos padrões de governança. A transformação digital envolve a adoção de sistemas de automação, nos quais os serviços são reestruturados para permitir sua execução de forma automatizada, sem a necessidade de interação humana direta. Além disso, a implementação de sistemas digitais amplia a capacidade de entrega dos serviços, incorporando tecnologias como *machine learning* para aprimorar continuamente a experiência do usuário.¹⁶

O uso dessas ferramentas também auxilia as organizações na gestão de desafios relacionados a interrupções, concorrência e incentivos, resultando em mudanças organizacionais impulsionadas por transformações na sociedade civil e pelo posicionamento político e institucional dos gestores públicos. A governança digital, nesse contexto, pode contribuir para a integração de serviços em plataformas unificadas e para a reengenharia de processos, tornando os governos mais ágeis e adaptáveis às mudanças

¹³ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

¹⁴ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

¹⁵ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

¹⁶ PALOTTI, Pedro Lucas de Moura; FILGUEIRAS, Fernando; NASCIMENTO, Mariclene Isáira Baía do. *Policy Design e Múltiplas Evidências: proposta analítica da dinâmica da política de transformação digital dos serviços públicos da administração pública federal brasileira*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

sociais. Além disso, a digitalização permite uma abordagem mais centrada no usuário, promovendo a entrega de serviços públicos com maior eficiência e produtividade.¹⁷

Para mais, a disseminação dos meios de comunicação baseados na Internet, como sites e redes sociais, tem empoderado os cidadãos e elevado suas expectativas em relação à eficiência dos serviços públicos, que, cada vez mais, são desenvolvidos a partir de soluções digitais. Do ponto de vista governamental, a busca por maior economicidade e agilidade no atendimento ao público impulsiona o planejamento e a implementação de estratégias de Governo Digital.¹⁸

No entanto, para que uma estratégia de Governo Digital seja eficaz, é essencial garantir o engajamento e a participação ativa dos cidadãos, desde a formulação das políticas públicas até o fornecimento de informações em tempo hábil, tornando os serviços mais assertivos. A transformação digital no setor público envolve a digitalização de serviços, incluindo aqueles que já foram informatizados, mas que ainda operam com base na automatização de processos originalmente analógicos.¹⁹

Além disso, essa transformação pode ser vista como um processo de adaptação cultural, no qual indivíduos, equipes e organizações gradualmente migram de estruturas analógicas para plataformas digitais. Nesse contexto, tanto as tecnologias digitais quanto a participação ativa da sociedade desempenham um papel fundamental na modernização dos serviços públicos.²⁰

Em âmbito nacional, a transformação digital na administração pública consiste na implantação de ferramentas de governo digital nos serviços oferecidos pelos órgãos da administração pública federal direta, autárquica e funcional. Essa modernização busca integrar tecnologias inovadoras para tornar os serviços públicos mais eficientes e acessíveis. A principal meta da transformação digital é possibilitar que os usuários dos serviços públicos possam realizar suas demandas junto aos diversos órgãos da administração pública por canais digitais. Isso deve ocorrer de forma simplificada, segura e acessível, garantindo o compromisso com a melhoria contínua da qualidade e a redução da burocracia.²¹

A transformação digital na administração pública está amparada por diversas normativas e estratégias governamentais. Entre os principais marcos regulatórios estão o Decreto n. 10.332/2020, que define a Estratégia de Governo Digital e estabelece

¹⁷ PALOTTI, Pedro Lucas de Moura; FILGUEIRAS, Fernando; NASCIMENTO, Mariclene Isaíra Baía do. *Policy Design e Múltiplas Evidências: proposta analítica da dinâmica da política de transformação digital dos serviços públicos da administração pública federal brasileira*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

¹⁸ LOURENÇO ANDRADE, C. W.; CAVALCANTE DE SOUZA, R. A. Transformação digital no governo: um levantamento das práticas e métodos centrados no envolvimento dos cidadãos. *Anais do Congresso Internacional de Conhecimento e Inovação – ciki*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2020. Disponível em: <https://proceeding.ciki.ufsc.br/index.php/ciki/article/view/863>. Acesso em: 15 jan. 2025.

¹⁹ LOURENÇO ANDRADE, C. W.; CAVALCANTE DE SOUZA, R. A. Transformação digital no governo: um levantamento das práticas e métodos centrados no envolvimento dos cidadãos. *Anais do Congresso Internacional de Conhecimento e Inovação – ciki*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2020. Disponível em: <https://proceeding.ciki.ufsc.br/index.php/ciki/article/view/863>. Acesso em: 15 jan. 2025.

²⁰ LOURENÇO ANDRADE, C. W.; CAVALCANTE DE SOUZA, R. A. Transformação digital no governo: um levantamento das práticas e métodos centrados no envolvimento dos cidadãos. *Anais do Congresso Internacional de Conhecimento e Inovação – ciki*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2020. Disponível em: <https://proceeding.ciki.ufsc.br/index.php/ciki/article/view/863>. Acesso em: 15 jan. 2025.

²¹ GOVERNO FEDERAL. *Transformação Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2025.

diretrizes para a digitalização de serviços e a modernização da gestão pública; o Decreto n. 9.319/2018 (Anexo I), que dispõe sobre a estruturação de serviços digitais, reforçando a necessidade de utilização de tecnologia para aprimorar o atendimento ao cidadão; e o Decreto n. 8.936/2016, que institui a Plataforma de Cidadania Digital, criando um ambiente unificado para a prestação de serviços públicos eletrônicos. Com a implementação dessas medidas, espera-se aumentar a eficiência e a transparência da gestão pública, promovendo maior satisfação dos cidadãos e uma administração mais moderna e responsiva às necessidades da população.²²

O governo federal já iniciou a implementação do processo de estratégias e governança digital, de competência do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (Sisp) e da Secretaria de Governo Digital. Entre suas agendas de planejamento estratégico se pode referenciar a Estratégia Nacional de Governo Digital e a Estratégia Federal de Governo Digital (EFGD).²³

A Estratégia Nacional de Governo Digital (ENGD) é um conjunto de recomendações estratégicas que tem como objetivo articular e direcionar as iniciativas de governo digital entre todos os entes federados, ampliando e simplificando o acesso do cidadão aos serviços públicos. Seu propósito principal é promover a transformação digital do setor público, aprimorando a eficiência, a transparência, a acessibilidade e o impacto positivo dos serviços governamentais. Além disso, busca fortalecer a participação cidadã, impulsionar a inovação tecnológica e criar uma administração pública mais moderna, ágil e centrada no cidadão.²⁴

A ENGD está prevista na Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021 (Lei do Governo Digital), e foi elaborada sob a coordenação da Secretaria de Governo Digital a partir de um amplo processo participativo, envolvendo diversos parceiros e atores municipais, estaduais, distritais e do governo federal, além da sociedade civil, consolidando uma visão colaborativa da transformação digital no governo. O Decreto n. 12.069, de 21 de junho de 2024, formaliza a estratégia, enquanto a Portaria SGD/MGI n. 4.248, de 26 de junho de 2024, estabelece recomendações para alcançar os objetivos delineados para o período de 2024 a 2027.²⁵

A Lei n. 14.129/2021 representa um instrumento fundamental para a implementação da Estratégia de Governo Digital no período de 2020 a 2022. A digitalização dos serviços públicos, quando realizada em conformidade com os princípios e objetivos dessa estratégia e considerando a inclusão dos chamados “excluídos digitais”, tem o potencial de aprimorar a qualidade do serviço público, ampliar sua universalização e fortalecer a interação entre a administração pública e os cidadãos que utilizam serviços digitais.²⁶

²² GOVERNO FEDERAL. *Transformação Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2025.

²³ GOVERNO FEDERAL. *Estratégia Nacional de Governo Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/estrategianacional>. Acesso em: 20 jan. 2025.

²⁴ GOVERNO FEDERAL. *Estratégia Nacional de Governo Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/estrategianacional>. Acesso em: 20 jan. 2025.

²⁵ GOVERNO FEDERAL. *Estratégia Nacional de Governo Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/estrategianacional>. Acesso em: 20 jan. 2025.

²⁶ RECK, Janriê Rodrigues; HÜBNER, Bruna Henrique. A transformação digital do Estado: digitalização do governo e dos serviços públicos no Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 16, n. 3, 3º quadrimestre de 2021.

De outra banda, a Estratégia Federal de Governo Digital (EFGD) tem como objetivo principal promover a eficiência e aprimorar a governança digital do Governo Federal. Desde sua primeira edição, a EFGD tem sido essencial para orientar as ações governamentais voltadas à transformação digital. A nova versão da estratégia consolida e amplia os avanços alcançados, incorporando elementos fundamentais como inclusão, direitos humanos e sustentabilidade.²⁷

A EFGD 2024-2027 estabelece um marco na jornada do governo brasileiro rumo a um futuro digital mais transparente e participativo. Sua estrutura está fundamentada em seis princípios essenciais que sustentam a transformação digital do governo. Cada princípio está associado a objetivos estratégicos, que se desdobram em iniciativas específicas. Essas iniciativas possuem metas claras e mensuráveis, garantindo um acompanhamento preciso do progresso e assegurando que as entregas sejam realizadas de maneira eficiente e transparente.²⁸

A estrutura da EFGD 2024-2027 conta com seis princípios, 16 objetivos estratégicos e 93 iniciativas, concebidos para garantir uma abordagem integrada e eficaz na modernização dos serviços públicos. O desenvolvimento da estratégia envolveu a participação de diversos gestores públicos por meio de escritórios, consultas públicas e outras formas de colaboração, assegurando um processo inclusivo e representativo.²⁹

Sob a coordenação da Secretaria de Governo Digital, a EFGD representa um avanço significativo para a modernização dos serviços públicos no Brasil. Sua formalização ocorreu por meio do Decreto n. 12.198, de 24 de setembro de 2024, que também institui a Infraestrutura Nacional de Dados. Além disso, a Portaria SGD/MGI n. 6.618, de 25 de setembro de 2024, estabelece os princípios, objetivos e iniciativas da estratégia, além de definir a composição do Comitê de Governança Digital.³⁰

A Estratégia Federal de Governo Digital (EFGD) e a Estratégia Nacional de Governo Digital (ENGD) são iniciativas complementares que visam modernizar a prestação de serviços públicos no Brasil por meio da digitalização. Embora tenham escopos e abordagens distintas, as duas estratégias compartilham o objetivo de promover um governo mais eficiente e transparente, centrado nas necessidades dos cidadãos. Enquanto a ENGD traz diretrizes para a modernização digital em nível federal, estadual e municipal, a EFGD foca nas ações de transformação digital do Governo Federal. Essas estratégias se complementam ao promover uma administração pública mais moderna, ágil, centrada no cidadão e integrada, buscando melhorar a qualidade dos serviços públicos em todas as esferas governamentais do Brasil.³¹

²⁷ GOVERNO FEDERAL. *Estratégia Federal de Governo Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/EFGD>. Acesso em: 20 jan. 2025.

²⁸ GOVERNO FEDERAL. *Estratégia Federal de Governo Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/EFGD>. Acesso em: 20 jan. 2025.

²⁹ GOVERNO FEDERAL. *Estratégia Federal de Governo Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/EFGD>. Acesso em: 20 jan. 2025.

³⁰ GOVERNO FEDERAL. *Estratégia Federal de Governo Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/EFGD>. Acesso em: 20 jan. 2025.

³¹ GOVERNO FEDERAL. *EFGD e ENGD*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/EFGD/EFGD-e-ENGD>. Acesso em: 20 jan. 2025.

Na intersecção entre a Estratégia Federal de Governo Digital (EFGD) e a Estratégia Nacional de Governo Digital (ENGD) encontra-se um conjunto de princípios orientadores fundamentais para o sucesso e a eficácia da transformação digital no setor público. Esses princípios servem como alicerce para iniciativas que gerem políticas públicas inteligentes, eficazes, seguras, inclusivas e sustentáveis.³²

Esses princípios são a espinha dorsal de uma abordagem prática que visa promover uma governança responsiva e centrada no cidadão. Ao focar em desenvolvimento sustentável, transparência, inclusão digital e proatividade, tanto a EFGD quanto a ENGD reconhecem que a tecnologia e a inovação devem servir a todos. Assim, essa convergência de princípios representa um roteiro essencial para orientar iniciativas públicas voltadas à inclusão e sustentabilidade digital, garantindo eficiência e transparência na administração pública.³³

A Estratégia Federal de Governo Digital (EFGD) estabelece que os órgãos e entidades devem desenvolver instrumentos de planejamento específicos para alcançar os objetivos e iniciativas da transformação digital no setor público. Dentre esses instrumentos, destaca-se o Plano de Transformação Digital (PTD), que tem como principal finalidade auxiliar na execução de ações alinhadas às diretrizes da EFGD. Com isso, busca-se aprimorar a eficiência, a transparência e a acessibilidade dos serviços prestados, promovendo a inovação e a simplificação de processos administrativos.³⁴

O PTD é um instrumento essencial de planejamento e pactuação para a implementação de ações de governo digital pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, autárquica e fundacional. Esse plano é elaborado em conjunto com a Secretaria de Governo Digital e a Secretaria-Executiva do Ministério da Gestão e Inovação (MGI), visando garantir a modernização dos serviços públicos e a ampliação do acesso digital para a sociedade.³⁵

Atualmente, o PTD é pactuado entre o órgão proponente, representado pelo Secretário-Executivo da Pasta ou representante equivalente a depender da instituição, a Secretaria-Executiva (SE/MGI) e a Secretaria de Governo Digital (SGD/MGI), ambas do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. O PTD é condição para que a SGD apoie, de forma estruturada, os órgãos e entidades federais no avanço da transformação digital dos serviços voltados aos cidadãos.³⁶

Assim, é importante que o gestor federal observe se o órgão ou entidade que representa possui Plano de Transformação Digital (PTD) pactuado com a SGD. A SGD apoia órgãos e entidades na elaboração do seu PTD por meio da Coordenação-Geral de Relacionamento e Parcerias (CGREP). Essa Coordenação dispõe de uma equipe com olhar voltado a conectar a visão de governo que busca ofertar serviços públicos cada vez

³² GOVERNO FEDERAL. *EFGD e ENGD*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/EFGD/EFGD-e-ENGD>. Acesso em: 20 jan. 2025.

³³ GOVERNO FEDERAL. *EFGD e ENGD*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/EFGD/EFGD-e-ENGD>. Acesso em: 20 jan. 2025.

³⁴ GOVERNO FEDERAL. *Plano de Transformação Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/planos-de-transformacao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2025.

³⁵ GOVERNO FEDERAL. *Plano de Transformação Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/planos-de-transformacao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2025.

³⁶ GOVERNO FEDERAL. *Plano de Transformação Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/planos-de-transformacao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2025.

mais qualificados para as pessoas com o portfólio que a SGD disponibiliza para apoiar os órgãos nessa missão.³⁷

Por meio do PTD, espera-se que a administração pública avance significativamente na digitalização de seus serviços, melhorando a experiência do cidadão e garantindo maior integração entre as diversas esferas do governo. Assim, o Plano de Transformação Digital se torna um pilar fundamental para a modernização da gestão pública no Brasil.³⁸

Para promover a transformação dos serviços públicos, diversas ferramentas e soluções estão disponíveis, sempre orientadas pela perspectiva dos cidadãos e empresas, com foco na simplificação e na oferta de serviços por meio de canais digitais. São elas: o *design system*, a central de qualidade, o modelo de custos de serviços públicos, a automação de serviços, a pesquisa com usuários, o Portal da Assinatura Eletrônica, o VLibras e os acordos de cooperação.³⁹

O *design system* apresenta padrões de interface que devem ser seguidos por designers e desenvolvedores para garantir uma experiência única na interação com os sistemas interativos da administração pública federal. Essa iniciativa surgiu da necessidade de oferecer uma experiência coesa ao cidadão ao acessar produtos e serviços públicos, aumentando a eficiência e previsibilidade na utilização dos diferentes sistemas. O *design system* não é um projeto, mas um produto que serve como referência para novos produtos, interfaces e funcionalidades governamentais.⁴⁰

A central de qualidade, representada pelo Laboratório de Qualidade de Serviços Públicos do governo digital federal (LabQ), impulsiona gestores públicos a repensar a forma de oferecer serviços à sociedade com foco na qualidade e no usuário. Esse espaço integrativo aproxima o cidadão do governo digital, proporcionando boas práticas, materiais orientadores, metodologias e ferramentas para a melhoria dos serviços públicos digitais. A missão da central de qualidade é iniciar uma jornada conjunta para a construção de um governo digital mais próximo da sociedade.⁴¹

O modelo de custos de serviços públicos busca medir e quantificar, além dos encargos administrativos, os custos ocultos decorrentes da utilização dos serviços públicos. Com isso, torna-se possível identificar e priorizar medidas para reduzir os encargos sobre os usuários. O levantamento dos serviços e das etapas necessárias para sua prestação possibilita a elaboração de questionários para mapear custos como deslocamento, tempo de espera e pagamento de taxas, subsidiando o cálculo dos custos dos usuários dos serviços prestados por cada órgão público.⁴²

A automação de serviços abrange plataformas e soluções digitais do governo federal, facilitando o acesso aos serviços públicos e tornando-os mais eficientes. Por meio

³⁷ GOVERNO FEDERAL. *Plano de Transformação Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/planos-de-transformacao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2025.

³⁸ GOVERNO FEDERAL. *Plano de Transformação Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/planos-de-transformacao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2025.

³⁹ GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

⁴⁰ GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

⁴¹ GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

⁴² GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

do Portal Gov.br, são disponibilizadas ferramentas de identificação e assinatura digital, integração de sistemas e acessibilidade, impulsionando a oferta ágil e segura de serviços digitais para a sociedade. Entre os benefícios estão a redução do prazo de atendimento, eliminação de deslocamentos e filas, transparência no acompanhamento dos serviços e custo zero para os órgãos públicos ao longo do processo. Um exemplo claro dessa transformação é o serviço de seguro-desemprego, que antes exigia comparecimento presencial e burocracia, mas agora pode ser acessado totalmente online pelo portal Gov.br ou pelo aplicativo da Carteira de Trabalho Digital.⁴³

A pesquisa com usuários é um serviço oferecido pela Secretaria de Governo Digital para compreender as experiências dos cidadãos com os serviços públicos digitais, identificar dificuldades e encontrar oportunidades de melhoria. Utilizando metodologias como entrevistas, testes de usabilidade, observação, *surveys*, grupos focais e oficinas, essa pesquisa ajuda a tornar os sistemas e serviços públicos digitais mais intuitivos e acessíveis. A análise dos dados coletados gera recomendações para melhorias e acompanha sua implementação.⁴⁴

O Portal da Assinatura Eletrônica permite a assinatura digital de documentos a partir da conta Gov.br, garantindo validade jurídica conforme o Decreto n. 10.543/2020 (alterado pelo Decreto n. 10.900/2021). Esse serviço está disponível para cidadãos com conta Gov.br nível prata ou ouro, eliminando a necessidade de assinaturas físicas e otimizando processos administrativos.⁴⁵

O VLibras é uma ferramenta de tradução automática que torna computadores, celulares e plataformas Web mais acessíveis para pessoas surdas. Desenvolvido em parceria entre o Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos, o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania e a Universidade Federal da Paraíba, o VLibras permite que conteúdos multimídia sejam acessíveis na língua natural de comunicação dos usuários, promovendo a inclusão digital.⁴⁶

O governo federal também celebra acordos de cooperação para ampliar o acesso dos cidadãos aos serviços públicos, incluindo parcerias com a Associação Brasileira de Bancos (ABBC), a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Correios). Esses acordos visam otimizar e facilitar o acesso a serviços essenciais, garantindo maior eficiência na prestação de serviços públicos digitais.⁴⁷

Para além dessas ferramentas, existem plataformas compartilhadas de Governo Digital, que são essenciais para a modernização e integração dos serviços públicos, proporcionando maior acessibilidade, eficiência e transparência na relação entre o Estado e a sociedade. São elas: o Gov.br, a Autenticação Gov.br, o Conecta Gov.br, a Notifica Gov.br, a Galeria de Aplicativos, o Fala.br, o Participa + Brasil, o Portal de Compras do

⁴³ GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

⁴⁴ GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

⁴⁵ GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

⁴⁶ GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

⁴⁷ GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

Governo Federal, o Transferegov.br, o Consumidor.gov.br, o Portal Brasileiro de Dados Geoespaciais e a Unificação de Canais.

O Gov.br funciona como uma plataforma única que centraliza os serviços digitais do governo federal, enquanto a Autenticação Gov.br garante um acesso seguro e unificado aos sistemas públicos. Para facilitar a comunicação entre órgãos, o Conecta.gov.br promove a integração entre diferentes sistemas governamentais, e o Notifica.gov.br permite o envio de notificações oficiais para cidadãos e empresas.⁴⁸

Além disso, a Galeria de Aplicativos reúne soluções digitais do governo disponíveis para a população, enquanto o Fala.br e o Participa + Brasil fortalecem a participação social por meio de canais de ouvidoria e engajamento em políticas públicas. No âmbito administrativo, o Portal de Compras do Governo Federal centraliza processos de aquisição governamental, e o Transferegov.br facilita a gestão e o acompanhamento de transferências de recursos federais.⁴⁹

Para garantir os direitos dos cidadãos, o Consumidor.gov.br serve como um canal de resolução de conflitos entre consumidores e empresas, enquanto o Portal Brasileiro de Dados Geoespaciais disponibiliza informações geográficas para análise e planejamento de políticas públicas. Por fim, a Unificação de Canais busca padronizar e centralizar os meios de atendimento digital, tornando o acesso aos serviços mais intuitivo e eficiente.

O setor govtech está se tornando um dos mais relevantes no cenário digital global, com projeções indicando que poderá alcançar um valor de mercado de US\$ 1 trilhão até 2025, crescendo a uma taxa anual de 15%. Esse ritmo de crescimento posiciona o segmento atrás apenas do mercado *Business to Consumer* (B2C), avaliado em US\$6,37 trilhões. Segundo a consultoria britânica PUBLIC, em 2021, o mercado govtech europeu foi estimado em £ 115,9 bilhões, com destaque para Alemanha (£ 19 bilhões), França (£ 17 bilhões) e Reino Unido (£ 12 bilhões). Nos Estados Unidos, o setor atingiu um marco histórico no mesmo ano, registrando aproximadamente US\$ 14 bilhões em transações, o que demonstra sua transição de um nicho para um segmento consolidado.⁵⁰

No Brasil, a crescente digitalização dos serviços públicos, intensificada pela pandemia de Covid-19, tem despertado o interesse de investidores, que veem no ecossistema govtech um potencial de retorno superior ao de outros tipos de investimentos. Atualmente, já existem fundos específicos para esse setor, reduzindo um dos principais desafios enfrentados pelas startups govtechs: a falta de investimento. Essa evolução foi apontada no estudo *As Startups GovTech e o Futuro do Governo do Brasil*, publicado pelo BrazilLAB e a CAF em 2020.⁵¹

Somente na integração das bases de dados do governo por meio do Conecta Gov.br houvera uma economia de R\$1,4 bilhão em 2023. No total, a plataforma processou automaticamente 351,3 milhões de transações ao longo do ano, beneficiando diretamente

⁴⁸ GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

⁴⁹ GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

⁵⁰ DOMINGUEZ, Guilherme D. F.; DUÓ, Julia Rogato. *Mapa GovTech*, Brasil 2024. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1hOxb05mmSMC6DH6l8TxKaTa9y3Ohlot/view>. Acesso em: 15 jan. 2025.

⁵¹ DOMINGUEZ, Guilherme D. F.; DUÓ, Julia Rogato. *Mapa GovTech*, Brasil 2024. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1hOxb05mmSMC6DH6l8TxKaTa9y3Ohlot/view>. Acesso em: 15 jan. 2025.

os cidadãos. O Conecta GOV.BR facilita a troca segura e automática de informações entre os sistemas governamentais, eliminando a necessidade de os usuários fornecerem repetidamente dados que já constam nos registros públicos.⁵²

Desde seu lançamento em 2020, o Conecta GOV.BR já gerou uma economia acumulada de R\$3,3 bilhões, com mais de 750 milhões de transações realizadas e 980 serviços públicos integrados. Entre os dados acessíveis pela plataforma estão informações sobre beneficiários previdenciários, Cadastro Base de Endereço (CEP), Cadastro Base do Cidadão (CBC-CPF), CadÚnico Serviços, Certidão Negativa de Débitos, faixa de renda familiar, situação militar e identificação de pessoas com deficiência.⁵³

A transformação digital dos processos e serviços governamentais apresenta diversas vantagens, como a ampliação da capacidade de atendimento às demandas sociais, a redução de custos, a centralização de serviços e a diminuição da fragmentação do governo na relação com os cidadãos. Além disso, contribui para o aumento da segurança e privacidade, a transparência e o controle social, bem como para a melhoria da qualidade dos serviços prestados.⁵⁴

Ainda, essa transformação se configura como um elemento central para a modernização das Smart Cities e para a construção de uma sociedade mais resiliente e inclusiva. A integração de tecnologias avançadas, como inteligência artificial, Internet das Coisas e big data, permite não apenas otimizar a prestação dos serviços, mas também criar um ambiente onde a participação cidadã e a transparência se tornam pilares fundamentais da gestão pública.⁵⁵

Contudo, para que esses benefícios se concretizem, é imprescindível que o Estado, em parceria com o setor privado e a sociedade civil, desenvolva políticas públicas que promovam a inclusão digital, invistam na modernização da infraestrutura e garantam que os avanços tecnológicos sejam implementados de forma ética e responsável. Dessa maneira, a transformação digital pode se tornar um poderoso instrumento de transformação social, capaz de reduzir as desigualdades, ampliar o acesso a serviços essenciais e impulsionar o desenvolvimento econômico sustentável em todo o território urbano.⁵⁶

O ambiente normativo brasileiro ainda precisa avançar significativamente para garantir uma cidadania digital eficaz e a prestação adequada de serviços públicos digitais. A Lei n. 14.129/2021, apesar dos avanços, não assegura pleno acesso e participação cidadã nos serviços públicos digitais e dados abertos, exigindo mais investimentos do Estado em serviços interativos e gestão comunicacional participativa. A regulação precisa ser

⁵² DOMINGUEZ, Guilherme D. F.; DUÓ, Julia Rogato. *Mapa GovTech*, Brasil 2024. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1hOxnb0SmmSMC6DH6l8TxKaTa9y3Ohlot/view>. Acesso em: 15 jan. 2025.

⁵³ GOVERNO FEDERAL. *Gestão economiza R\$1,4 bilhão com integração das bases de dados do Governo Federal em 2023*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/noticias/gestao-economiza-r-1-4-bilhao-com-integracao-das-bases-de-dados-do-governo-federal-em-2023>. Acesso em: 20 jan. 2025.

⁵⁴ RECK, Janriê Rodrigues; HÜBNER, Bruna Henrique. A transformação digital do Estado: digitalização do governo e dos serviços públicos no Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 16, n. 3, 3º quadrimestre de 2021.

⁵⁵ RECK, Janriê Rodrigues; HÜBNER, Bruna Henrique. A transformação digital do Estado: digitalização do governo e dos serviços públicos no Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 16, n. 3, 3º quadrimestre de 2021.

⁵⁶ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

mais detalhada e específica para evitar manipulação de dados e preconceitos, ao mesmo tempo em que deve buscar maior eficiência, celeridade e abertura dos dados públicos.⁵⁷

A administração pública digital pode reduzir desigualdades e promover acesso universal a serviços, mas a regulação deve ser equilibrada, assegurando a legitimidade democrática e evitando omissões que permitam seletividade nos serviços. Para mais, o ambiente digital exige uma reformulação do conceito de serviço público e uma nova postura governamental para viabilizar a proteção jurídica ao usuário e adaptar a regulação às inovações tecnológicas e à inteligência artificial, promovendo uma cidadania digital.⁵⁸

Em suma, a transformação digital dos serviços públicos nas Smart Cities oferece um potencial extraordinário para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, a partir da otimização dos recursos públicos e da promoção da transparência e da eficiência administrativa. No entanto, os desafios impostos pela exclusão digital, pela segurança dos dados e pela necessidade de uma regulação adequada não podem ser negligenciados. O equilíbrio entre os benefícios e os riscos dessa nova realidade dependerá, em grande medida, do comprometimento dos governos e da sociedade em adotar práticas inovadoras e inclusivas, que garantam que a transformação digital seja um meio de reduzir as desigualdades e promover o desenvolvimento sustentável.⁵⁹

Para que as Smart Cities possam cumprir seu potencial de oferecer serviços públicos mais eficientes, sustentáveis e inclusivos, é necessário que o processo de transformação digital seja acompanhado de uma profunda transformação estrutural e cultural. Isso envolve repensar os modelos tradicionais de prestação de serviços, investir em infraestrutura e capacitação, e estabelecer mecanismos de controle que garantam a proteção dos dados e a transparência das decisões automatizadas. Só assim será possível construir um Estado digital que efetivamente promova a melhoria da qualidade de vida e o acesso aos direitos fundamentais, contribuindo para o desenvolvimento de cidades verdadeiramente inteligentes e socialmente justas.⁶⁰

A implementação dessas soluções representa um avanço na transformação digital do setor público, tornando os serviços governamentais mais acessíveis, modernos e integrados, com benefícios diretos para a população e para a administração pública.

4 Considerações finais

A análise da transformação digital dos serviços públicos brasileiros evidencia um avanço significativo na modernização administrativa, na eficiência operacional e na transparência governamental. A transformação digital tem permitido a automatização de processos, a ampliação do acesso aos serviços e a redução da burocracia, contribuindo

⁵⁷ NOGUEIRA JÚNIOR, D. A.; VALLE, V. C. L. L.; BENELLI, A. C. Direitos dos usuários de serviços públicos no ambiente do governo eletrônico e da administração pública digital. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 283, n. 1, p. 93-130, 2024. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/90691>. Acesso em: 5 fev. 2025.

⁵⁸ NOGUEIRA JÚNIOR, D. A.; VALLE, V. C. L. L.; BENELLI, A. C. Direitos dos usuários de serviços públicos no ambiente do governo eletrônico e da administração pública digital. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 283, n. 1, p. 93-130, 2024. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/90691>. Acesso em: 5 fev. 2025.

⁵⁹ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

⁶⁰ STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2023. p. 1-45.

para uma interação mais ágil entre cidadão e Estado. No entanto, os desafios ainda são consideráveis, principalmente no que tange à inclusão digital, à proteção de dados pessoais e à segurança cibernética.

A exclusão digital permanece como um dos principais entraves para a plena efetividade da transformação digital. A falta de acesso à internet de qualidade, a escassa alfabetização digital e as desigualdades socioeconômicas limitam o alcance das inovações tecnológicas. Portanto, a implementação de políticas que promovam a democratização do acesso às tecnologias digitais é essencial para garantir equidade na prestação de serviços.

A segurança de dados também se configura como um desafio relevante. A centralização de informações sensíveis em plataformas digitais exige medidas rigorosas para prevenir ciberataques e o uso indevido de dados pessoais. A adoção de marcos regulatórios robustos, bem como investimentos em infraestrutura de segurança da informação, são fundamentais para consolidar um ambiente digital confiável e transparente.

No tocante à efetividade das políticas de governo digital, observa-se que iniciativas como a Estratégia Federal de Governo Digital e Estratégia Nacional de Governo Digital têm sido fundamentais para a modernização da gestão pública. Entretanto, o sucesso dessas iniciativas depende da implementação de programas de capacitação digital, do fortalecimento da infraestrutura tecnológica e do desenvolvimento de mecanismos que garantam a acessibilidade universal.

Dessa forma, para que o governo digital seja plenamente eficaz, é imprescindível a adoção de estratégias integradas que considerem não apenas a modernização administrativa, mas também a inclusão social e a proteção dos direitos digitais dos cidadãos. Somente por meio de uma abordagem equitativa e estruturada será possível consolidar um governo digital que atenda aos princípios democráticos, promovendo a eficiência, a transparência e o desenvolvimento sustentável.

Referências

DOMINGUEZ, Guilherme D. F.; DUÓ, Julia Rogato. *Mapa GovTech*, Brasil 2024. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1hOxnB05mmSMC6DH6I8TxKaTa9y3Ohlot/view>. Acesso em: 15 jan. 2025.

GOVERNO FEDERAL. *EFGD e ENG D*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/EFGD/EFGD-e-ENG D>. Acesso em: 20 jan. 2025.

GOVERNO FEDERAL. *Estratégia Federal de Governo Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/EFGD>. Acesso em: 20 jan. 2025.

GOVERNO FEDERAL. *Estratégia Nacional de Governo Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/estrategianacional>. Acesso em: 20 jan. 2025.

GOVERNO FEDERAL. *Ferramentas*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital/ferramentas>. Acesso em: 20 jan. 2025.

GOVERNO FEDERAL. *Gestão economiza R\$1,4 bilhão com integração das bases de dados do Governo Federal em 2023*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/noticias/gestao-economiza-r-1-4-bilhao-com-integracao-das-bases-de-dados-do-governo-federal-em-2023>. Acesso em: 20 jan. 2025.

GOVERNO FEDERAL. *Plano de Transformação Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/planos-de-transformacao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2025.

GOVERNO FEDERAL. *Transformação Digital*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategias-e-governanca-digital/transformacao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2025.

MOZINI, Marcio de Feritas *et al.* Ampliação da prestação de serviços públicos a partir da transformação digital: estudo de caso do Portal consumidor.gov. *Revista dos Mestrados Profissionais*, v. 12, n. 1, 2023.

NOGUEIRA JÚNIOR, D. A.; VALLE, V. C. L. L.; BENELLI, A. C. Direitos dos usuários de serviços públicos no ambiente do governo eletrônico e da administração pública digital. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 283, n. 1, p. 93-130, 2024. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/90691>. Acesso em: 5 fev. 2025.

PALOTTI, Pedro Lucas de Moura; FILGUEIRAS, Fernando; NASCIMENTO, Maricilene Isáira Baía do. *Policy Design e Múltiplas Evidências*: proposta analítica da dinâmica da política de transformação digital dos serviços públicos da administração pública federal brasileira. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

RECK, Janriê Rodrigues; HÜBNER, Bruna Henrique. A transformação digital do Estado: digitalização do governo e dos serviços públicos no Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 16, n. 3, 3º quadrimestre de 2021.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Estado social digital*: teorias, críticas e casos reais sobre direitos e serviços sociais. Joaçaba: Unoesc, 2023.

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

VALLE, Vivian Cristina Lima Lopez; MACIEL, Jéssica Garcia da Silva. Desafios e perspectivas na transformação digital dos serviços públicos: avanços do governo digital brasileiro. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 519-535. ISBN 978-85-450-0925-2.

OS *DISPUTE BOARDS* COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.
Fellow do Chartered Institute of Arbitrators – Ciarb.
Visiting scholar na Universidade de Nottingham (2016).
Advogado.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações iniciais a respeito de soluções consensuais de conflitos com a Administração Pública. 2.1 A superação de uma visão equivocada. 2.2 A não-necessariedade de intervenção jurisdicional. 2.3 A necessária satisfação dos princípios da eficiência e celeridade. 2.4 A Lei de Mediação (Lei n. 13.140) e a previsão de um capítulo específico. 2.5 O art. 26 da LINDB. 2.6 Os *dispute boards* como mecanismo de prevenção e resolução de litígios. 2.7 O art. 151 da Lei n. 14.133. 2.8 Ressalva quanto à qualificação dos *dispute boards* como meios “alternativos” de resolução de disputas. 3 Os *dispute boards*. 3.1 A ideia inicial de um *dispute board*. 3.2 Os objetivos centrais de um *dispute board*. 4 Breve histórico dos *dispute boards*. 5 Vantagens dos *dispute boards*. 6 A flexibilidade na definição do modo de funcionamento de um *dispute board*. 7 Classificação dos *dispute boards*. 7.1 Quanto ao momento de formação. 7.2 Quanto ao grau de vinculação do ato expedido. 7.3 Quanto ao número de membros. 8 Casos de *dispute boards* em contratos administrativos no Brasil. 9 A recepção das decisões dos *dispute boards* pelo Poder Judiciário. 10 Expectativas quanto à adoção de *dispute boards* em contratos administrativos. Referências.

1 Introdução

A resolução de conflitos entre a Administração Pública e particulares vem sendo objeto de muito desenvolvimento teórico e prático ao longo dos últimos anos. A visão de que a Administração Pública não pode transigir e de que os conflitos precisam ser resolvidos necessariamente pelo Poder Judiciário, além de ter levado a graves problemas concretos, parece definitivamente superada.

Nesse contexto, o art. 151 da Lei n. 14.133/2021 estabelece que, nas contratações regidas pela lei, poderão ser utilizados “meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias”, dentre os quais se enquadram os “comitês de resolução de disputas”.

O objetivo deste breve artigo é tratar dos comitês de resolução de disputas (ou *dispute boards*) no âmbito dos contratos administrativos.

Inicialmente, serão feitas considerações iniciais sobre a resolução de conflitos entre a Administração Pública e os particulares. Na sequência, examinaremos mais detidamente a figura dos *dispute boards* e, por fim, tratamentos das peculiaridades da utilização desse meio de prevenção e resolução de litígios no âmbito das contratações públicas.

2 Considerações iniciais a respeito de soluções consensuais de conflitos com a Administração Pública

A Administração Pública, mesmo tutelando interesses públicos, não precisa resolver os seus conflitos necessariamente perante o Poder Judiciário. Vigora o princípio da não-necessariedade de intervenção jurisdicional. Ademais, soluções de autocomposição aparecem como uma alternativa capaz de atender às exigências de eficiência e celeridade frente à multiplicidade de interesses conflitantes existentes na esfera da Administração Pública.¹

2.1 A superação de uma visão equivocada

Para aceitar (e incentivar) a utilização de meios alternativos ao Poder Judiciário, como é o caso dos *dispute boards*, é preciso compreender que não há, para o Estado, nenhuma exigência de resolver seus conflitos unicamente por meio da intervenção jurisdicional. Ademais, considerando que a Administração Pública concentra e tutela interesses conflitantes, muitas vezes os meios alternativos ao Judiciário apresentam-se como ótimas alternativas à satisfação do benefício coletivo, seja por evitarem o próprio surgimento de um litígio, seja por permitirem uma solução rápida, efetiva e qualificada.

2.2 A não-necessariedade de intervenção jurisdicional

Diferentemente do que se costumava pensar, o princípio que rege as relações de direito público é o da não-necessariedade de intervenção jurisdicional.

Isso quer dizer que a Administração Pública pode (e deve) reconhecer espontaneamente o direito de um terceiro, quando for claro que ela não tem razão.

Segundo Eduardo Talamini, “se o Estado constata que o particular tem um determinado direito em face dele, cabe-lhe dar cumprimento a esse direito”. Isso não quer dizer que ele esteja abrindo mão de um interesse público ao fazê-lo. Como explica

¹ A esse respeito, conferir, por todos, o excelente artigo de Vivian Cristina Lima López Valle: VALLE, Vivian Cristina Lima López. O acordo administrativo entre o direito público e o direito privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa público-privada? In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Acordos administrativos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 63-90.

Talamini, “nessa hipótese, se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público”.²

O objetivo do administrador público não deve ser apenas buscar salvaguardar o interesse próprio da Administração em si. Pode existir uma série de outros interesses legítimos que inclusive podem prevalecer sobre o interesse próprio da Administração, conforme ensina Talamini. Sendo assim, cumprir deveres e reconhecer (e respeitar) direitos dos particulares é justamente atender ao “interesse público”. Não significa abrir mão indevidamente de um direito da Administração. A rigor, esse direito “da Administração” pode nem existir na situação concreta.

Esse entendimento é decorrência direta dos princípios da legalidade e da boa-fé (previstos no art. 37 da Constituição Federal). Sabendo que a posição do particular é correta, incumbe à Administração Pública o dever de não se valer de subterfúgios para subtrair-se ao correto cumprimento desse direito.

2.3 A necessária satisfação dos princípios da eficiência e celeridade

O Estado de Direito exige que os procedimentos administrativos se concluam em tempo razoável. E, evidentemente, não se ignoram as dificuldades envolvidas na tomada de decisões.

Feitas essas ressalvas, é fato que o Estado deve buscar sempre uma atuação eficiente, o que demanda o desenvolvimento de mecanismos aptos a proporcionar a indispensável celeridade em um ambiente de conflito.

No contexto de uma Administração Pública multifacetada, dotada de diversos centros de poder e de decisão, todos os responsáveis pela consecução de interesses coletivos relevantes, ainda que possivelmente contraditórios, faz-se necessária a instituição de uma sistemática de resolução de conflitos. Busca-se com isso que o próprio Estado adote uma solução que melhor componha os interesses envolvidos, de modo célere e eficiente.

2.4 A Lei de Mediação (Lei n. 13.140) e a previsão de um capítulo específico

Nesse contexto, foi publicada ainda em 2015 a Lei de Mediação (Lei n. 13.140), que contém um Capítulo específico sobre a mediação no âmbito da Administração Pública – desenvolvendo ainda mais certas previsões que já constavam do CPC de 2015, por exemplo em seu art. 174.³

O art. 32 da Lei n. 13.140 estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública. Tais câmaras terão competência

² TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (org.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 340-341.

³ Sobre o assunto: SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (coord.). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 327-346.

inclusive para “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público” (inciso II).

As previsões da Lei n. 13.140 são aplicáveis de modo geral às mediações que poderão ser feitas com base na Lei n. 14.133.

Para além das mediações em câmaras específicas, o que se tem visto muito na prática são cláusulas de contratos administrativos prevendo a possibilidade de resolução de conflitos entre a Administração e o particular mediante mediação. Estabelece-se um procedimento, não necessariamente vinculado a uma possível arbitragem, e com isso as partes têm a possibilidade – e por vezes o dever – de dar início a uma mediação quando surge um conflito entre elas.

2.5 O art. 26 da LINDB

Outro marco tão importante quanto a Lei de Mediação foi a reforma da LINDB, ocorrida em 2018.

O art. 26 da LINDB estabelece que, “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”.

A inserção dessa previsão na LINDB é muito significativa. Com esse dispositivo, passou a haver uma norma de sobredireito que permite de modo geral a celebração de compromissos com particulares.

2.6 Os *dispute boards* como mecanismo de prevenção e resolução de litígios

O resultado de toda essa revisão de concepções e da evolução legislativa recente acaba sendo um dos fundamentos para a admissão de *dispute boards* nos contratos administrativos.

Os *dispute boards* têm algumas vantagens bastante significativas. A principal e mais evidente delas é a possibilidade de se evitar ou resolver um conflito de forma célere, evitando-se a eternização de discussões que na maioria das vezes são inconvenientes para as partes envolvidas.

Muitas vezes, em especial nos contratos administrativos mais complexos de obras e atividades similares, surgem divergências contratuais entre as partes que, se não forem solucionadas de imediato, acabam se aprofundando e comprometendo o próprio andamento dos trabalhos contratados. Os *dispute boards* têm a capacidade de proporcionar às partes a emissão de recomendações e determinações que podem evitar que as divergências se aprofundem e se tornem insolúveis.

Além disso, os *dispute boards* não deixam de ser um mecanismo de ampliação da própria autodefinição das partes. Sendo elas quem mais têm informações e proximidade com os objetivos buscados com o contrato, são aptas a definir mecanismos de prevenção

e resolução de conflitos que atendam melhor às suas necessidades – o que envolve não só a escolha dos mecanismos propriamente ditos, mas também a definição dos detalhes de como eles funcionarão (número de membros, identidade dos membros, procedimentos, prazos, natureza dos atos praticados etc.).

Em princípio, esse tipo de solução customizada às necessidades e objetivos das partes de um contrato tende a ser mais eficiente e a apresentar uma maior aderência aos seus interesses.

2.7 O art. 151 da Lei n. 14.133

Dentro do processo de evolução da adoção de mecanismos consensuais pela Administração Pública, a lei de licitações e contratos administrativos atualmente em vigor (Lei n. 14.133, de 2021) contém previsões a respeito da possibilidade de resolução de conflitos por meio de comitês de resolução de disputas (*dispute boards*) nos arts. 138 e 151.⁴

O art. 151 é uma regra geral sobre meios alternativos de resolução de controvérsias com a Administração Pública. Já o art. 138 prevê uma hipótese específica em que se admite a resolução de conflitos por meio de *dispute boards* – mas é evidente que esse instrumento tem uma aplicabilidade muito maior.

O art. 151 da Lei n. 14.133 insere-se no Capítulo XII, que trata dos “meios alternativos de resolução de controvérsias”.

O *caput* do dispositivo estabelece que, nas contratações regidas pela Lei n. 14.133, 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.

2.8 Ressalva quanto à qualificação dos *dispute boards* como meios “alternativos” de resolução de disputas

Neste ponto, cabe uma ressalva.

Observa-se que o Capítulo XII relaciona os *dispute boards* entre os meios “alternativos” de resolução de controvérsias.

A consideração dos comitês de resolução de disputas (ou *dispute boards*) como sendo espécie do gênero “meios alternativos de resolução de controvérsias” não nos parece a melhor abordagem da matéria.

É claro que a expressão adotada pela lei é apenas um rótulo – de mais a mais, bastante utilizado e de certa forma consagrado. Mais importante do que discutir terminologia é compreender o real alcance dos dispositivos. De todo modo, é inegável que, ao falar em meios “alternativos” de resolução de controvérsias, a Lei n. 14.133 passa a impressão de que a mediação, a conciliação, a arbitragem e os *dispute boards* seriam métodos “secundários” de solução de controvérsias.

No entanto, isso não é verdade. Os *dispute boards*, tal como a mediação, a conciliação e a arbitragem, são meios complementares. Constituem ferramentas

⁴ Há previsões também sobre conciliação, mediação e arbitragem, mas os *dispute boards* são o foco de atenção deste breve ensaio e a eles nos centraremos.

tão importantes quanto o Poder Judiciário na solução de controvérsias e ainda têm vantagens importantes, como a possibilidade de se evitar até mesmo o surgimento de um litígio efetivo.

Feitas essas considerações iniciais, passemos a uma análise mais detalhada dos *dispute boards*.

3 Os *dispute boards*

Os *dispute boards* são órgãos de governança contratual, característicos de contratos de construção de grandes infraestruturas ou de concessão, compostos em geral por três membros, escolhidos por suas expertises, por serem independentes e imparciais, com a função de prevenir e resolver disputas entre as partes do contrato.⁵

3.1 A ideia inicial de um *dispute board*

A ideia inicial de um *dispute board* é que exista um comitê de prevenção e resolução de disputas, comumente (mas nem sempre) formado no início da relação contratual e com conhecimento adequado sobre o empreendimento concreto, com a possibilidade de emitir recomendações ou decisões qualificadas e com agilidade sempre que for acionado. Portanto, diferentemente do que ocorre na arbitragem e na mediação, o *dispute board* com frequência acompanha a evolução da relação contratual, evitando-se o tempo necessário à “curva de aprendizado” para emitir uma recomendação ou decisão.

3.2 Os objetivos centrais de um *dispute board*

Pode-se dizer que os objetivos centrais de um *dispute board* consistem em (i) resolver conflitos atinentes a contratos de execução continuada, como são os contratos de construção civil e de setores de infraestrutura; (ii) evitar intercorrências e prejuízos às partes ao longo da execução do contrato; e (iii) prevenir o acirramento de divergências e o desgaste natural da relação entre as partes quando surge algum conflito.

4 Breve histórico dos *dispute boards*

Tradicionalmente, afirma-se que o primeiro caso de um *dispute board* se deu no acompanhamento da obra do segundo furo do *Eisenhower Tunnel*, no Estado do Colorado, nos EUA, em 1975.

Outros casos relevantes da mesma época foram os *dispute boards* relativos aos contratos do *Mount Baker Highway Tunnel* (Seattle, Washington) e do *Chambers Creek Tunnel* (Tacoma, Washington).

Há ainda aqueles que apontam a construção do *Boundary Dam*, em Washington, na década de 1960, como sendo o primeiro caso de um *dispute board*.⁶

⁵ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira; MARTINS, Geovane Mendes. *Dispute boards*. São Paulo: RT, 2024. p. 13.

⁶ Para um histórico dos *dispute boards*, confira-se: ROCHA NETO, Edson Francisco. *Dispute boards: aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2024. p. 36-48.

De todo modo, mais importante do que definir qual foi o primeiro caso de *dispute board* é a constatação de que houve uma disseminação de *dispute boards* em contratos públicos de grande porte e complexidade. Os *dispute boards* parecem vocacionados a contratos desse tipo, em que soluções rápidas e qualificadas são relevantes para evitar problemas maiores e permitir a continuidade adequada dos contratos.

Em relação a obras financiadas pelo Banco Mundial, a primeira experiência de utilização de um *dispute board* se deu na obra de construção da barragem e usina hidrelétrica *El Cajon*, em Honduras, em 1980. O resultado é que o *dispute board* foi bastante exitoso. Prova disso é que, após a conclusão da obra, não havia questões pendentes em âmbito arbitral nem judicial – situação pouco usual em empreendimentos complexos como aquele.⁷

5 Vantagens dos *dispute boards*

Os *dispute boards* apresentam vantagens muito marcantes, como a rapidez na sua constituição e na emissão das decisões ou recomendações (com frequência tomadas por pessoas que acompanham a evolução da execução contratual), a qualidade técnica das decisões ou recomendações, o fato de que o *dispute board* é formado por pessoas escolhidas pelas partes, e a possibilidade de evitar a paralisação da execução contratual e o agravamento de impasses contratuais que muitas vezes impedem a continuidade do empreendimento e ainda elevam os custos para todas as partes (sem falar nos custos sociais e de outras naturezas).

Como ensina Arnoldo Wald:

A grande vantagem desses organismos é o fato de serem os seus membros especialistas na matéria (objeto do contrato) que vão participar do andamento do negócio, desde o início até o fim, conhecendo todos os seus problemas. Assim, convocados a qualquer momento, podem examinar rapidamente as divergências existentes, com independência e neutralidade, dando a solução que mais interessa para o cumprimento do contrato sem prejuízo dos posteriores acertos de contas, que poderão ser objeto de negociação ou arbitragem.⁸

Muito embora a ideia dos *dispute boards* seja a de um acompanhamento da evolução contratual de modo a permitir soluções rápidas, há uma variedade de possíveis formulações desse instrumento em cada caso concreto. A flexibilidade e a consensualidade são características fundamentais dos *dispute boards*, uma vez que as partes possuem liberdade para definir como funcionarão os comitês.

⁷ ROCHA NETO, Edson Francisco. *Dispute boards: aspectos processuais*. p. 41.

⁸ WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005. p. 14.

6 A flexibilidade na definição do modo de funcionamento de um *dispute board*

A questão da flexibilidade na definição do modo de funcionamento dos *dispute boards* é um ponto muito atrativo dessa sistemática de prevenção e resolução de conflitos. Em vez de se submeterem a formas prontas de resolução de conflitos, com suas possíveis desvantagens em termos de tempo, custos e procedimento, as partes podem estabelecer procedimentos moldados às suas necessidades e compatíveis com as peculiaridades do contrato celebrado.

7 Classificação dos *dispute boards*

Dada a flexibilidade possível no estabelecimento dos procedimentos e da forma de atuação dos *dispute boards*, não há fórmulas prontas que sejam vinculantes às partes quando elas estão negociando um contrato. Mesmo assim, há práticas reiteradas, o que nos permite fazer uma classificação dos *dispute boards* segundo critérios variados.

7.1 Quanto ao momento de formação

Quanto ao momento de formação, há os *Standing Dispute Boards*, que são contemporâneos à formação do contrato e vigentes ao longo da execução contratual, e os *Dispute Boards “ad hoc”*, que são instituídos apenas quando surge uma controvérsia específica, geralmente se extinguindo após o término dos trabalhos para os quais foi formado.

Cada uma dessas sistemáticas apresenta suas vantagens e desvantagens. Quando o comitê de resolução de conflitos é constituído já na formação do contrato, ele pode acompanhar a evolução contratual e, assim, emitir suas recomendações ou determinações de forma mais célere, uma vez que os seus integrantes já conhecerão de perto as peculiaridades do contrato e a sua evolução. Um *Dispute Board “ad hoc”*, por outro lado, precisaria de uma curva de aprendizado, o que pode significar uma demora um pouco maior para a emissão da sua recomendação ou determinação.

Por outro lado, os comitês de resolução de disputas formados já na celebração do contrato representam um custo às partes contratuais. Em regra, seus membros deverão ser remunerados de forma constante para o desempenho do trabalho de acompanhamento do contrato.

7.2 Quanto ao grau de vinculação do ato expedido

Quanto ao grau de vinculação, há os *Dispute Review Boards (DRB)*, que aconselham as partes com recomendações sobre como resolver da melhor forma a controvérsia instaurada, os *Dispute Adjudication Boards (DAB)*, que desempenham função decisória, de modo que a solução é impositiva para as partes (embora possa ser questionada em uma arbitragem, por exemplo), e os *Combined Dispute Boards (CDB)*, que podem emitir recomendações não vinculantes ou proferir decisões vinculativas às partes, dependendo do que for requerido e acertado entre elas.

7.3 Quanto ao número de membros

Quanto ao número de membros, normalmente os *dispute boards* possuem três integrantes, mas é possível que haja apenas um, por exemplo – situação em que se tratará mais propriamente de um *Dispute Review Expert*, e não de um comitê.

Portanto, há uma variedade de configurações possíveis dos *dispute boards*, dentro do que é assegurado pela autonomia das partes.

8 Casos de dispute boards em contratos administrativos no Brasil

No Brasil, já houve diversos casos de *dispute boards* em contratos administrativos, tanto de obras quanto de concessões e PPPs.⁹

Dentre eles, destaca-se pela sua importância a expansão da Linha 4 do Metrô de São Paulo, que foi uma contratação financiada pelo Banco Mundial. No primeiro *Loan Agreement* do Banco Mundial com o Estado de São Paulo, houve a previsão de um *dispute board* que emitiria recomendações quando acionado pelas partes. Na fase 1 do projeto, foi constituído um *dispute board* com três membros cerca de dez meses depois da assinatura do contrato principal. Posteriormente, em outro contrato, que tratava da fase 2 do projeto, foi constituído um comitê adjudicatório. Segundo se aponta, dezesseis conflitos foram submetidos aos *dispute boards* e nenhuma recomendação ou decisão foi revertida em arbitragem ou perante o Judiciário.¹⁰

9 A recepção das decisões dos *dispute boards* pelo Poder Judiciário

O Judiciário, aliás, tem reconhecido a relevância dos *dispute boards*.

O STJ já afirmou ser “absolutamente possível que as partes [...] ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva.”¹¹

O TJSP decidiu que “A interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta”.¹²

⁹ Entre tantos outros, podem ser citados como exemplos os contratos da PPP do Complexo Criminal de Ribeirão das Neves, em Belo Horizonte, o da PPP da Rodovia MG-050 e os contratos do trecho norte do Rodoanel de São Paulo.

¹⁰ ROCHA NETO, Edson Francisco. *Dispute boards: aspectos processuais*. p. 43-45.

¹¹ STJ – Resp 1.569.422/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., DJe 20.5.2016.

¹² TJSP – AI 1096127-39.2018/8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 30.7.2018.

10 Expectativas quanto à adoção de *dispute boards* em contratos administrativos

Por se tratar de um mecanismo mundialmente consagrado de prevenção e resolução de disputas, é esperado que os *dispute boards* sejam utilizados cada vez com maior frequência em contratos administrativos no Brasil.

Em especial nos contratos mais complexos, que envolvem inclusive aspectos técnicos que podem não ser de total domínio das partes, os *dispute boards* acabam sendo mecanismos muito eficientes. Proporcionam definições rápidas a respeito das divergências contratuais e técnicas, evitando-se que essas divergências se aprofundem e se tornem ainda mais complexas. Essa característica faz com que os *dispute boards* possam inclusive evitar custos adicionais, uma vez que tende a ser muito mais barato para as partes evitar o aprofundamento de uma divergência do que remediar os custos de paralisações e atrasos.

Também nos contratos administrativos que envolvem financiamentos internacionais, a utilização de *dispute boards* já é significativa e tende a ser crescente. Os organismos financiadores acabam difundindo a sua utilização, cientes dos seus bons resultados. Além disso, a legislação brasileira de licitações e contratações administrativas contempla os comitês de prevenção e resolução de disputas com especial ênfase no artigo 151 da Lei n. 14.133.¹³

Especificamente em relação ao Banco Mundial, a utilização dos *dispute boards* já é tradicional. Em 1995, a instituição já previa nas suas regras de licitações a possibilidade de resolução de controvérsias por meio de *dispute boards* – que se tornaram obrigatórios para contratos acima de US\$50 milhões. No Anexo IX da quarta edição do *Procurement in Investment Project Financing*, intitulado *Contract Conditions in International Competitive Procurement*, há a previsão de que todos os contratos devem prever mecanismos apropriados de resolução de conflitos – dos quais são exemplos os *Dispute Review Boards*. As regras atuais não estabelecem uma obrigatoriedade da adoção dos *dispute boards*, mas o Banco pode exigir a sua adoção em cada caso específico.

Referências

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira; MARTINS, Geovane Mendes. *Dispute boards*. São Paulo: RT, 2024.

ROCHA NETO, Edson Francisco. *Dispute boards: aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2024.

SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (coord.). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 327-346.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (org.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 340-341.

¹³ O artigo 151 da Lei n. 14.133 estabelece o seguinte: “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”.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. O acordo administrativo entre o direito público e o direito privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa público-privada? *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Acordos administrativos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 63-90.

WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005.

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

SCHWIND, Rafael Wallbach. Os *Dispute Boards* como mecanismo de prevenção e resolução de conflitos nas contratações administrativas. *In*: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 537-547. ISBN 978-85-450-0925-2.

PARTE II

TEXTOS DOS VENCEDORES DO CONCURSO
DE ARTIGOS JURÍDICOS

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO GOVERNO ELETRÔNICO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

JOSÉ HENRIQUE KLEINA

Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Advogado.

Resumo: Este artigo explora os conceitos de governo eletrônico e políticas públicas, relacionando-as com a implementação destas através das tecnologias da informação e comunicação (TICs), com a finalidade de explorar a relevância do princípio da eficiência nesse processo e na tomada de decisões conscientes conforme as exigências da contemporaneidade. Para tanto, utiliza-se uma metodologia dedutiva, com caráter exploratório, a partir de uma abordagem qualitativa, através de levantamento bibliográfico e análise documental de sítios eletrônicos do governo federal que tratam sobre os temas analisados. Entende-se que o rápido desenvolvimento do governo eletrônico é acompanhado de desafios que não podem passar despercebidos e demandam capacitação dos agentes envolvidos, que devem ser capazes de, nessa realidade, adotar decisões conscientes a fim de poderem incorporar os modelos decisórios de forma mais adequada, alcançando assim a eficiência com máxima racionalização de tempo e dos recursos disponíveis. Deste modo, considerando que as políticas públicas não mais se dissociam do governo eletrônico enquanto modelo de gestão e de implementação de políticas públicas, conclui-se no sentido de que o Estado deve instalar as TICs em toda a sua estrutura para que possa implementar suas políticas públicas de forma eficiente. Não se busca oferecer respostas definitivas, mas aprimorar a discussão já existente com a pesquisa e as reflexões do presente trabalho, a fim de promover o aprimoramento do campo de estudo e das práticas governamentais.

Palavras-chave: Governo eletrônico. Políticas públicas. Serviços públicos digitais. Princípio da eficiência. Objetivos do desenvolvimento sustentável.

Sumário: 1 Introdução; 2 Surgimento e evolução do governo eletrônico; 3 Governo eletrônico e políticas públicas: uma relação necessária; 4 A eficiência como elemento intrínseco à implementação de políticas públicas no governo eletrônico; 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

As políticas públicas, embora há muito sejam objeto de estudos das ciências sociais, cada vez mais têm maior relevo social e científico como objeto de estudos jurídicos.¹ Contudo, ainda é grande a desinformação sobre o tema no senso comum, por exemplo, ao se confundir “políticas públicas” (*public policies*) com simplesmente “políticas” (*policies*) em sentido lato, como simples atos de gestão realizados pelos agentes políticos. Estes podem integrar uma política pública estruturada, ou mesmo, podem ser parcela de uma agenda política descomprometida com aqueles objetivos e princípios definidos originariamente no plano constitucional.²

Em um contexto global, esse ganho de relevância e de importância sobre o campo das políticas públicas (e seu desenho), acentuado nas últimas décadas, se deve a diversos fatores historicamente verificados nos governos, especialmente diante da necessidade de racionalização dos gastos públicos.³

Entretanto, são ainda incipientes as discussões sobre o tema na academia jurídica brasileira,⁴ apesar das notáveis obras já publicadas nesse sentido. Atualmente, os cidadãos brasileiros se veem compelidos a utilizar aplicativos governamentais para acesso a diversos serviços públicos; e justamente por isso, as políticas públicas inerentes ao tema ainda precisam ser otimizadas: é preciso compreender seu desenho, enquanto instrumento destinado especialmente à concretização de direitos fundamentais;⁵ e a implementação deve ser guiada pelo princípio da eficiência como meio legitimador da escolha mais adequada do agente público — hipótese deste trabalho.

O governo eletrônico (*E-Government*), por definição, é o uso das Tecnologias da Informação (TICs) no plano governamental, seja para fornecer informações e serviços, aplicá-los com eficiência, aumentar os serviços em escala, bem como para transformar governos. Pode representar um ganho em eficiência das instituições do governo e na prestação de serviços públicos,⁶ além de proporcionar melhorias nos processos da Administração Pública e no controle social, bem como na maximização das ofertas dos serviços públicos.⁷

Nesse sentido, o princípio da eficiência deve estar diretamente atrelado à implementação das políticas públicas no governo eletrônico e deve servir como parâmetro para os modelos decisórios da Administração Pública, a fim de perseguir de forma mais acurada e adequada os direitos fundamentais alinhados às políticas públicas. O artigo se propõe a relacionar os conceitos de políticas públicas, governo eletrônico e princípio

¹ Hodiernamente, já é visto como um novo ramo autônomo do direito.

² RECK, Janriê Rodrigues. *O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 31.

³ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: conceitos, tipologias e subáreas. In: *A função administração pública na Bahia*, 2002, Salvador. A função administração pública na Bahia, 2002. p. 1.

⁴ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 6, p. 773-794, 2020.

⁵ RECK, Janriê Rodrigues. *O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 33-34.

⁶ VIANA, Ana Cristina Aguiar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 8, n. 1, p. 115- 136, 2021. p. 118.

⁷ ARAUJO, Marcelo Henrique de; REINHARD, Nicolau; CUNHA, Maria Alexandra. Serviços de governo eletrônico no Brasil: uma análise a partir das medidas de acesso e competências de uso da internet. *Revista de Administração Pública*, v. 52, p. 676-694, 2018. p. 677.

da eficiência, em um primeiro momento, através do método dedutivo, com pesquisa de caráter exploratório. Do mesmo modo, utiliza-se uma abordagem qualitativa, através de levantamento bibliográfico, além de análise documental de legislação e sítios eletrônicos do governo federal e de organismos internacionais que tratam sobre os temas analisados.

Isso se faz especialmente para que, compreendendo a fase de implementação das políticas públicas, bem como sua realidade imersa no governo eletrônico, se possa verificar a relevância do princípio da eficiência como guia dos agentes administrativos na legitimação de seus atos decisórios cotidianos.

O presente trabalho trata inicialmente sobre o governo eletrônico, com uma contextualização acerca de seu surgimento e evolução até os tempos atuais; desenvolve-se com a exposição da relação necessária entre políticas públicas e governo eletrônico e trata, por fim, sobre a eficiência como elemento intrínseco à implementação de políticas públicas no governo eletrônico. Assim, o artigo tem por objetivo explorar e expor reflexões sobre a relevância do princípio da eficiência para a tomada de decisões conscientes do gestor público na implementação de políticas públicas inseridas no contexto do governo eletrônico, com suas características e objetivos que lhes são próprios.

A pesquisa foi realizada com metodologia dedutiva, com caráter exploratório, a partir de uma abordagem qualitativa, com levantamento bibliográfico de autores relevantes e análise documental de sítios eletrônicos do governo federal que tratam sobre os temas analisados.

Isso se faz especialmente para que, compreendendo a fase de implementação das políticas públicas, bem como sua realidade imersa no governo eletrônico, se possa verificar a relevância do princípio da eficiência como guia dos agentes administrativos na legitimação de seus atos decisórios cotidianos.

Não se pretende oferecer respostas definitivas acerca do tema, mas sim aprimorar a discussão já existente com a contribuição da pesquisa e das reflexões do presente artigo, a fim de contribuir com a evolução do campo de estudo e com as práticas governamentais na implementação de suas políticas públicas.

2 Surgimento e evolução do governo eletrônico

A expressão “governo eletrônico”, cunhada do inglês *Electronic Government* (também sob as nomenclaturas *e-Government* ou *e-gov*), surgiu a partir do exemplo do comércio eletrônico (*e-Commerce*) e define, em essência, a informatização do setor público através da tecnologia,⁸ ou mais precisamente, o uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) pelo Poder Público, com a finalidade de se alcançar uma governança pública com maior eficiência, transparência e acessibilidade,⁹ segundo a definição adotada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).¹⁰

⁸ LENK, K.; TRAUNMÜLLER, R. Electronic government: where are we heading? In: LENK, K.; TRAUNMÜLLER, R. (org.). *Electronic Government*. EGOV 2002. Lecture Notes in Computer Science, v. 2456. Springer, Berlin, Heidelberg, 2002, p. 1.

⁹ GABARDO, Emerson; BITENCOURT, Caroline Muller. 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. p. 46.

¹⁰ A OCDE define governo eletrônico como: “the use of information and communications technologies (ICTs), and particularly the Internet, to achieve better government”. OCDE. *Background paper: implementing E-government in*

A terminologia “governo eletrônico” é fruto de um vasto esforço teórico do termo, que é amplamente consolidado no ambiente acadêmico internacional e nas instituições públicas.¹¹ Seu uso permite a exploração do tema da implementação das políticas públicas com maior versatilidade e solidez teórica, sem almejar, nesta análise, exaurir as questões atinentes às inovações tecnológicas mais recentes, que têm capacidade de profundo impacto social e alteração das estruturas da Administração Pública em sua engenharia organizacional.¹²

Desse modo, entende-se o governo eletrônico (ou digital) como o gênero do qual derivam outros conceitos, como governo 2.0, governo aberto e governo digital, cada qual com suas particularidades, que não serão exploradas neste trabalho. Como já exposto, utiliza-se, neste trabalho, o termo “governo eletrônico” como sinônimo de “governo digital” — inclusive para tudo que este representa e almeja no campo teórico.

O termo pode ser conceituado, ainda, como o uso das TICs pelo governo em prol da eficiência diante da capacidade de intercomunicação entre seus respectivos agentes, com o objetivo precípua de universalização de serviços públicos. É dividido nas categorias G2G (operações entre governos); G2B (relações entre governo e o setor privado); e G2C (relação entre o governo e seus cidadãos).¹³

Através do uso das TICs para se tornar mais transparente, confiável e democrático, o governo eletrônico viabiliza a prestação de serviços públicos de modo mais ágil, barato, transparente e eficiente. Também os processos internos e a comunicação entre os diversos agentes institucionais e externos são aprimorados.

Com o aprimoramento das tecnologias de comunicação existentes, bem como com a novidade da internet e suas facilidades para o progresso de uma sociedade globalizada, o tema ganhou maior relevância nos anos 90 em todo o mundo, inclusive com pressões dos organismos internacionais para que os governos passassem a incorporar as novas tecnologias através de reformas administrativas.¹⁴

No Brasil, o governo eletrônico ganha visibilidade pública a partir dos anos 2000, seguindo a tendência mundial, com a implementação de diversos programas, diretrizes, comitês e normas do Poder Executivo federal a fim de estimular essas reformas no Poder Público.¹⁵ Teve importante papel neste processo o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) criado pelo Programa de Governo Eletrônico do Estado brasileiro,¹⁶ com aumento de transparência de informações públicas e a criação de *websites*. A proposta

OECD countries: experiences and challenges. Disponível em: <http://www.oecd.org/mena/governance/36853121.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2024.

¹¹ VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 8, n. 1, p. 115-136, 2021. p. 131.

¹² VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 8, n. 1, p. 115-136, 2021. p. 127.

¹³ ROVER, Aires José. Introdução ao governo eletrônico. *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, 2009, p. 95, 98.

¹⁴ MESQUITA, Kamila. A evolução do governo eletrônico no Brasil e a contribuição das TIC na redefinição das relações entre governo e sociedade. *Comunicologia-Revista de Comunicação da Universidade Católica de Brasília*, p. 174-195, 2019. p. 161.

¹⁵ GABARDO, Emerson; BITENCOURT, Caroline Muller. 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. p. 48.

¹⁶ Instituído pelo Decreto Presidencial de 3 de abril de 2000.

era desenvolver ações capazes de promover as consideradas novas formas eletrônicas de interação com o cidadão brasileiro.¹⁷

No entanto, o uso das TICs na Administração Pública brasileira não é algo que se possa considerar recente: desde os anos 60 o governo brasileiro já adotava uma postura ativa em prol da utilização das TICs em processos relacionados ao armazenamento de dados e à própria gestão organizacional de suas atividades internas.¹⁸ Tampouco é recente a noção de um governo alinhado com os valores de horizontalidade e eficiência com o uso das TICs.¹⁹ O e-gov é um conceito em constante evolução e transformação, agora em uma nova era.²⁰

Hodiernamente, a OCDE entende que o governo eletrônico seria um conceito antigo e que o governo digital seria uma etapa seguinte ao governo eletrônico, como que decorrente de uma necessária mudança de paradigma a partir do surgimento de novas tecnologias, como a inteligência artificial, *blockchain*, *Big Data*, internet das coisas (IoT), *cloud computing* (com o acesso a serviços *on-demand*), web 3.0, veículos autônomos, entre outras.²¹

Para os autores que seguem este posicionamento (como Emerson Gabardo e Caroline Bitencourt), seria necessário ir além do governo eletrônico, com a Administração Pública digital, no governo digital, em que se possibilite um processo de comunicação que seja mais eficiente entre cidadãos e órgãos do Poder Público. Igualmente, a conexão dos cidadãos com os serviços públicos ofertados deve acontecer de maneira simplificada, possibilitando a verdadeira democratização do ambiente digital. A política pública deve contemplar, ainda, a erradicação do analfabetismo digital, a fim de que os chamados “invisíveis digitais” não sejam mais excluídos da sociedade e do Estado.²²

Todavia, essa perspectiva — de que o governo eletrônico seria superado e substituído pelo governo digital — está longe de ser consensual. Enquanto a OCDE defende este posicionamento em seus documentos oficiais, para que ocorra a mencionada “mudança de paradigma” e se tenha uma visão holística de governança pública a partir das novas tecnologias do século XXI, a Organização das Nações Unidas (ONU) aparentemente discorda desse posicionamento, com uma referência direta à publicação

¹⁷ BRASIL. GOVERNO FEDERAL. *Do eletrônico ao digital*. 25 nov. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/do-eletronico-ao-digital#:~:text=O%20Programa%20de%20Governo%20Eletr%C3%B4nico%20do%20Estado%20brasileiro%20surgiu%20no,3%20de%20abril%20de%202000>. Acesso em: 11 mar. 2024.

¹⁸ MESQUITA, Kamila. A evolução do governo eletrônico no Brasil e a contribuição das TIC na redefinição das relações entre governo e sociedade. *Comunicologia-Revista de Comunicação da Universidade Católica de Brasília*, p. 174-195, 2019. p. 162.

¹⁹ VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 8, n. 1, p. 115-136, 2021. p. 131.

²⁰ VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 8, n. 1, p. 115-136, 2021. p. 127.

²¹ “This new stage of maturity of digital technologies and their increasing use by governments is marking a paradigm shift from e-government to digital government”. OCDE. *Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: a Digital Economy Toolkit*. OECD, IDB 2016. p. 361. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264251823-15-en.pdf?expires=1609885581&id=id&accname=guest&checksum=9B951CE465B50EEAC8492C9B0616FB92>. Acesso em: 10 mar. 2024.

²² GABARDO, Emerson; BITENCOURT, Caroline Muller. 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. p. 47-48.

da OCDE em sentido contrário. É o que se extrai da edição de 2020 do relatório sobre o desenvolvimento digital dos Estados-membros (*E-Government Survey 2020*), elaborado pelo Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais.

Para a entidade, inexistiria distinção formal entre governo eletrônico e governo digital, tanto na academia, quanto na esfera política e prática, sendo que são termos utilizados de forma intercambiável na publicação. Salienta-se, ainda, que na *Digital Government Reference Library* (antiga *Electronic Government Reference Library*), há uma quantidade significativamente maior de referências acadêmicas que mencionam o termo *e-government* (governo eletrônico) em relação ao termo governo digital.²³ Neste posicionamento, é possível deduzir que, para a ONU, a percepção sobre o uso do termo “governo eletrônico” seria no sentido de que o conceito de governo digital estaria contido no de governo eletrônico e que ambos os termos seriam verdadeiramente sinônimos nas definições e finalidades de ambos.

Em sua edição de 2022 da mesma publicação²⁴ — a mais recente até a data deste artigo —, a ONU reafirma este mesmo posicionamento. Os termos são utilizados de modo intercambiável conquanto inexistiria qualquer distinção formal que justificasse a utilização deste ou daquele termo em prol de uma ruptura na qual o governo digital assumiria a função do governo eletrônico, em uma sucessão.

Quanto a seu desenvolvimento, para uma transformação da administração, entende-se que se trata de um processo com ao menos quatro etapas, ou fases: a informacional, para se registrar a presença *online* do governo e disponibilizar informações básicas; a interação, em que se possibilita maior interação, com possibilidades de buscas e downloads de arquivos; a transação, em que há uma interação entre governo e cidadão em um único portal, tendo por exemplos serviços como a declaração anual do imposto de renda no formato *online* e o pregão eletrônico nas contratações públicas; e, por fim, a quarta etapa, de transformação, em que se identificaria uma verdadeira conexão entre governo e cidadãos administrados, com todos os sistemas verdadeiramente interligados.²⁵

No Brasil, o termo “governo digital” passa a ser utilizado a partir de 2015 como nomenclatura mais atualizada para o governo eletrônico, entendendo que haveria uma evolução no uso da expressão, que representaria um novo conceito, com enfoque no cidadão através das tecnologias digitais. Ato contínuo, nota-se a publicação de atos normativos como o Decreto n. 8.638/2016 (Política de Governança Digital para o Poder Executivo Federal) e iniciativas como a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital), de 2018, cuja elaboração foi coordenada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, e que reforça o entendimento do governo federal segundo o qual o governo digital representaria uma evolução em relação ao governo eletrônico.²⁶

²³ UNITED NATIONS. *E-Government Survey 2020*. United Nations New York, 2020. Disponível em: [https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20\(Full%20Report\).pdf](https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20(Full%20Report).pdf). Acesso em: 11 mar. 2024.

²⁴ UNITED NATIONS. *E-Government Survey 2022*. United Nations New York, 2022. Disponível em: <https://desapublications.un.org/publications/un-e-government-survey-2022>. Acesso em: 11 mar. 2024.

²⁵ VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 8, n. 1, p. 115-136, 2021. p. 6.

²⁶ BRASIL. GOVERNO FEDERAL. *Estratégia brasileira para a transformação digital (E-Digital)*. 2018, p. 95. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/eDigital.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2024.

Outro ato que representou uma evolução do governo eletrônico no Brasil, no sentido de integrar sistemas e serviços públicos, foi o lançamento do portal único “gov.br”, instituído pelo Decreto n. 9.756/2019 e coordenado pela Secretaria de Governo Digital, vinculada originalmente ao Ministério da Economia, mas atualmente vinculada ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos.

Cita-se, ainda, outras iniciativas, como a recriação da Rede Nacional de Governo Digital e a ambiciosa Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, instituída pelo Decreto n. 10.332/2020 (com ampliação do período inicialmente proposto em 2022, para abranger também o ano de 2023, o que se fez através do Decreto n. 11.260/2022).

A Estratégia foi anunciada em plena pandemia de Covid-19, com mais de 18 diferentes objetivos,²⁷ dentre os quais, com especial relevância para este trabalho: “Políticas Públicas baseadas em dados e evidências”; “Identidade digital ao cidadão”; “Participação do cidadão na elaboração de políticas públicas”; e “O digital como fonte de recursos para políticas públicas essenciais”. Tem-se, ainda, a recente Lei n. 14.129/2021 (Lei do Governo Digital), que, já em sua ementa, declara tratar de “princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública”.²⁸ Nesta legislação, são diretrizes do governo digital e da eficiência conceitos como desburocratização, modernização, simplificação, transparência, linguagem clara, entre outros.

Embora o ideal proposto para os anos de 2020 a 2022 não tenha se concretizado em sua plenitude em razão das circunstâncias fáticas que permeavam todo o mundo, são previstas ações estratégicas para o período entre 2022 a 2026, em 7 objetivos gerais, relativamente a: acesso à internet e às tecnologias digitais; desenvolvimento de novas tecnologias; segurança no ambiente digital; formação da sociedade para o ambiente digital; competitividade no exterior; estímulo à economia; e maior acessibilidade e eficiência do governo federal em seus serviços digitais.²⁹

É oportuno mencionar que, para o período de 2024 a 2027, o Governo Federal, através do Decreto n. 12.069/2024, reforçou sua Estratégia de Governo Digital, dessa vez sob a nomenclatura “Estratégia Nacional de Governo Digital” e “Rede Gov.br”, destacando como marcos normativos a Lei de Governo Digital e a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. A plataforma Gov.br ganha ainda mais protagonismo como um sistema integrado, do qual é facultada a adesão dos demais entes da federação, com maior especificação de competências e infraestruturas públicas digitais, chamadas “IPD”.

Nessa oportunidade, são renovados os destaques para os serviços públicos prestados em meio digital, a boa aplicação dos recursos públicos para atendimento das demandas da sociedade e a transparência, com fomento à participação social para a

²⁷ GABARDO, Emerson; BITENCOURT, Caroline Muller. 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. p. 55.

²⁸ BRASIL. Lei nº 14.129/2021, de 29 de março de 2021. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017.

²⁹ BRASIL. GOVERNO FEDERAL. *Ações estratégicas ciclo 2022-2026*. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/estrategia-digital-acoes-2022-2026>. Acesso em: 11 mar. 2023.

formulação de políticas públicas. É possível identificar uma notável continuidade entre a estratégia formulada para o ciclo de 2020 a 2022 e a mais recente, para o ciclo de 2024 a 2027 e a identidade em seus valores gerais.

Ademais, neste novo decreto, há especial ênfase em um objetivo não descrito expressamente para o ciclo de 2020 a 2022: o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, o que reforça a ideia de um compromisso do Governo Federal com as políticas públicas voltadas à sustentabilidade, através do uso das ferramentas digitais proporcionadas pelo governo eletrônico.

Dessarte, na atual conjuntura, nota-se que o desenvolvimento do conceito de governo eletrônico ou digital, relacionado a uma Administração Pública digital, é constante e renova suas promessas com o passar do tempo. Inspira a expectativa de ultrapassar paradigmas engessados, representativos do passado, com o propósito de se alcançar a etapa em que haverá idealmente, não apenas um único sistema, mas uma configuração verdadeiramente digitalizada e interconectada.³⁰

3 Governo eletrônico e políticas públicas: uma relação necessária

Se o governo eletrônico tem por objetivo primordial o aumento da eficiência na Administração Pública através do uso da tecnologia em seus processos internos e serviços em prol do cidadão, aproximando-o dos agentes governamentais a um clique (ou a um toque), isso somente é possível através da implementação de programas relacionados à política pública a ele relacionada.

Nessa esteira, é preciso compreender inicialmente que não há uma definição consensual sobre o conceito de políticas públicas.³¹ No entanto, para o presente trabalho, adota-se a concepção ampla de “políticas públicas” definida por Reck, tendo estas como um complexo conjunto de decisões em rede, expressas em linguagem jurídica e inseridas em um regime jurídico constitucional-administrativo. Nesta definição, têm objetivos diretamente vinculados à concretização de direitos fundamentais, para estabelecer uma consciente mudança na sociedade, mediante um amplo planejamento no qual há instrumentos administrativos, modelos decisórios e organizacionais do aparato estatal, em um ciclo compreendido por quatro etapas necessárias: (1) agendamento; (2) formulação; (3) implementação; e (4) avaliação.³²

Sem prejuízo da definição acima, convém ainda compreendê-las como uma soma e composição dos seguintes elementos cumulados: (1) modelo organizacional; (2) modelos decisórios; (3) objetivo; (4) função; (5) tempo; e (6) poder, tendo por instrumentos os serviços públicos, o poder de polícia, o fomento, os bens públicos, a intervenção do

³⁰ VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 8, n. 1, p. 115-136, 2021. p. 6.

³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar., 1997. p. 94. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198>. Acesso em: 15 mar. 2024.

³² RECK, Janriê Rodrigues. *O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 30.

Estado na propriedade, as sanções penais, a regulação e a atividade empresarial exercida pelo Estado no setor privado.³³

É precisamente na etapa de implementação que as políticas públicas são trazidas para o mundo dos fatos, na tomada de decisões materiais em um modelo organizacional, tendo as diretrizes da política e os objetivos de determinado programa como os vetores dessa etapa.³⁴ Nesse diapasão, dá-se enfoque às políticas públicas em sua etapa de implementação, sob a perspectiva do governo eletrônico e especialmente do princípio da eficiência na tomada de decisões administrativas cotidianas, sem buscar o aprofundamento em qualquer discussão epistemológica sobre a Administração Pública digital, por uma opção metodológica e dada a limitação do presente trabalho.

Os instrumentos das TICs no âmbito do governo eletrônico servem às finalidades de prestação e universalização de serviços públicos (e-serviços), aumento de transparência, melhora na comunicação, maior participação social nos atos e processos decisórios (e-democracia), maior controle e maior celeridade em geral. No entanto, para que tais finalidades sejam efetivamente alcançadas, os modelos organizacionais e decisórios utilizados no momento da formulação das políticas públicas devem estar adequados a essa realidade digital, a fim de que, quando as políticas forem implementadas, tudo convirja para que os diversos agentes administrativos envolvidos nesse processo tenham consigam executá-las adequadamente. Para tanto, é imprescindível que tais agentes administrativos recebam capacitações periódicas, sob pena de subaproveitamento.

Não por acaso, Bucci afirma que o sucesso das políticas públicas ocorre, em grande medida, pela “qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa”.³⁵ Desta forma, o uso da tecnologia implica a necessidade de aprimoramento nos processos administrativos, de modo geral. Assim, a gestão dinâmica das organizações responsáveis pela implementação de políticas públicas em um corpo de decisões interligadas — estando estas conectadas a uma determinada hierarquia a nível pessoal e institucional — exige que os mencionados investimentos em tecnologias não permaneçam apenas no plano das ideias. É necessário que sejam constantemente aplicados, de forma simétrica entre todos os entes federativos, sob pena de se ter um desequilíbrio na realidade sensível.

É dizer, como concluem Przybylovicz, Cunha e Meirelles, com as TICs, é possível transformar o potencial econômico de uma região aumentar a competitividade, favorecendo assim novas oportunidades de negócios e inovação, para que ele se torne uma *smart city*.³⁶ Nesta senda, aparenta muito razoável a categórica afirmação de

³³ RECK, Janriê Rodrigues. *O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 58, 66.

³⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar., 1997. p. 96. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198>. Acesso em: 15 mar. 2024.

³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar., 1997. p. 97. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198>. Acesso em: 15 mar. 2024.

³⁶ PRZEYBLOVICZ, Erico; CUNHA, Maria Alexandra; MEIRELLES, Fernando. O uso da tecnologia da informação e comunicação para caracterizar os municípios: quem são e o que precisam para desenvolver ações de governo eletrônico e smart city. *Revista de Administração Pública*, v. 52, p. 630-649, 2018. p. 643.

Gabardo de que o uso das ferramentas das TICs tem o potencial de aumentar a interação entre os entes federativos em um país com modelo federativo.³⁷

Ato contínuo, uma pesquisa quantitativa realizada com técnicas descritivas e de agrupamentos, com o auxílio do *software* SPSS® para analisar a caracterização de grupos de municípios por infraestrutura e uso das TICs,³⁸ concluiu que os municípios mais pobres dificilmente conseguem formular políticas públicas que se beneficiem de tecnologia, exatamente por dependerem fortemente dos recursos fornecidos por outros entes federativos mais ricos. Além das barreiras financeiras, o desenvolvimento do governo eletrônico esbarra, ainda, na deficiência em recursos técnicos e agentes qualificados em municípios menores.³⁹

As políticas públicas para implementação do governo digital encontram fontes de financiamento na própria Constituição de 1988, em especial, no §7º do artigo 39 e artigo 218, que estabelecem a obrigação, ao Estado brasileiro, de legislar e realizar investimentos de capital em inovação e tecnologia, em todos os níveis federativos, inclusive através de fomento.⁴⁰ Pondera-se, ainda, que os investimentos em recursos tecnológicos para a implementação do governo digital, com a consequente melhoria na prestação e acesso a serviços públicos, inserem-se no contexto de efetivação de direitos fundamentais, ínsito ao Estado Social Democrático de Direito brasileiro. A formulação de políticas públicas nessa temática deve ser permeada pela inovação e deve ocorrer de forma mais ampla possível a fim de favorecer a adoção de medidas estratégicas efetivas.

Merece atenção o fato de o governo eletrônico, através do uso das TICs mais adequadas, ser uma política pública de promoção e efetivação de diversos direitos sociais, promovendo verdadeira assistência às demais políticas públicas, com facilidades inimaginadas no passado. Não há conflito possível entre o investimento nas TICs e os direitos fundamentais, já que há uma estrita ligação destas com aqueles direitos.⁴¹

De maneira geral, a implementação dos Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU depende dos governos eletrônicos, cuja realização, em âmbito interno, se dá por meio das políticas públicas, pois demandam, para sua consecução, uma série de procedimentos, com objetivos e diretrizes muito claros⁴² para este fim. A implementação de políticas públicas que garantam um governo digital que possa chegar a todos os cidadãos, independentemente de sua classe social promove a possibilidade de acesso a serviços públicos de maneira mais eficiente, corroborando o ODS 16 — Paz, Justiça e Instituições Eficazes —, em especial, porque contribui para o

³⁷ GABARDO, Emerson; REYNA, Justo; SANTOS, Fabio de Sousa. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. *Sequência (Florianópolis)*, n. 85, v. 2020, p. 30-50, 2020. p. 34.

³⁸ Tendo por base os dados coletados na Pesquisa de Informações Básicas dos Municípios (Munic), realizada pelo IBGE em 2014.

³⁹ PRZEYBILOVICZ, Erico; CUNHA, Maria Alexandra; MEIRELLES, Fernando. O uso da tecnologia da informação e comunicação para caracterizar os municípios: quem são e o que precisam para desenvolver ações de governo eletrônico e smart city. *Revista de Administração Pública*, v. 52, p. 630-649, 2018. p. 646.

⁴⁰ CABRAL, Rodrigo Maciel; VALLE, Vivian Cristina Lima López. Administração pública digital e a implementação dos objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 17, p. 187-225, 2022. p. 202.

⁴¹ CABRAL, Rodrigo Maciel; VALLE, Vivian Cristina Lima López. Administração pública digital e a implementação dos objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 17, p. 187-225, 2022. p. 200.

⁴² BITENCOURT, CAROLINE MÜLLER; RECK, Janriê. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 16, p. 131-151, 2016. p. 136

desenvolvimento de “instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis” (meta 16.6).

A União Internacional de Telecomunicações (*International Telecommunication Union*), agência da ONU especializada em TICs, ao avaliar o uso da tecnologia em sua função de auxiliar o desenvolvimento sustentável, entende que a tecnologia está conectada à implementação de seus objetivos para o desenvolvimento sustentável. Para a agência, não é mais possível dissociar qualquer atividade econômica das Tecnologias da Informação e Comunicação, o que expressou através da publicação do relatório: “*Fast-forward progress: Leveraging tech to achieve the global goals*”.⁴³

Ocorre que, por outro lado, há significativa parcela da população incapaz de acesso aos serviços públicos digitais por não ter acesso à internet. Essa realidade é um fator que coloca tal população em posição de invisibilidade digital, ou seja, em uma vulnerabilidade que gera uma fundamental incompatibilidade entre a adoção das novas tecnologias que dependem do usuário (cidadão) e a concepção dos direitos sociais mediante a disponibilização desses serviços, proporcionados pelas políticas públicas, exclusivamente por meios, para muitos, inacessíveis.⁴⁴ Esse também é um problema que merece ser enfrentado por políticas públicas que proporcionem o acesso universal à internet.

4 A eficiência como elemento intrínseco à implementação de políticas públicas no governo eletrônico

O princípio da eficiência, enquanto princípio da Administração Pública gravado no art. 37 da Constituição da República de 1988 por força da Emenda Constitucional n. 19/1998, integra as políticas públicas, assim como norteia todos os atos da Administração Pública.⁴⁵ Considera-se o princípio da eficiência em seus quatro atributos: racionalização, produtividade, economicidade e celeridade, tendo o primeiro como principal atributo e os outros três como decorrência deste. É tratado muitas vezes pelos doutrinadores como sinônimo de celeridade ou economicidade e, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, tem diferentes significados em cada situação jurídica, havendo uma multiplicidade de condicionantes.⁴⁶

No caso da implementação das políticas públicas, convém considerar que são definidas a partir de objetivos, diretrizes e modelos decisórios específicos a partir de uma determinada estrutura organizacional. Desse modo, a aplicação do princípio da eficiência na etapa de implementação decorre do estrito cumprimento a este preceito, determinado desde a formulação e tendo por instrumentos tais fluxos de decisões coordenadas. Mas

⁴³ INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. *Fast-forward progress: Leveraging tech to achieve the global goals*. United Nations New York, 2022. Disponível em: https://www.itu.int/en/sustainable-world/Documents/Fast-forward_progress_report_414709%20FINAL.pdf. Acesso em: 14 mar. 2024.

⁴⁴ GABARDO, Emerson; REYNA, Justo; SANTOS, Fabio de Sousa. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. *Sequência (Florianópolis)*, n. 85, v. 2020, p. 30-50, 2020. p. 38.

⁴⁵ RECK, Janriê Rodrigues. *O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 54.

⁴⁶ GABARDO, Emerson. *Princípio da eficiência*. São Paulo: PUCSP, 2017 (Verbete). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia>.

é importante observar que os instrumentos das políticas públicas não se limitam aos modelos decisórios: compreendem também: serviços públicos, fomento, uso de bens públicos, intervenção na economia, poder de polícia, regulação, legislação, entre outros.⁴⁷

Com as TICs, instruir e capacitar os agentes públicos a adotarem soluções amparadas por informações qualificadas, com modelos bem definidos, tendo claras diretrizes, é algo que otimiza o processo decisório. Consequentemente, privilegia-se a produtividade, aumenta-se a celeridade nos atos responsivos e se estimula a busca pela melhor alternativa possível, pois o exercício eficiente da administração exige que esta atue de forma ágil, econômica e produtiva,⁴⁸ o que é possível em um governo eletrônico ideal.

Não se ignora, no entanto, que muitas vezes a Administração Pública pode deixar de implementar determinada política pública da qual necessita um particular através de um ato omissivo. Um exemplo disso, ainda que trazido de modo meramente hipotético e abstrato neste trabalho para reflexão, é o não fornecimento de determinado medicamento ou fórmula nutricional especializada a paciente brasileiro que, necessitado em razão de seu quadro clínico, não vê alternativa senão judicializar sua demanda. O faz através da Defensoria Pública, que o atende em videochamada, para que consiga a implementação da política de fornecimento de medicamentos através de um pedido liminar — que é o instrumento utilizado para a consecução de seu direito —, sendo que sua petição é distribuída a juízo que analisa (e concede), diariamente, diversos casos análogos ao daquele paciente.

No exemplo hipotético em questão, a implementação da política pública vinculada ao direito fundamental à saúde e à dignidade da pessoa humana — política somente viabilizada através do Sistema Único de Saúde, no Estado Social brasileiro —, ocorre, não a partir de uma aplicação direta dos programas do Poder Executivo, mas da ação judicante do Poder Judiciário. Este, em obediência à regra da inafastabilidade da jurisdição contra lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/88), e através de um sistema judicial totalmente eletrônico, preenche uma lacuna decorrente de uma omissão ilegal do Poder Público comprometido com aquela política pública. É dizer, também o controle, interno ou externo, exercido sobre a Administração, também corrobora na implementação das políticas públicas existentes, com eficiência.⁴⁹ Muitas vezes, por falta de alternativas, judicializar é a forma mais eficiente (ou a única forma) para se entregar o resultado útil ao cidadão.

Note-se que mesmo em caso de judicialização, elementos ínsitos às TICs estão envolvidos no exemplo hipotético para o fornecimento do medicamento ao cidadão: o defensor público que viabilizou a petição eletrônica através de seu computador (possivelmente em *home office*); a célere distribuição e conclusão dos autos em processo eletrônico; a aquisição do medicamento através de processo eletrônico de contratação, realizado em plataforma de portal unificado; entre outros.

⁴⁷ RECK, Janriê Rodrigues. *O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 136.

⁴⁸ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, v. 1, p. 131, 2018. p. 138.

⁴⁹ A COSTA, Ilton Garcia; DOS SANTOS, Ana Flavia Coelho. O princípio da eficiência e a (i)legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas. *Prisma Jurídico*, v. 20, n. 2, p. 311-329, 2021. p. 321.

As TICs também podem auxiliar no controle pelo próprio Executivo em relação a essas “ausências” de políticas públicas, parametrizando a ocorrência reiterada de casos semelhantes, os valores despendidos, o andamento dos processos. A eficiência representa a característica gerencial à gestão estatal,⁵⁰ exatamente para que se tenha uma otimização na persecução da finalidade a que se busca atingir: a concretização de direitos fundamentais.

E, neste aspecto, se revela o princípio da eficiência como elemento intrínseco à implementação de políticas públicas no governo eletrônico. Se as TICs (e, por extensão, o governo eletrônico) são devidamente compreendidas como um aproveitamento de saberes acumulados pela ciência⁵¹ no âmbito das tecnologias digitais, investir em soluções tecnológicas inovadoras para a implementação das políticas públicas⁵² é também investir na solução mais científica à disposição, e também mais eficiente, além de cumprir os preceitos insculpidos nos arts. 218 e seguintes da Constituição de 1988.

5 Considerações finais

Estudar as políticas públicas a partir de uma realidade na qual a Administração Pública busca inserir seus instrumentos e recursos nas TICs é desafiador, pois trata-se de um campo que, à luz do Direito, está em constante evolução. Há uma gama de autores que se revelam extremamente qualificados em suas pesquisas, além de muita interdisciplinaridade com outras áreas da ciência.

Ademais, como se viu, o governo eletrônico, há muito, é uma realidade no Brasil — realidade esta mais nítida especialmente com a existência de plataformas como “gov.br” e o “Portal Nacional de Compras Públicas” —, com serviços já popularizados entre os cidadãos. Como exemplo, tem-se o envio da Declaração Anual do Imposto de Renda à Receita Federal, a consulta de CNPJs, informações sobre multas de trânsito, o acesso a informações sobre as estruturas organizacionais de órgãos governamentais, os Portais da Transparência, com o respectivo Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), o voto eletrônico, entre outros. Tem por maior expressão legislativa a promulgação da Lei n. 14.129/2021, que regula o Governo digital no Brasil e estabelece diretrizes específicas, prevendo, ainda, o estabelecimento de plataformas de governo digital, mesmo sem detalhá-las.

No governo eletrônico, as políticas públicas não mais se dissociam desse contexto: pode-se falar em qualquer política pública, mas aparentemente não é mais possível dissociá-las da incorporação dos TICs ao cotidiano da gestão pública, de tal forma que o princípio da eficiência deve reger a implementação das políticas públicas e, antes de tudo, estar presente em seus atos decisórios. Considera-se, desse modo, o mandamento constitucional de investimento em inovação, por se tratar de uma escolha alinhada à ciência e, consequentemente, em favor do princípio da eficiência. Sem embargo, essa

⁵⁰ CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 1, p. 151-174, 2018.

⁵¹ GABARDO, EMERSON; REIS, Luciano Elias. Ciência, tecnologia e Inovação como deveres públicos relativos ao Estado e à sociedade civil no Brasil. *Revista do Direito (Santa Cruz do Sul)*, v. 2, p. 38-59, 2017. p. 46.

⁵² Com sistemas integrados, otimização de processos e facilidade de acesso ao destinatário final, em qualquer dispositivo.

realidade, já positivada no ordenamento jurídico brasileiro, evidencia a primordial relevância do princípio da eficiência para a implementação das políticas públicas no contexto do governo eletrônico.

Referências

ARAUJO, Marcelo Henrique de; REINHARD, Nicolau; CUNHA, Maria Alexandra. Serviços de governo eletrônico no Brasil: uma análise a partir das medidas de acesso e competências de uso da internet. *Revista de Administração Pública*, v. 52, p. 676-694, 2018.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 16, p. 131-151, 2016.

BRASIL. GOVERNO FEDERAL. *Linha do tempo: do eletrônico ao digital*. [Brasília]: Governo Federal, 25 nov. 2019. Atualizado em 4 mar. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/do-eletronico-ao-digital#:~:text=O%20Programa%20de%20Governo%20Eletr%C3%B4nico%20do%20Estado%20brasileiro%20surtiu%20no,3%20de%20abril%20de%202000>. Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. GOVERNO FEDERAL. *Estratégia brasileira para a transformação digital (E-Digital)*. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/eDigital.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2023.

BRASIL. GOVERNO FEDERAL. *Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital): Ciclo 2022-2026*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/estrategia-digital-acoes-2022-2026>. Acesso em: 11 mar. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar., 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198>. Acesso em: 15 mar. 2024.

CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 1, p. 151-174, 2018.

CABRAL, Rodrigo Maciel; VALLE, Vivian Cristina Lima López. Administração pública digital e a implementação dos objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 17, p. 187-225, 2022.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 6, p. 773-794, 2020.

CHUDZIJ, Luísa Fófano. Políticas Públicas sob a *ótica* da democracia participativa: A participação popular por meio das redes sociais como mecanismo para maximizar o princípio da eficiência. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 8, n. 1, p. 227-253, 2021.

DA COSTA, Ilton Garcia; DOS SANTOS, Ana Flavia Coelho. O princípio da eficiência e a (i)legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas. *Prisma Jurídico*, v. 20, n. 2, p. 311-329, 2021.

DO AMARAL, Antônio Carlos Cintra. O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo. CELC, 2014. Disponível em: <https://www.cintradoamaral.com.br/homenagem/arquivos/C-198-o-principio-da-eficiencia-no-direito-administrativo.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2024.

GABARDO, Emerson; BITENCOURT, Caroline Muller. 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.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, v. 1, p. 131, 2018.

GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. Ciência, tecnologia e Inovação como deveres públicos relativos ao Estado e à sociedade civil no Brasil. *Revista do Direito (Santa Cruz do Sul)*, v. 2, p. 38-59, 2017.

GABARDO, Emerson; REYNA, Justo; SANTOS, Fabio de Sousa. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. *Sequência (Florianópolis)*, n. 85, v. 2020, p. 30-50, 2020.

GABARDO, Emerson. *Princípio da eficiência*. São Paulo: PUCSP, 2017 (Verbete). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia>.

LANIUS, Danielle Cristina; JUNIOR, Ivo Teixeira Gico; STRAIOTTO, Raquel Maia. O princípio da eficiência na jurisprudência do STF. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 2, p. 107-148, 2018.

LENK, K.; TRAUNMÜLLER, R. Electronic government: where are we heading? In: LENK, K.; TRAUNMÜLLER, R. (org.). *Electronic Government*. EGOV 2002. Lecture Notes in Computer Science, vol. 2456. Springer, Berlin, Heidelberg, 2002.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. *Fast-forward progress: Leveraging tech to achieve the global goals*. United Nations New York, 2022. Disponível em: https://www.itu.int/en/sustainable-world/Documents/Fast-forward_progress_report_414709%20FINAL.pdf. Acesso em: 14 mar. 2024.

MESQUITA, Kamila. A evolução do governo eletrônico no Brasil e a contribuição das TIC na redefinição das relações entre governo e sociedade. *Comunicologia-Revista de Comunicação da Universidade Católica de Brasília*, p. 174-195, 2019.

OCDE. *Background paper: implementing E-government in OECD countries: experiences and challenges*. Disponível em: <http://www.oecd.org/mena/governance/36853121.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2024.

OCDE. *Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: a Digital Economy Toolkit*. OECD, IDB 2016. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264251823-15-en.pdf?expires=1609885581&id=id&accname=guest&checksum=9B951CE465B50EEAC8492C9B0616FB92>. Acesso em: 10 mar. 2024.

PETHECHUST, Eloi; WUNDER HACHEM, DANIEL. Políticas públicas para o consumo como mecanismo de indução das empresas transnacionais ao respeito aos direitos humanos. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, p. 1-16, 2020.

PRZEYBILOVICZ, Erico; CUNHA, Maria Alexandra; MEIRELLES, Fernando. O uso da tecnologia da informação e comunicação para caracterizar os municípios: quem são e o que precisam para desenvolver ações de governo eletrônico e smart city. *Revista de Administração Pública*, v. 52, p. 630-649, 2018.

RECK, Janriê Rodrigues. *O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

ROVER, Aires José. Introdução ao governo eletrônico. *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, 2009.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: conceitos, tipologias e subáreas. In: *A função administração pública na Bahia*, 2002, Salvador. A função administração pública na Bahia, 2002.

UNITED NATIONS. *E-Government Survey 2022*. United Nations New York, 2022. Disponível em: <https://desapublications.un.org/publications/un-e-government-survey-2022>. Acesso em: 11 mar. 2024.

VALLE, Vivian Cristina Lima López; HEINZEN FELISBERTO, Jérica. Administração Pública digital: limites e possibilidades em atenção à desigualdade social e ao custo dos direitos. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 9, p. 151-180, 2023.

VALLE, Vivian Cristina Lima López; RODELLI, Luiz Felipe de Lima. Contratos administrativos e políticas públicas: a era do Estado contratualizado. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI*, v. 5, p. 21-44, 2021.

VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 8, n. 1, p. 115-136, 2021.

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

KLEINA, José Henrique. A implementação de políticas públicas no governo eletrônico e o princípio da eficiência. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 551-566. ISBN 978-85-450-0925-2.

MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA (MIP): PERMISSÃO CONSTITUCIONAL E ADEQUAÇÃO À LEI N. 14.133/2021

MARIANA BUENO RESENDE

Mestre em Direito e Administração pública pela UFMG
Assessora de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Professora

Resumo: A Nova Lei de Licitações e Contratos positivou, no âmbito das contratações públicas em geral, o procedimento de manifestação de interesse (PMI) como um procedimento auxiliar, em consonância com a transformação da atuação estatal, inicialmente centrada no ato unilateral impositivo, para uma atuação de horizontalidade, permeável à cooperação da iniciativa privada. A participação privada na fase de planejamento da licitação tem o potencial, quando bem regulamentada e implementada, de conferir eficiência e legitimidade à decisão administrativa, além de incentivar a inovação nas contratações públicas. Contudo, a Lei n. 14.133/2021 previu apenas a hipótese na qual o PMI é provocado pela própria administração pública, omitindo-se em relação à possibilidade de que a iniciativa privada, de forma espontânea, apresente projetos e estudos de interesse da coletividade. Tal possibilidade, por outro lado, já foi prevista em âmbito regulamentar, na União (Decreto Federal n. 8.428/2015), sem alteração de nomenclatura, e em estados e municípios, normalmente sob a designação de manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP). Dessa forma, o objetivo do trabalho é estudar a adequação desse instrumento iniciado pela iniciativa privada ao ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo aos ditames constitucionais, para demonstrar a viabilidade jurídica da sua previsão nos regulamentos independentemente de disposição expressa na Lei n. 14.133/2021. Realizou-se, ainda, análise da sistemática adotada em âmbito internacional, com ênfase na experiência chilena, um dos países pioneiros na utilização das propostas não solicitadas para desenvolvimento de projetos de infraestrutura, além de pesquisa das melhores práticas orientadas pelos organismos internacionais.

Palavras-chave: Lei n. 14.133/2021. Participação privada. Procedimento de manifestação de interesse (PMI). Manifestação de Interesse Privada (MIP). Propostas não solicitadas.

Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamentos constitucionais para utilização do procedimento de manifestação de interesse (PMI) e da manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP). 3 Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) no ordenamento jurídico brasileiro. 4 *Unsolicited Proposals* no direito comparado e o modelo chileno das “iniciativas privadas”. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

A Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei n. 14.133/2021, embora não tenha implementado uma ruptura de paradigma em relação à sistemática da legislação anterior, positivou inovações relevantes e consolidou entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, ampliando, em certa medida, segurança jurídica aos aplicadores do direito.

Entre as inovações, destaca-se a previsão do procedimento de manifestação de interesse, (PMI) entre os instrumentos auxiliares às licitações e contratações. Mencionado instrumento permite que a administração pública solicite à iniciativa privada a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, por meio de procedimento aberto iniciado com a publicação do edital de chamamento público.

Suas principais características foram delineadas no art. 81, §2º, ao prever que a realização dos estudos pela iniciativa privada não garante direito de preferência no processo licitatório; não obriga o poder público a iniciar a licitação; não implica, por si só, direito de ressarcimento e será remunerada somente pelo vencedor da licitação, quando esta for realizada, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

É certo que o PMI já estava previsto no ordenamento jurídico brasileiro (Lei n. 8.987/1995, Lei n. 11.079/2004 e Lei n. 13.303/2016) e tem sido utilizado pela administração pública, sobretudo nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Dessa forma, a principal contribuição da Lei n. 14.133/2021 sobre o tema foi a ampliação da aplicabilidade desse instrumento auxiliar às contratações públicas em geral, possibilitando a utilização do conhecimento e experiência da iniciativa privada na modelagem das contratações públicas. Tal previsão reflete o movimento vivenciado na administração pública de abertura à participação privada e consensualidade. Isso porque a contestação da administração pública como exclusiva definidora e executora do interesse público¹ leva à construção de espaços de ingerência privada na atuação administrativa, seja na influência da tomada de decisões, no controle amplo ou na atuação colaborativa. A participação direta dos cidadãos na gestão dos interesses da coletividade ganha importância na atualidade, constituindo fator essencial para a realização dos direitos e garantias fundamentais.

¹ Nesse sentido, Jacques Chevalier leciona que “o interesse geral não é mais considerado como produto de uma geração espontânea: à base de sua formação, encontram-se necessariamente os interesses particulares dos indivíduos e dos grupos; em decorrência, interesse geral e interesses particulares não aparecem mais como sendo de natureza radicalmente diferente e sua oposição tende a desaparecer”. (CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 84.)

Ocorre que a Nova Lei de Licitações e Contratos, ao dispor sobre o PMI, tratou apenas do procedimento quando iniciado pela administração pública, omitindo-se em relação à participação privada de forma espontânea que, em alguns decretos estaduais, foi denominada manifestação de interesse privado (MIP).²

Inicialmente, antes mesmo da edição da Lei n. 14.133/2021, o Decreto Federal n. 5.977/2006, que disciplinava o PMI em âmbito federal, vedava expressamente essa possibilidade (artigo 3º, §2º).³ A repulsa à aproximação com a iniciativa privada se deve, em muito, à concepção equivocada de que a sua participação atrai para o âmbito da atividade estatal os interesses privados considerados contrários aos interesses públicos.

Contudo, a evolução da temática da participação privada no planejamento das contratações e o reconhecimento da sua relevância para melhoria dos serviços prestados à sociedade influenciaram a revogação do normativo pelo Decreto Federal n. 8.428/2015, para dispor que o PMI será aberto mediante chamamento público, a ser promovido pelo órgão ou pela entidade que detenha a competência, de ofício ou por provocação de pessoa física ou jurídica interessada (art. 3º).

Apesar desse cenário regulamentar, a Lei n. 14.133/2021, ao tratar do procedimento de manifestação de interesse como instrumento auxiliar das contratações públicas em geral, não previu expressamente a possibilidade de que sua iniciativa se dê mediante provocação do setor privado. Diante disso, o presente estudo objetiva demonstrar que a ausência de previsão expressa na Lei n.14.133/2021 não obstaculiza que os decretos regulamentares prevejam que a iniciativa privada possa apresentar, espontaneamente, estudos, investigações, levantamentos e projetos para subsidiar a modelagem da futura contratação, sobretudo diante do seu fundamento constitucional.

Para tanto, buscou-se conceituar as manifestações de interesse da iniciativa privada (MIP) e demonstrar sua consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, por meio de pesquisa teórica em textos doutrinários, previsões constitucionais e das normas administrativas. Realizou-se, ainda, pesquisa jurídico-comparativo acerca da participação privada na modelagem de licitações públicas em outros países e também entre os entes federados brasileiros.⁴

² Destaca-se, nesse sentido, o Decreto do Estado de Minas Gerais nº 48.377, de 15/03/2022, que traz a seguinte definição: “Art. 2º – Para os fins deste decreto, considera-se: [...] II – Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP: apresentação de propostas elaboradas por pessoa física ou jurídica de direito privado, mediante requerimento, para o desenvolvimento de estudos, levantamentos, investigações ou projetos, com a finalidade de subsidiar a estruturação de parcerias pela Administração Pública; [...]”.

³ “Art. 3º As pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada que pretendam apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações deverão protocolizar, na Secretaria-Executiva do CGP, requerimento de autorização no qual constem as seguintes informações: [...] §2º Serão recusados requerimentos de autorização que não tenham sido previamente solicitados pelo CGP ou que tenham sido apresentados em desconformidade com o escopo da solicitação.”

⁴ A presente pesquisa foi embasada em dissertação de mestrado cuja referência foi suprimida para assegurar o anonimato do trabalho.

2 Fundamentos constitucionais para utilização do procedimento de manifestação de interesse (PMI) e da manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP)

Ainda que o PMI e a MIP não estejam previstos expressamente na Constituição, a possibilidade de que particulares apresentem estudos, investigações, levantamentos e projetos para a administração guarda relação com o direito de petição. Segundo o artigo 5º, XXXIV, “a” da CR/88, é assegurado a todos o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Conforme leciona José Afonso da Silva, o direito de petição possui dois aspectos: pode ser uma reclamação de caráter contencioso ou uma “manifestação da liberdade de opinião e revestir-se do caráter de uma informação ou de uma aspiração dirigida a certas autoridades”.⁵ É nessa segunda hipótese que se enquadra a manifestação de interesse privada.

Referidos procedimentos auxiliares também têm fundamento, de modo mais amplo, no princípio da participação popular decorrente do Estado Democrático de Direito, “concebida como a possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão da Administração Pública, de caráter consultivo ou deliberativo”.⁶

Sobre a participação popular, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “essa ideia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito – permitindo falar em democracia participativa – como também com a previsão de vários instrumentos de participação”.⁷ A autora traz como exemplos: o direito à informação (art. 5º, XXX), a participação do usuário de serviços públicos na administração direta e indireta (art. 37, §3º), o direito de denunciar irregularidades perante os tribunais de contas (art. 74, §2º), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III) e do ensino público (art. 206, VI), além de “inúmeras normas contidas na legislação ordinária prevendo também essa participação, como ocorre na Lei Geral de Telecomunicações, na Lei de Licitações e Contratos, na Lei de Processo Administrativo”.⁸

No Estado Democrático de Direito, verifica-se que a decisão por meio do ato administrativo unilateral e imperativo tem sido transformada por uma atuação consensual, que permite a influência dos interesses plurais existentes na sociedade.⁹ Assim, “ao lado das relações de sujeição, nas quais o particular aparece como administrado, criaram-se situações nas quais possui, na qualidade de utente do serviço, um poder de exigir, e situações de colaboração”.¹⁰

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 443

⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 21.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no Direito Administrativo Brasileiro. *Interesse Público - IP*. Belo Horizonte, n. 30, ano 7, mar./abr. 2005 Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=50030>. Acesso em: 11 set. 2024.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no Direito Administrativo Brasileiro. *Interesse Público - IP*. Belo Horizonte, n. 30, ano 7, mar./abr. 2005 Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=50030>. Acesso em: 11 set. 2024.

⁹ MELO, Cristina Andrade. A participação popular nos contratos administrativos. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 43.

¹⁰ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Almedina: Coimbra, 1981. p. 33.

Odete Medauar, citando Nigro, afirma que “a participação se apresenta ‘como expressão e efeito da moderna ideia da relação Estado-sociedade, em que se vislumbra não rigorosa separação, nem fusão, mas recíproca coordenação’” e acrescenta que “a participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas consensuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses”.¹¹

Nesse contexto, de abertura do ato administrativo à influência direta da sociedade na busca da melhor atuação estatal, por meio da troca de informações, da ponderação dos interesses envolvidos e da formulação, pela iniciativa privada, de soluções para os problemas detectados, o procedimento de manifestação de interesse e a manifestação de interesse da iniciativa privada se enquadram como instrumentos relevantes. Isso porque, que a atuação consensual “vai além de estimular a prática de *condutas privadas* de interesse público, passando a estimular a criação de *soluções privadas* de interesse público que concorram para enriquecer os modos e formas de atendimento”.¹²

Nos procedimentos de manifestação de interesse adotados nas concessões tradicionais e parcerias público-privadas, é mais frequente a participação dos agentes econômicos interessados na futura contratação, mas não se pode olvidar a natureza democrática do instrumento, como forma de participação dos cidadãos na tomada de decisões pelo poder público, com o intuito de que se ajustem às demandas sociais.

A MIP, dessa forma, é instrumento hábil de participação do cidadão “que assume posturas proativas perante uma Administração Pública que deve agir em proveito dos cidadãos e de toda a sociedade”.¹³ Por meio dela, pode-se efetivar uma participação de caráter cidadã, decorrente do desenvolvimento político do país, “em que os participantes têm voz ativa na condução da função administrativa, de forma a legitimar as decisões estatais a partir de suas manifestações”.¹⁴

A Constituição da República de 1988, indiretamente, possibilita e ao mesmo tempo condiciona a utilização da MIP, impondo que sua realização homenageie os princípios vetores da administração pública, com destaque para a publicidade, moralidade, isonomia, legalidade, motivação, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica. Observa-se, ainda, a incidência de princípios inerentes aos processos competitivos, tais como a vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e ampla participação.

Portanto, embora não exista previsão expressa na Lei n. 14.133/2021 sobre o procedimento de manifestação ser iniciado de forma espontânea pela iniciativa privada, entende-se que há fundamento constitucional para que os decretos o prevejam em seus regulamentos.

¹¹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 229.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 23. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2003. p. 156.

¹³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 166-167.

¹⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. Procedimento de Manifestação de Interesse e o planejamento estatal de infraestrutura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, jun. 2014. Disponível em: <http://bid.editorafor.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=119928>. Acesso em: 11 set. 2024.

Nesse sentido, Fabrício Motta e Bruno Belém observam que a ausência de previsão não significa “que o setor privado não possa provocar a Administração Pública a respeito”,¹⁵ sobretudo porque se mostra um mecanismo benéfico e consentâneo com a participação democrática. Dessa maneira, “independentemente da iniciativa, o procedimento deverá ser aberto por meio de publicação de edital de chamamento público”¹⁶ com a disponibilização das informações, estudos ou os levantamentos preliminares já realizados. Os autores ressaltam que o PMI, apesar de não constituir modalidade licitatória, insere-se “no universo das licitações e contratações públicas, meio no qual continua vedada a prática de atos que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório (artigo 9, I, da Lei n. 14.133/2021 c/c artigo 37, caput da Constituição)”.¹⁷

3 Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) no ordenamento jurídico brasileiro

André Castro Carvalho explica que a distinção entre o procedimento de manifestação de interesse tradicional e a manifestação de interesse iniciada pela iniciativa privada reside no fato de que, neste último caso, “o objeto principal da participação proativa é trazer uma ideia fundamentada de um projeto de infraestrutura, enquanto que o da participação reativa é desenvolvê-la”.¹⁸

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nomenclatura padronizada sobre o procedimento de apresentação espontânea de projetos à administração pública. Em muitos casos, não há diferenciação entre os instrumentos a partir da sua iniciativa, mas apenas a previsão de que o procedimento possa ser iniciado de formas diferentes: pelo poder público ou pela iniciativa privada.¹⁹

Para o presente estudo, considerando o objetivo primordial de incluir no **âmbito** de aplicação do art. 81 da Lei n. 14.133/2021 também os procedimentos não provocados pela administração pública, será utilizada a expressão, atribuída por algumas legislações, de “Manifestação de Interesse Privado – MIP”, de modo a facilitar a compreensão sobre o tema.

A possibilidade de que qualquer interessado possa pleitear à administração pública a autorização para realização de estudos, ideias, projetos que não tenham sido requeridos, da mesma forma que o procedimento de manifestação de interesse,

¹⁵ MOTTA, Fabrício; BELÉM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse na nova lei de licitações. In: BELÉM, Bruno; CARVALHO, Matheus; CHARLES, Ronny (coord.). *Temas controversos da nova Lei de licitações e contratos*. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

¹⁶ MOTTA, Fabrício; BELÉM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse na nova lei de licitações. In: BELÉM, Bruno; CARVALHO, Matheus; CHARLES, Ronny (coord.). *Temas controversos da nova Lei de licitações e contratos*. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

¹⁷ MOTTA, Fabrício; BELÉM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse na nova lei de licitações. In: BELÉM, Bruno; CARVALHO, Matheus; CHARLES, Ronny (coord.). *Temas controversos da nova Lei de licitações e contratos*. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

¹⁸ CARVALHO, André Castro. A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura: um estudo sobre as MIPs e os PMIs no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 9-23, jul./set. 2014.

¹⁹ Nesse sentido, o Decreto Federal n. 8.428/2015.

é fundamentada no art. 21 da Lei n. 8987/1995 – Lei Geral de Concessões.²⁰ A hipótese não está prevista expressamente no dispositivo, que, aliás, não descreve como deve ser iniciado o procedimento. Contudo, diante “ausência de proibição e do direito de petição e de participação na administração pública, entendemos inexistir óbice no ordenamento jurídico brasileiro para que o procedimento se inicie por iniciativa dos particulares”.²¹ Ao contrário, como se verá a seguir, há verdadeiro incentivo a que essa participação ocorra.²²

Tendo em vista que, inicialmente, o Decreto Federal n. 5.977/2006 apenas permitia a autorização para apresentação de estudos mediante solicitação do poder público, sendo expressamente vedada a provocação do particular, a principal novidade trazida pelas legislações estaduais e municipais,²³ ao regulamentar o PMI para concessões e parcerias público-privadas, foi a previsão de que potenciais interessados pudessem apresentar, espontaneamente, estudos, projetos e informações ao Estado. Nesse caso, demais interessados têm a oportunidade de apresentar suas propostas sobre o mesmo objeto.

Posteriormente, o Decreto Federal n. 8.428/2015, que revogou o Decreto Federal n. 5.977/2006, previu a possibilidade de que o PMI seja instaurado mediante chamamento público, de ofício ou por provocação de pessoa física ou jurídica interessada. Segundo o decreto, a proposta deverá conter a descrição do projeto, com o detalhamento das necessidades públicas a serem atendidas e do escopo dos projetos, levantamentos, investigações e estudos necessários e deverá constar do edital de chamamento público o nome da pessoa física ou jurídica que motivou a abertura do processo.

O histórico da previsão sobre a MIP demonstra que a aversão relacionada à participação privada na gestão pública apresentou obstáculo à utilização do instrumento, uma vez que aqui, além de haver a participação privada na formulação de projetos, há o fato de que é o próprio privado quem inicia o procedimento trazendo sua ideia ao poder público. Assim, a matriz francesa do direito administrativo brasileiro, pautada na concepção inicial de que os interesses públicos e privados são antagônicos, reforçou

²⁰ LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 91.

²¹ FORTINI, Cristina; RESENDE, Mariana Bueno. *De adversários a parceiros: o Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de cooperação no tradicionalmente inóspito cenário das licitações públicas*. BH: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 145-175. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nlxnt420/SKh7WyNKaR6QX3Dv.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

²² Ressalta-se que o procedimento de manifestação de interesse e o diálogo competitivo (também previsto pela Lei nº 14.133/2021 nos artigos 6º, inciso XLII e 32) objetivam a cooperação do setor privado na modelagem das contratações da nova legislação. No direito comunitário europeu, desde 2004, há a previsão de um procedimento pré-contratual competitivo, denominado diálogo concorrencial, no qual o poder público utiliza das ideias do setor privado para a elaboração de projetos de concessões. Referido mecanismo serviu como inspiração para a criação de nova modalidade licitatória denominada diálogo competitivo. A diferença primordial em relação ao procedimento de manifestação de interesse é que o diálogo competitivo se constitui modalidade de licitação, que culmina na adjudicação do objeto, enquanto o PMI é um instrumento prévio à licitação. Além disso, no procedimento de manifestação de interesse não há restrição de que outros interessados na contratação, ausentes da fase de modelagem, participem da licitação. Por sua vez, no diálogo competitivo, a fase de seleção determina quem poderá participar da fase de diálogo e competição, que culminará na contratação.

²³ A título exemplificativo, mencionam-se os decretos editados pelo estado do Ceará (Decreto Estadual nº 30.328/2010), Goiás (Decreto nº 7.365/2011), Mato Grosso do Sul (Lei Estadual 4.303/2012), Minas Gerais (Decreto Estadual nº 44.565/2007), Rio de Janeiro (Decreto Estadual nº 43.277/2011), Santa Catarina (Decreto Estadual nº 962/2012) e São Paulo (Decreto Estadual nº 57.289/2011). Salienta-se que os decretos mencionados retratam as legislações que previram a manifestação de interesse privado mesmo antes da permissão em âmbito federal, não refletindo as legislações vigentes atualmente.

a percepção de que a aproximação com a iniciativa privada traz consigo corrupção e desvirtuamento dos interesses coletivos que devem ser perseguidos pelo Estado.

De fato, não se desconsideram os riscos advindos dessa aproximação. A proximidade permitida pela MIP entre poder público e iniciativa privada pode facilitar a captura²⁴ da administração pública, beneficiando-se setores mais organizados, que detêm meios econômicos e políticos de influenciar, de forma desigual, as decisões administrativas.

Contudo, a experiência internacional demonstra que a regulamentação adequada do procedimento, alinhada com a política de desenvolvimento de infraestrutura do governo, com transparência e ampla competitividade, tem o potencial para contribuir de forma relevante para o desenvolvimento eficiente, inovador e sustentável da infraestrutura do país.²⁵

Nesse sentido, leciona José Manuel Sérvulo Correia que “a pujança do princípio da participação procedimental e a consciência dos seus efeitos colaterais não desafiam o jurista contemporâneo ao seu desfazimento. Aquilo que se impõe, sim, é uma nova urdidura de que neutralize os riscos do seu mau uso, ou seja, de medidas de segurança de ordem substantiva, organizatória-institucional e procedimental”.²⁶

Vera Monteiro e Carolina Mota Mourão ressaltam, na mesma direção, que “embora os riscos da captura e da redução do nível de competição na contratação subsequente sejam reais, eles não são suficientes para diminuir ou anular as potencialidades do PMI”. Para tanto, é preciso que a administração pública invista “na sua capacidade institucional, no planejamento de suas contratações, na transparência do processo e na ampla divulgação do PMI, na medida em que permite a participação e a reação de outros agentes econômicos interessados na contratação pública”.²⁷

Assim, observa-se a tentativa das regulamentações infra legais de minimizar os riscos, disciplinando as etapas que devem ser seguidas para propositura de projetos privados.²⁸ O procedimento disposto nos regulamentos dos diversos entes federados prevê, em geral, que a proposta deve ser encaminhada ao órgão competente com informações sobre o projeto, que permitam a avaliação estatal sobre a sua relevância

²⁴ A influência de determinados atores sobre a decisão administrativa é conhecida como “captura” da administração pública pelo setor privado, teoria que foi formulada nos estudos acerca das agências reguladoras. Dessa forma, a expressão “captura” indica a situação em que a agência reguladora “perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou de todos os segmentos regulados” (BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 85.)

²⁵ SUÁREZ-ALEMÁN, Ancor; DOMINGUEZ, Enrique. *Evidencia regional en el uso del mecanismo de iniciativas privadas para el desarrollo de infraestructura y mejores prácticas internacionales: una revisión de la experiencia de Brasil, Chile, Colombia y Perú, y recomendaciones de política*. 2024. Disponível em: <https://publications.iadb.org/es/evidencia-regional-en-el-uso-del-mecanismo-de-iniciativas-privadas-para-el-desarrollo-de>. Acesso em: 11 set. 2024.

²⁶ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Prefácio. p. 20. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²⁷ MOURÃO, Carolina Mota; MONTEIRO, Vera. Procedimento de manifestação de interesse como instrumento de fomento à inovação: o artigo 81 da Lei nº 14.133, de 2021. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Brasília, 2022.

²⁸ Mencionam-se, nesse sentido, o Decreto Federal n. 8.428/2015; o Decreto do Estado da Bahia n. 16.522/2015; o Decreto do Estado de Minas Gerais n. 48.377/2022; o Decreto do Estado do Amazonas n. 45.238/2022; o Decreto do Município de Belo Horizonte n. 18.325/2023; o Decreto do Município de Caxias do Sul n. 21.735/2021, entre outros.

ao interesse público. Entre os esclarecimentos necessários, destacam-se: (a) as linhas básicas do projeto, com a descrição do objeto, sua relevância e os benefícios econômicos e sociais dele advindos; (b) a estimativa dos investimentos necessários e do prazo de implantação do projeto; (c) as características gerais do modelo de negócio, incluindo a modalidade de PPP considerada mais apropriada, previsão das receitas esperadas e dos custos operacionais envolvidos; (d) a projeção, em valores absolutos ou em proporção, da contraprestação pecuniária demandada do Parceiro Público; (e) outros elementos que permitam avaliar a conveniência, a eficiência e o interesse público envolvidos no projeto.

A autoridade competente analisará a relevância e adequação do projeto e poderá solicitar ao autor da MIP, a qualquer tempo, sua adequação aos requisitos estabelecidos. Nesse aspecto, essencial que, ao analisar a proposta, o administrador fundamente pelo prosseguimento ou não do procedimento, demonstrando a adequação da ideia privada ao interesse público, ainda que a abertura do procedimento seja facultativa para a administração pública.

Seguindo o procedimento, caso a proposta não seja aprovada, será dada ciência ao autor da decisão proferida. Se for aprovada, a MIP será recebida como proposta preliminar de projeto com a consequente publicação de chamamento público para a apresentação, por eventuais interessados, de estudos, ideias e informações sobre o mesmo objeto.

O procedimento que se segue é o mesmo do procedimento de manifestação de interesse, com a previsão de que os particulares serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes dos estudos, não fazendo jus a qualquer espécie de reembolso pela administração, que a participação não gera benefícios em eventual licitação, entre outros requisitos.

No caso de procedimentos de manifestação de interesse iniciados pela iniciativa privada, é essencial que autorização seja dada no mesmo momento para todos os particulares que tenham preenchido os requisitos, sem haver prévia autorização ao particular proponente. Ademais, para assegurar o tratamento isonômico e a transparência, é imperioso que as informações até então apresentadas estejam disponíveis a todos os interessados e que a vantagem inicial do proponente do projeto seja minimizada pela previsão de prazo suficiente para que os demais participantes tenham conhecimento dos estudos, projetos e levantamentos existentes.²⁹

Relevante, ainda, que a análise acerca da aceitabilidade da MIP considere sua compatibilidade com os planos governamentais, de modo a garantir que os recursos públicos serão usados em projetos essenciais para a coletividade.

Por fim, destaca-se previsão semelhante na Lei n. 13.019/2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, denominado procedimento de manifestação de interesse social, por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria (art. 18).

²⁹ FORTINI, Cristina; RESENDE, Mariana Bueno. *De adversários a parceiros: o Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de cooperação no tradicionalmente inóspito cenário das licitações públicas*. BH: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 145-175. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nlxt420/SKh7WyNKaR6QX3Dv.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

4 *Unsolicited Proposals* no direito comparado e o modelo chileno das “iniciativas privadas”

Os benefícios na participação privada para estruturação de contratos, sobretudo em razão os recursos técnicos e financeiros escassos dos entes estatais e da relevância da utilização do conhecimento, experiência e da inovação tecnológica do setor privado, foram percebidos por diversos países, que previram um procedimento alternativo em que uma entidade do setor privado envia à administração pública proposta para desenvolver um projeto, normalmente de infraestrutura, cuja necessidade ainda não foi avaliada pelo governo. Referido procedimento é denominado, de modo geral, “*Unsolicited proposals* (USPs)”, mas é regulamentado de forma diversa por cada país.

Um estudo realizado pelo Banco Mundial em 135 países verificou que, em 57% deles, a legislação permite explicitamente o uso das USPs, a exemplo da Austrália, Chile, Gana e Japão. Por outro lado, 3% dos países avaliados proíbem expressamente o instrumento, é o caso de Botswana, Croácia, Alemanha e Índia. Nos outros 40%, não há regulamentação sobre o tema, sem permissão ou vedação expressa para que a iniciativa privada proponha projetos à administração pública o que acarreta, na prática, a não utilização do procedimento na maioria dos casos (ex.: Canadá e Reino Unido). Contudo, em algumas situações, a ausência de regulamentação acaba por permitir a burla às regras incidentes às contratações públicas, resultando no desenvolvimento de projetos que não estão consoantes com o interesse público (ex: Chade, Mianmar e Trinidad e Tobago).³⁰

Observa-se que, em geral, nas propostas não solicitadas, que “a abertura do procedimento a outros interessados ocorre apenas na fase de contratação do objeto resultado dos estudos e propostas apresentadas pelo particular”.³¹ Nessa etapa, em que há um processo competitivo, as legislações costumam conceder um prêmio ao idealizador do projeto, sendo os mais comuns: o “*bônus system*” que lhe confere “um percentual de vantagem na pontuação da licitação (adotado pelo Chile, Coreia e Indonésia); o ‘*swiss challenge system*’ no qual o idealizador do projeto tem a possibilidade de apresentar contraposta para superar a melhor proposta (adotado na Índia e nas Filipinas) e ‘*best and final offer system*’ utilizado em licitações com várias rodadas nas quais o proponente original tem a vantagem de automaticamente participar da última rodada (adotado na África do Sul)”.³²

Ao realizar levantamento sobre a capacidade dos governos de preparar, contratar e gerenciar parcerias público-privadas, o Banco Mundial avaliou as *Unsolicited proposals* nos diversos países, considerando: a) o sistema regulatório; b) a forma como a autoridade contratante avalia as propostas; c) se há um procedimento de avaliação

³⁰ BANCO MUNDIAL. *Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships*. 2018. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/procuring-infrastructure-ppps-2018>. Acesso em: 11 set. 2024.

³¹ FORTINI, Cristina; RESENDE, Mariana Bueno. *De adversários a parceiros: o Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de cooperação no tradicionalmente inóspito cenário das licitações públicas*. BH: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 145-175. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nlxnt420/SKh7WyNKaR6QX3Dv.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

³² FORTINI, Cristina; RESENDE, Mariana Bueno. *De adversários a parceiros: o Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de cooperação no tradicionalmente inóspito cenário das licitações públicas*. BH: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 145-175. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nlxnt420/SKh7WyNKaR6QX3Dv.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

prévia das propostas não solicitadas; d) se há previsão de que a proposta não solicitada seja compatível com os programas de governo prioritários existentes; e) se há um procedimento competitivo e f) se a legislação confere aos demais interessados prazo mínimo para elaborar as propostas, de modo a permitir que possam competir em igualdade de condições com o proponente inicial.³³

As pontuações conferidas variaram entre 0 e 100, sendo que as pontuações mais altas significam que a regulamentação está em conformidade com as boas práticas reconhecidas internacionalmente. Entre os países mais bem avaliados, o Chile, um dos pioneiros na instituição das propostas não solicitadas, obteve a nota 92.

Segundo dados fornecidos pelo governo chileno, entre 1992 e 2020, foram apresentadas 481 propostas pela iniciativa privada, das quais 63 (equivalente a 13%) foram declaradas de interesse público. Destaca-se que o setor rodoviário foi o principal setor objeto de iniciativas privadas.³⁴

No Chile, os projetos podem ser apresentados tanto pelo poder público como pela iniciativa privada. A legislação sobre concessões do país, além de buscar uma associação entre setor público e o setor privado na melhoria da infraestrutura, com a participação privada no financiamento, construção e operação das obras, também incorporou os privados na etapa de formulação e desenho de projetos, mediante o mecanismo das iniciativas privadas.³⁵

A experiência Chilena com concessões de infraestrutura, considerada bem-sucedida, se originou na década de noventa quando o governo chileno percebeu que o déficit de infraestrutura poderia prejudicar o desenvolvimento econômico do país iniciado da década de oitenta e que esse déficit não poderia ser superado apenas com recursos públicos.

Ademais, percebeu-se que a *expertise* do setor privado poderia trazer eficiência aos empreendimentos e que havia possibilidade de o setor público concentrar investimentos nos setores sociais que não eram rentáveis para a iniciativa privada. Um dos fatores decisivos para o sucesso dos empreendimentos foi a criação de um ambiente institucional adequado e sólido, propício à celebração de contratos de parceria, com procedimentos bem desenhados e adequados para identificar, avaliar e licitar projetos.³⁶

O sistema das iniciativas privadas foi consagrado pela Lei n. 19.068/1991, lei de concessões e obras públicas. Atualmente, é regulamentado pelo Decreto Supremo do Ministério de Obras Públicas n. 956 de 1997, com alterações introduzidas em 2022. O objetivo primordial das alterações foi aumentar a transparência dos procedimentos.

³³ BANCO MUNDIAL. *Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships*. 2018. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/procuring-infrastructure-ppps-2018>. Acesso em: 11 set. 2024.

³⁴ SUÁREZ-ALEMÁN, Ancor; DOMÍNGUEZ, Enrique. *Evidencia regional en el uso del mecanismo de iniciativas privadas para el desarrollo de infraestructura y mejores prácticas internacionales: una revisión de la experiencia de Brasil, Chile, Colombia y Perú, y recomendaciones de política*. 2024. Disponível em: <https://publications.iadb.org/es/evidencia-regional-en-el-uso-del-mecanismo-de-iniciativas-privadas-para-el-desarrollo-de>. Acesso em: 11 set. 2024.

³⁵ SÁNCHEZ, José Miguel; SEEBACH, Claudio; CALLE, Rodrigo De La. *Innovación privada en la generación, diseño y desarrollo de obras públicas*. 2008. Disponível em: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/1518>. Acesso em: 2 set. 2024.

³⁶ COUTINHO, Diogo Rosenhal. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 74.

Qualquer pessoa física ou jurídica pode postular ao governo, como “iniciativa privada”, a execução, reparação e conservação de obras em troca da sua exploração, mediante o sistema de concessões, desde que a administração pública ainda não esteja estudando aquela obra. Ao apresentar o projeto, o postulante deve disponibilizar informações que permitam sua avaliação como a descrição das obras e serviços envolvidos na concessão, estudos de demanda, taxa de crescimento anual, terrenos envolvidos, investimento estimado, custos de operação, avaliação social, análise ambiental, entre outros.

Em linhas gerais, a legislação prevê uma etapa de apresentação na qual a “iniciativa privada” é analisada pelos órgãos competentes com o objetivo de estabelecer se existe, em princípio, interesse público no projeto apresentado. Caso o projeto seja aceito, o órgão estatal informa seu interesse de conhecer o projeto em detalhes, sem qualquer reconhecimento de direitos ao proponente, informando quais os estudos mínimos deverão ser realizados na próxima fase, denominada fase de proposição, bem como os prazos para sua apresentação.

Em sequência, inicia-se a etapa de proposição, na qual os estudos são aprofundados. Referida etapa tem como características relevantes a exigência de apresentação de garantia pelo particular, de forma a assegurar as obrigações de realização e conclusão dos estudos nos prazos exigidos e a fixação do valor máximo de um eventual reembolso.

Segundo a legislação, a iniciativa privada pode ter reembolso total ou parcial dos custos dos estudos realizados, que pode ser feito diretamente pela administração pública se o projeto não for licitado ou for licitado por outro sistema que não o de concessões. No caso de o projeto ser licitado como concessão, o reembolso será a cargo do adjudicatário da concessão na forma estabelecida pela licitação.

Ressalta-se, ainda, na legislação chilena, que o artigo 2º segundo do Decreto 900 de 1996 determina que as iniciativas privadas deverão considerar o cumprimento do estabelecido nos planos regionais de desenvolvimento urbano e nos planos comunais, intercomunais e metropolitanos sempre que existirem. Referida disposição é essencial para direcionar os projetos de iniciativa privada para os planos de infraestrutura estabelecidos como prioritários e de interesse público pelo governo.³⁷

Os problemas apontados no mecanismo de iniciativas privadas chileno envolvem, principalmente, a falta de certeza acerca dos estudos que serão reembolsados e seus valores e a porcentagem do prêmio (pode variar entre 3%, 6% ou 8%), fatores que desestimulam a apresentação de novos projetos. Os pesquisadores destacam que o prêmio previsto na legislação constitui um incentivo irrisório na prática, uma vez que pode ser facilmente superado por empresas maiores.³⁸

³⁷ HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited infrastructure proposals: how some countries introduce competition and transparency*. Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF) working paper series. 2007. Washington, DC: World Bank. Disponível em: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/14298146877252745/unsolicited-infrastructure-proposals-how-some-countries-introduce-competition-and-transparency>. Acesso em: 11 set. 2024.

³⁸ Como exemplo, cita-se o projeto de iniciativa privada da Ponte sobre o Rio Maipo – Santa Rita de Pique, cuja licitação foi declarada deserta em 2007. No caso, o proponente contava com o prêmio de 20% sobre sua oferta econômica, podendo ofertar no máximo 300.000 UF. No entanto, o cálculo da pontuação final era de uma forma que um ofertante sem prêmio que oferecia 200 UF a menos obtia a mesma pontuação na oferta econômica. Uma oferta 0,06% mais baixa de um licitante sem prêmio anulava um prêmio de 20% do proponente. (SÁNCHEZ, José Miguel; SEEBACH, Claudio; CALLE, Rodrigo De La. *Innovación privada en la generación, diseño y desarrollo de obras públicas*. 2008. Disponível em: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/1518>. Acesso em: 2 set. 2024)

A fixação porcentagem do prêmio é complexa, uma vez que precisa equilibrar a necessidade de recompensar os proponentes pelos estudos e pela ideia apresentada de forma a incentivá-los e ao mesmo tempo possibilitar que a licitação seja competitiva, permitindo que outros licitantes tenham oportunidade de ganhar a licitação.

Outra questão que gera incerteza é o prazo para que o governo analise as propostas e para que realize a licitação. Embora a alteração operada na legislação em 2022 tenha previstos prazos para cada etapa, objetivando trazer segurança jurídica aos proponentes, os prazos conferidos ao governo são impróprios, sem consequências pelo seu descumprimento.

Para garantir que o potencial benefício das propostas não solicitadas sejam aproveitados, de modo a minimizar os principais riscos associados à sua utilização, o Banco Mundial recomenda que sejam seguidas boas práticas para garantir a transparência e a concorrência durante a contratação de projetos, incluindo: a) avaliação pela autoridade contratante do mérito do projeto e seu alinhamento com as prioridades de investimento do governo; b) procedimento prévio para avaliar o interesse público na proposta antes de avançar nos estudos (análise de pré-viabilidade); c) garantia de ampla competitividade na seleção do parceiro privado e d) previsão de pelo menos 90 dias para que todos os potenciais participantes possam avaliar as informações disponíveis e apresentar suas propostas, reduzindo, assim, a assimetria de informações em relação ao proponente inicial.³⁹

5 Considerações finais

A análise da construção doutrinária e da ampliação e incentivo à permeabilidade da atuação estatal à participação privada na ordem constitucional brasileira demonstra que a permissão de que particulares apresentem projetos, estudos, levantamentos e investigações não solicitados pela administração pública é medida que se adequa ao protagonismo do cidadão e dos seus direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Assim, ainda que a Nova Lei de Licitações e Contratos, ao tratar do procedimento de manifestação de interesse como instrumento auxiliar, tenha se omitido em relação à iniciativa espontânea da iniciativa privada, entende-se que o ordenamento jurídico possibilita que os decretos regulamentares prevejam essa possibilidade.

Ressalta-se que a participação privada na modelagem das contratações públicas tem a potencialidade de aumentar a eficiência e inovação na prestação de serviços públicos, na medida em que permite o compartilhamento de tecnologia, experiência e aproxima o planejamento, usualmente realizado de forma isolada pelos gestores público, às demandas sociais.

Sabe-se que a aproximação entre os agentes públicos e os atores privados apresenta riscos à realização do interesse público. Contudo, a experiência de outros países e os estudos dos organismos internacionais demonstram que os desafios na utilização do procedimento podem ser minimizados quando o ambiente regulatório garante transparência, motivação das decisões, ampla competitividade, julgamento objetivo e adequação das propostas aos planos de governo.

³⁹ BANCO MUNDIAL. *Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships*. 2018. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/procuring-infrastructure-ppps-2018>. Acesso em 11 set. 2024.

Referências

- BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BANCO MUNDIAL. *Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships*. 2018. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/procuring-infrastructure-ppps-2018>. Acesso em: 11 set. 2024.
- CARVALHO, André Castro. A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura: um estudo sobre as MIPs e os PMIs no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 9-23, jul./set. 2014.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. Prefácio. p. 20. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COUTINHO, Diogo Rosenhal. Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DAL POZZO, Augusto Neves. Procedimento de Manifestação de Interesse e o planejamento estatal de infraestrutura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, jun. 2014. Disponível em: <http://bid.editorafor.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=119928>. Acesso em: 11 set. 2024.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no Direito Administrativo Brasileiro. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, n. 30, ano 7, mar./abr. 2005 Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50030>. Acesso em: 11 set. 2024.
- FORTINI, Cristina; RESENDE, Mariana Bueno. *De adversários a parceiros: o Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de cooperação no tradicionalmente inóspito cenário das licitações públicas*. BH: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 145-175. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nlxnt420/SKh7WyNKaR6QX3Dv.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.
- HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited infrastructure proposals: how some countries introduce competition and transparency*. Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF) working paper series. 2007. Washington, DC: World Bank. Disponível em: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/142981468777252745/unsolicited-infrastructure-proposals-how-some-countries-introduce-competition-and-transparency>. Acesso em: 11 set. 2024.
- LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MELO, Cristina Andrade. A participação popular nos contratos administrativos. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 23. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2003.
- MOTTA, Fabrício; BELÉM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse na nova lei de licitações. In: BELÉM, Bruno; CARVALHO, Matheus; CHARLES, Ronny (coord.). *Temas controversos da nova Lei de licitações e contratos*. São Paulo: JusPODIVM, 2021.
- MOURÃO, Carolina Mota; MONTEIRO, Vera. Procedimento de manifestação de interesse como instrumento de fomento à inovação: o artigo 81 da Lei nº 14.133, de 2021. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Brasília, 2022.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Almedina: Coimbra, 1981.

SÁNCHEZ, José Miguel; SEEBACH, Claudio; CALLE, Rodrigo De La. *Innovación privada en la generación, diseño y desarrollo de obras públicas*. 2008. Disponível em: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/1518>. Acesso em: 2 set. 2024.

SUÁREZ-ALEMÁN, Añcor; DOMINGUEZ, Enrique. *Evidencia regional en el uso del mecanismo de iniciativas privadas para el desarrollo de infraestructura y mejores prácticas internacionales: una revisión de la experiencia de Brasil, Chile, Colombia y Perú, y recomendaciones de política*. 2024. Disponível em: <https://publications.iadb.org/es/evidencia-regional-en-el-uso-del-mecanismo-de-iniciativas-privadas-para-el-desarrollo-de>. Acesso em: 11 set. 2024.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

RESENDE, Mariana Bueno. Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP): permissão constitucional e adequação à Lei n. 14.133/2021. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 567-581. ISBN 978-85-450-0925-2.

ANÁLISE SOBRE A ADOÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

DAYANA ALVES GUIMARÃES

Mestranda em Direito Administrativo pela UFMG.
Pós-graduada em Direito Administrativo pela UFMG.
Graduada em Direito pela UFMG.

Resumo: A Lei n. 13.655/2018 incluiu dispositivos na LINDB com o principal objetivo de elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público brasileiro. Tendo em vista as muitas críticas lançadas ao artigo 20 e seu relevante impacto na atuação dos agentes públicos, o presente artigo pretendeu avaliar se as referidas alterações podem traduzir a adoção da teoria do pragmatismo jurídico no direito brasileiro, bem como sua adequabilidade ao alcance dos objetivos da lei. Para a persecução desse fim, foi adotado como marco teórico os pressupostos da teoria do pragmatismo jurídico de Richard Posner e Neil MacCormick, estruturando-se sobre a vertente jurídico-dogmática, por meio do raciocínio hipotético dedutivo. Foram realizadas análises de conteúdo, avaliando-se a justificativa da proposição da lei e os pressupostos à teoria do pragmatismo jurídico, por meio de levantamento bibliográfico, bem como os estudos que trataram da aplicação de argumentos consequencialistas nas decisões. Concluiu que o legislador não optou pela adoção da supramencionada teoria e que, ademais, sua utilização não se mostra adequada para atender aos anseios da lei, em especial, os relativos ao alcance da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões, dado os inúmeros desafios para a sua aplicação.

Palavras-chave: LINDB. Pragmatismo Jurídico. Consequências práticas da decisão. Segurança Jurídica. Previsibilidade e efetividade das decisões.

Sumário: 1 Introdução. 2 A teoria do Pragmatismo Jurídico. 3 A utilização de argumentos consequencialistas como fundamento decisório. 4 Críticas à utilização de argumentos consequencialistas. 5 Conclusão. Referências.

¹ Versão estendida do presente artigo foi publicada na *Revista Controle em Foco*. Belo Horizonte: Ministério Público de Contas de Minas Gerais, ano 3, n. 5, jan./jun. 2023.

1 Introdução

Em 2018 foi aprovada a Lei n. 13.655/2018 com o objetivo de incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), disposições relativas à eficiência e segurança jurídica na criação, interpretação e aplicação das normas de Direito Público. A LINDB² tem natureza de *lex legum* (lei das leis),³ sendo, pois, “uma norma ‘de sobredireito’ “[...] que rege a interpretação e aplicação de outras normas”,⁴ aplicando-se a todos os ramos do Direito.

A referida lei busca consolidar entendimentos relativos às decisões administrativas haja vista a ampliação da legislação administrativa apta a regular a atuação dos agentes públicos, tendo impacto direto no aumento do regramento processual e de controle da atividade administrativa e, conseqüentemente, na segurança jurídica. Considerado relevante incremento legislativo ao objetivar melhorar a qualidade das decisões, a proposta traz, ainda, maior coerência ao sistema jurídico, unificando conceitos isolados, proporcionando previsibilidade às decisões e proteção das expectativas dos administrados. Além disso, estabelece balizas para proteger a atuação do gestor público de boa-fé contra abusos de órgãos de controle que devem atuar em conjunto com o Poder Executivo com vistas a otimizar a busca pelo interesse público.

Importantes associações representativas sugeriam o veto ao projeto de lei, apontando carência de análise relativa à disposição segundo a qual a interpretação das leis deverá considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo. Discutiu-se, ainda, a adoção da teoria do pragmatismo jurídico, visto importância dada às “consequências práticas da decisão” que permitiria, inclusive, o uso de “valores jurídicos abstratos” como fundamento decisório com o objetivo de aperfeiçoamento das decisões tomadas em sede de controle revisional, restringindo o campo de discricionariedade das decisões baseadas em conceitos jurídicos indeterminados, pois, ao se basear em alternativas existentes no caso concreto, ocorreria melhor balanceamento da decisão e melhoria de sua efetividade.⁵

Alguns autores defendem que o pragmatismo jurídico e as consequências práticas da decisão devem ser utilizados como um norte para se chegar à solução dos casos concretos pendentes de análise jurídica.⁶ Contrariamente, outros defendem que esse, por suas várias limitações, não seria compatível normativamente com o arcabouço normativo brasileiro, não contribuindo para a integridade e a coerência do sistema jurídico. Além do mais, seria necessário considerar que, na prática, ocorrem obstáculos para a avaliação das consequências e das alternativas possíveis, o que inviabiliza sua adoção como fundamento para a tomada de decisão.

² BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Brasília, DF: Presidência da República, [1942].

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 35. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁴ BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Comissão de Constituição e Justiça*. Brasília, 9 mar. 2016. p. 3.

⁵ NAKAOKA, Antônio. Análise do Art. 20 da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Anais do IV do Congresso Luso-Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania*, v. 3, n. 30, Curitiba, 2019.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. 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.

À vista de tais considerações e do relevante impacto que as referidas alterações causam na atuação de seus destinatários, é objetivo desse estudo avaliar se a inclusão do artigo 20 na LINDB pode traduzir a adoção da teoria do pragmatismo jurídico no direito brasileiro. Ademais, busca-se avaliar se tal teoria é adequada para o alcance da segurança jurídica, da eficiência e da estabilidade das decisões no âmbito da Administração Pública.

Para tanto, foi adotada a vertente metodológica jurídico-dogmática para a compreensão das relações normativas em estudo com a avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico, avaliando a eficiência das relações entre os institutos,⁷ promovendo a análise sistemática da norma, seguindo os princípios e os conceitos já existentes na ciência jurídica. Quanto às técnicas de pesquisa foram utilizadas as ferramentas da pesquisa teórica, tendo em vista o exame da legislação, da doutrina e da jurisprudência. Ademais, foram avaliados os argumentos prós e contra o dispositivo em análise levantados pelos órgãos envolvidos na esfera decisória.

2 A teoria do pragmatismo jurídico

Richard Posner e Neil MacCormick, os principais defensores da teoria do pragmatismo jurídico, se baseiam nas teses pragmatistas e consequencialistas e conceituam valores jurídicos como “interesse ou o bem que uma norma jurídica pretende tutelar ou proteger”,⁸ cuidando da finalidade almejada pelo dispositivo normativo, visto que a lei é a própria positividade de um fim reconhecido pela autoridade competente para a sua elaboração. Pois, em qualquer lugar que ocorra um fenômeno jurídico “há, sempre e necessariamente, um fato subjacente, um valor, que confere determinada significação a esse fato [...] e, finalmente, uma regra ou uma norma, que representa uma relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ou ao valor”.⁹ O direito serve, assim, para assegurar determinados valores jurídicos, tais como bem comum, justiça, segurança jurídica, utilizados, por sua vez, como vetores interpretativos na solução de problemas concretos.

Na teoria do pragmatismo cotidiano de Posner, as decisões devem se basear em fatos e consequências e não em conceitualismos e generalizações, o que vai de encontro ao pensamento positivista por pretender encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras. Isso não quer dizer, todavia, que se ignore a legislação e a jurisprudência, que servirão como ponto de partida para o processo decisório, de modo a considerar as consequências da escolha entre as alternativas possíveis para a solução do caso concreto. Sua teoria não leva em conta apenas as consequências imediatas da decisão, mas pretende identificar e apontar as consequências sistêmicas que se associam ao dever de coerência e imparcialidade da norma jurídica, admitindo-se que o juiz adote uma retórica formalista em suas decisões, incorporando estratégias pragmáticas, de maneira que a adoção de uma regra se apresenta como o melhor procedimento a

⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁸ ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 278, n. 3, p. 133-144, set./dez. 2019. p. 116.

⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 65.

seguir em determinado caso concreto, caracterizando um julgamento pragmático, mas não necessariamente consequencialista.

Com efeito, Posner não dispensa a importância normativa, mas agrega outros subsídios que, junto às demais fontes ortodoxas do direito, fazem parte do instrumental colocado à disposição do juiz para suas decisões. Entretanto, não se pode deixar de considerar que as eventuais consequências sistêmicas negativas devem ser sopesadas para que se evite o abalo à integridade do sistema que a norma jurídica visa preservar.

Posner adverte para a necessária aplicação cuidadosa da teoria do pragmatismo jurídico tendo em vista a complexidade acentuada da decisão. Deve-se se preocupar, portanto, na habilitação de juristas para utilizar instrumentos teóricos que permitam a análise dos aspectos extrajurídicos envolvidos na decisão, bem como para conhecer as especificidades das ciências sociais visando seu uso adequado. É preciso se atentar, ainda, para o risco de os tribunais utilizarem os preceitos pragmáticos indiscriminadamente, bem como não motivarem adequadamente seus atos. Em que pese a advertência, Posner defende que “o pragmatismo é o melhor guia para a melhoria do desempenho judicial e, desse modo, a melhor teoria normativa, assim como positiva, do papel judicial”¹⁰, tanto que chega a admitir, posteriormente, a superação da norma posta, em casos excepcionais, nos quais sua observância promova a produção de consequências drásticas.

Por sua vez, MacCormick parte do pressuposto de que as decisões estabelecem padrões de comportamento para o destinatário da norma e para o julgador, constituindo-se como normas de conduta aplicáveis para o futuro que ordenam as consequências a serem seguidas. Como consequência, o órgão deve considerar o caráter universalizante da decisão que não soluciona apenas aquele caso concreto, mas servirá de parâmetro para outros casos análogos.

Por conta disso, há limites ligados à coesão e à coerência do sistema jurídico que devem ser respeitados baseados em fundamentos consequencialistas, haja vista a existência de seu subjetivismo intrínseco. As decisões, portanto, não podem ser tomadas quando existir alguma contradição com alguma norma jurídica tida como obrigatória, além de sempre serem compatíveis com os valores jurídicos existentes, contribuindo, assim para a racionalidade e a segurança jurídica do sistema.

MacCormick defende que se deve recorrer às consequências quando estão presentes problemas de interpretação na norma que “somente podem ser resolvidos através de recursos a argumentos consequencialistas e/ou argumentos de princípios, que envolvam tanto uns como os outros, um apelo a valores concebidos como essenciais ao direito”,¹¹ o que traduz uma sobreposição da ordem jurídica sobre a utilização pura e simples do pragmatismo. Assim, na solução de casos difíceis, a decisão deve testar a argumentação consequencialista visando a coerência, pois, “[...] é preciso demonstrar que a decisão em questão não contradiz nenhuma norma estabelecida de direito, dada uma interpretação ou explicação correta de uma norma dessas à luz de princípios e políticas de interesse público”.¹²

¹⁰ ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 278, n. 3, p. 133-144, set./dez. 2019. p. 125.

¹¹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 277.

¹² *Idem*, p. 326.

MacCormick afirma existirem dois polos extremos quanto à aceitação dos argumentos consequencialistas: de um lado, os que defendem as consequências como única justificativa possível para uma decisão; e de outro, quem as desqualifica completamente não importando quão complexa a decisão seja. Ao defender que a utilização das consequências exige a demonstração de não contrariedade ao direito posto, MacCormick rejeita ambos os polos e reconhece a existência de algumas consequências aptas a justificar as decisões, mostrando-se contrário ao ativismo judicial baseado em argumentos consequencialistas.

A adoção da teoria do pragmatismo jurídico não é, pois, pacífica na doutrina. Dentre os autores que a condenam, encontra-se Dworkin¹³ que a trata como atividade cética que encontra sua justificativa necessária na eficiência, na justiça ou em outra virtude contemporânea. Como consequência, ocorre o aumento da insegurança jurídica considerando-se as acepções pessoais e concepções prospectivas diferentes de cada julgador. Além disso, ao defender que os juízes avaliem a legislação a ser aplicada, abre-se espaço para um maior subjetivismo que não contribui para a melhora da qualidade decisória. Tal afirmação vai de encontro ao fato de que o direito deve ser avaliado integralmente e “seus princípios políticos aprovados pela legislatura e os procedimentos previstos para julgamentos são respeitados e plenamente aplicados ao se decidir uma controvérsia”.¹⁴

Mesmo nos casos difíceis deve o juiz decidir com base na argumentação principiológica que mostra o respeito e a proteção aos direitos dos indivíduos e grupos e justifica sua decisão política. É o direito como integridade que “[...] não só garante benefícios instrumentais como previsibilidade nas decisões (que poderíamos chamar aqui de segurança jurídica), ou certa equidade procedimental, como também dá legitimidade à decisão judicial pela manutenção da cadeia de sentidos estabelecida pelas decisões anteriores, privilegiando, portanto, os princípios da comunidade”.¹⁵

Outros autores criticam a aplicação do pragmatismo se concentrando na ideia de que há ressalvas à aplicação de fatores extrajurídicos, tendo em vista que “embora se alimente de fatores externos ao ambiente, estando cognitiva e semanticamente aberto, ele o faz mediante um processo de seleção, que converte os dados externos em próprios de seu sistema, pela via do processo legislativo”. Sustentam, ainda, que o pragmatismo jurídico é incapaz “de reduzir as incertezas verificadas na solução das controvérsias a partir do uso de concepções filosóficas, morais e metafísicas”.¹⁶ Além disso, criticam a subjetividade presente nas decisões tomadas com base no pragmatismo de Posner dado que “[...] cada juiz terá sua própria concepção de bem comum e de melhor consequência da decisão judicial [...], sendo que [...] o próprio autor não é capaz de apontar quais

¹³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 185.

¹⁴ ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 278, n. 3, p. 133-144, set./dez. 2019, p. 132.

¹⁵ ABBoud, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, nov. 2019, p. 2.

¹⁶ ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 278, n. 3, p. 133-144, set./dez. 2019, p. 128-129.

seriam tais afins, o que, ao contrário do que afirma, gera insegurança jurídica”.¹⁷ A ausência de dados e de informações disponíveis para que o julgador possa definir, com elevado grau de certeza, qual decisão deve ser tomada é outro fator a ser levado em consideração. O problema consiste na dificuldade em obter “acessos às informações necessárias para garantir às decisões a satisfação das condições de adequação que lhe são impostas por tais teorias e conceitos”.¹⁸

Há quem defenda que pode levar, ainda, à criação de políticas públicas pelo órgão competente para a tomada de decisão, tendo em vista a alta capacidade de a decisão intervir na realidade social¹⁹. Um risco adicional é o protagonismo dado às consequências práticas da decisão que pode influenciar a formação de decisões em sentido inverso: fazer com “o sentido normativo seja construído em razão da consequência considerada ótima pelo julgador”²⁰, haja vista que tal teoria confere mais liberdade a quem está analisando o caso, o que torna tal raciocínio e, conseqüentemente, a decisão incompatíveis com os postulados jurídicos da integridade e da coerência do direito.

Afora todas as críticas, é importante destacar que mesmo Posner e MacCormick defendem a necessária observância às regras positivas, sendo que a utilização de argumentos consequencialistas deve ocorrer apenas “quando o juiz se depara com casos difíceis, ou seja, quando, na concepção do juiz, se esgota o ferramental oferecido pelo formalismo jurídico”²¹. Reconhece-se, entretanto, a dificuldade de eliminação da insegurança jurídica nas zonas de indeterminação existentes e que a utilização das consequências não objetiva a tomada de decisão nesses casos, dada a dificuldade para eleger as melhores que ecoarão em futuras decisões.

Em que pese os argumentos contrários da doutrina sobre a aplicação da teoria do pragmatismo jurídico, pode-se observar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que evidenciam a utilização de polos extremistas referidos por MacCormick. Tal postura caracteriza uma resposta ativista-consequencialista e não jurídica, ao se avaliar determinadas escolhas pretensamente aptas a produzir as melhores consequências práticas. Em tais decisões, a principal crítica se relaciona ao desprezo ao regramento legal vigente que contribui para o déficit de legitimidade de tais decisões judiciais.²²

¹⁷ BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi; FERREIRA, Mariah Brochado. Julgando pelas consequências: o pragmatismo cotidiano de Richard Posner e sua influência no processo de tomada de decisões judiciais. *Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*, I, 2015, Belo Horizonte. Belo Horizonte: Initia Via, 2015, v. 2. p. 32.

¹⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 248, p. 130-158, mai. 2008. p. 135.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

²⁰ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 19, n. 75, jan./mar. 2019. p. 153.

²¹ ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 278, n. 3, p. 133-144, set./dez. 2019. p. 132.

²² ABOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, nov. 2019, p. 4-5.

Um exemplo é a Ação Penal n. 937²³ na qual se discutiu a limitação do foro por prerrogativa de função. Fixou-se o entendimento de que esse se aplica apenas quanto aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e a ele relacionados, representando uma tentativa de racionalizar o combate à corrupção, sob o argumento de as instâncias inferiores estarem supostamente submetidas a menores pressões políticas, bem como considerada a possível tramitação mais célere dos processos. Entretanto, “o STF alcançou resultado interpretativo distinto do texto constitucional, com o argumento eficientista de que haveria aí maior eficiência no combate à corrupção”.²⁴

Outro caso exemplar é a Suspensão de Liminar n. 1.178/PR,²⁵ na qual o ex-presidente Lula, que teve o registro de candidatura indeferido, restou impedido de conceder declarações a qualquer meio de comunicação, podendo configurar crime de desobediência qualquer divulgação de declaração já realizada antes da decisão liminar. A decisão considerou o elevado risco de causar desinformação na véspera do primeiro turno das eleições de 2018, em afronta à disposição expressa na legislação. Há de se considerar, no caso, ser impossível prever os efeitos práticos causados por eventual declaração, além do fragorante desrespeito ao direito fundamental da livre manifestação do pensamento.

A tomada de decisões à revelia das disposições expressas em textos constitucional e legal, colocando em evidência as alusivas consequências práticas, faz com que sejam considerados como válidos argumentos econômicos, políticos e de clamor popular que, em grande medida, não são saudáveis para a construção de um arcabouço normativo íntegro e não contribuem para o fortalecimento democrático, visto que as decisões ficam sujeitas ao ativismo e ao subjetivismo do julgador.

3 A utilização de argumentos consequencialistas como fundamento decisório

Primeiramente cabe identificar quais seriam os destinatários do artigo 20.²⁶ Da leitura do *caput*, nota-se que o comando legislativo é abrangente ao se aplicar às “esferas administrativa, controladora e judicial”, portanto, a todas as esferas de atuação estatal. Entretanto, seu parágrafo único dispõe que é exigida a motivação para a demonstração da necessidade e da adequação da medida ou, *a contrario sensu*, para a invalidação do ato administrativo, o que força a conclusão de que se trata de um órgão revisional. Assim, “a leitura combinada do *caput* e Parágrafo único propicia ao intérprete concluir que o destinatário da norma é o revisor, isto é, o julgador”.²⁷

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 937*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso, jul. 3 maio 2018, publ. 11 dez. 2018b.

²⁴ ABOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, nov. 2019, p. 5.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar nº 1.178/PR*, publ. 28 set. 2018c.

²⁶ 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.
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.

²⁷ NAKAOKA, Antônio. Análise do Art. 20 da LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Anais do IV do Congresso Luso-Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania*, v. 3, n. 30, Curitiba, 2019, p. 200.

Partindo-se de tal constatação, pode-se afirmar que os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário têm papel de destaque, haja vista a necessária reflexão sobre sua postura ativa de interferência na formulação de políticas públicas e na própria condução da atividade administrativa por “[...] estabelecer deveres, padrões de comportamento e comandos concretos de conduta às entidades estatais, aos gestores públicos e aos particulares que se relacionam mais estreitamente com eles”.²⁸

Ainda durante a tramitação do projeto de lei, o papel dos referidos órgãos foi objeto de discussão. A previsão de levar em conta as consequências práticas na decisão, considerando as possíveis alternativas, seria conveniente e oportuna, haja vista que, no exercício de suas funções, deverá ser considerada a realidade na qual está inserido o gestor fiscalizado, além de exigir critérios mínimos para a dosimetria de sanções administrativas que causa numerosos problemas práticos.²⁹

O projeto propunha medidas de combate a relevantes fatores de distorção encontrados na atuação decisória. Por outro lado, as disposições da antiga LINDB, inicialmente concebida para se prestar especificamente a conferir identidade normativa às normas do direito privado, não mais atendiam aos anseios e às mudanças sociais que exigem compreender o direito sob o ponto de vista prospectivo e plurissubjetivista dos efeitos das decisões. A disciplina jurídica passa a ser construída, assim, da “experiência social e nela se desenvolvem (mesmo quando aprisionadas). Direito não é a matéria codificada – ele não nasce dos códigos, mas sim da vida (e nela se desdobra)”.³⁰

As alterações, além de se aplicarem às normas de direito privado, passam a orientar a aplicação do direito público, objetivando traçar balizas interpretativas para a atuação dos órgãos administrativos, jurisdicionais e de controle. Ademais, passa a ser de suma importância que seja preservado o entendimento já exarado, prevendo-se regimes de transição proporcionais, eficientes e equânimes que garantam a segurança jurídica perante os atos administrativos. Assim, o objetivo foi “melhorar a qualidade da atividade decisória pública no Brasil, exercida nos vários níveis da Federação e nos diferentes Poderes e órgãos autônomos de controle (Tribunais de Contas e Ministérios Públicos)”.³¹

Sem fazer uso da denominação teórica, a fundamentação do projeto reconheceu a necessária relevância de “vetores de ordem ideológica, política e jurídica que levam o Judiciário a ter que se preocupar cada vez mais com consequências agregadas de suas decisões”,³² baseada na adoção do consequencialismo na aplicação do direito

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 22.

²⁹ BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Comissão de Constituição e Justiça*. Brasília: 9 mar. 2016, p. 7.

³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 10-11.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 7-8.

³² SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 14.

brasileiro,³³ de modo que se privilegie não só a análise pretérita do caso concreto que influencia na escolha do suporte normativo que incidirá na sua solução, mas, ainda, juízos probabilísticos prospectivos para a concretização dos fins jurídicos consubstanciados em princípios. Reconhece-se, portanto, uma crescente expansão de estudos sobre as consequências da aplicação do direito na realidade econômica e social.

A discussão da redação do artigo 20 avança para além da análise normativa, alcançando o nível ideológico, político e jurídico em sentido amplo. Admite que as decisões possam se basear em “valores jurídicos abstratos” a exigir que se tomem decisões não só amparados na literalidade da lei, mas levando em conta aspectos extrajurídicos, visto que “a proposta é que eles tenham de ponderar sobre ‘as consequências práticas da decisão’ e considerar as ‘possíveis alternativas’”.³⁴

Nesse contexto, cabe traçar a diferenciação das normas jurídicas, tradicionalmente, divididas entre regras e princípios. Diferentemente das regras, que possuem alto grau de determinação jurídica para aplicação na situação concreta, os princípios possuem alto grau de indeterminação que impõe a utilização de concepções mais gerais vinculadas a valores jurídicos, pois, “a norma principiológica não contempla uma situação fática determinada, cuja ocorrência imporia a incidência de um comando. Nem existe um comando único, específico e determinado, contemplado no princípio”.³⁵ Com efeito, sua aplicação ao caso concreto impõe, logicamente, a construção de uma solução possível para o caso concreto, impondo a vinculação a padrões gerais. Há de se considerar, ainda, a multiplicidade de princípios que são introduzidos rotineiramente no ordenamento jurídico que contribuem para o aumento do grau de indeterminação jurídica dessas normas. Todavia, em que pese as regras jurídicas possuam maior grau de determinação, não é correto afirmar que, de sua aplicação, advenha apenas uma única solução possível, visto que mesmo as regras jurídicas possuem graus variáveis de indeterminação, o que exige a análise dos valores e das circunstâncias presente no caso concreto.

Tal cenário pode traduzir o processo decisório como simplista e não entusiasmante. Simplista porque, diante de um caso difícil, a autoridade opta por uma decisão simplória sem a devida reflexão proporcional à complexidade trazida, não resultando na solução mais adequada e efetiva para o caso. Não entusiasmante porque, diante de alternativas para a solução, surge o risco de decisões divergentes, o que leva o agente estatal a decidir de forma similar ao que já foi decidido anteriormente. Tais posturas, manifestam que “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo”.³⁶

³³ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In: *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013, p. 95-144.

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 14.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018. p. 20.

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 225.

Como consequência, tem-se a elevação da insegurança jurídica, já que são invocados fundamentos genéricos aptos a legitimar decisões distintas em casos concretos semelhantes. Para resolver essas questões, defende-se a necessidade de ponderação que “exige considerar as consequências práticas de uma decisão, inclusive para evitar a consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento para decidir”.³⁷ Além disso, uma decisão baseada em fórmulas gerais e imprecisas, sem a observância de suas consequências práticas e a avaliação de alternativas, pode levar a encobrir preferências subjetivas da autoridade decisória configurando escolhas arbitrárias a serem evitadas.

Assim, o artigo 20 é proposto com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento do processo de aplicação do direito. Não significa dizer que não haverá nenhuma margem de autonomia para o órgão decisório, pois não se impede que as decisões sejam tomadas sob o fundamento de “valores jurídicos indeterminados”. O que se exige, de fato, é que sua utilização seja realizada em um processo de sua concretização em vista das circunstâncias do mundo real.

Deve ser exposto, em tal processo, o percurso utilizado para a construção da decisão para que se evite a racionalização baseada em uma valoração inconsciente na qual se invoca a utilização de um valor abstrato para justificar uma decisão predeterminada em seu inconsciente. Passa a ser exigida a avaliação dos efeitos práticos da decisão para que possa “determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado [...] em outras palavras, o processo de concretização do valor exige uma estimativa quanto aos efeitos práticos da decisão”.³⁸

Exige-se, pois, um processo mental fundamentado no conhecimento técnico e na experiência de maneira que a autoridade faça a exposição lógica dos possíveis cenários resultantes da decisão tomada, em uma relação de causalidade e seus efeitos. Tal processo, no entanto, não exige que a autoridade preveja o que não é previsível ou que avalie aspectos desconhecidos da realidade, exigindo apenas que a autoridade leve em consideração a relevância política, social e econômica da decisão, considerando o que é possível dentro da condição humana.

Ademais, exige-se a avaliação das alternativas existentes para cada decisão, levando em conta a proporcionalidade, ou seja, “somente se admite a ausência de avaliação das diversas alternativas quando se configurar uma única solução cabível no caso concreto”.³⁹ Caso haja mais de uma solução possível e não seja exposta a avaliação das alternativas, a decisão pode ser invalidada.

Importa ressaltar que o dispositivo determina que as considerações dos efeitos práticos da decisão constem na motivação do ato decisório. Assim, “a motivação deve apresentar o relato das ponderações de todos os envolvidos e a respectiva fundamentação técnica que refute ou acolha tais manifestações”,⁴⁰ incorporando, no caso de se fazer uso de valores jurídicos abstratos, além da indicação dos dispositivos normativos que

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 23.

³⁸ *Idem*, 29.

³⁹ *Idem*, 33.

⁴⁰ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 18.

fundamentam o ato, a referência aos “efeitos práticos estimados e tornar evidente o processo de concretização dos valores”.⁴¹

Tal dever densifica a regra contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) segundo a qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Com efeito, após a avaliação da norma aplicável ao caso concreto e as consequências da decisão, deverá o julgador tomar a medida mais proporcional à vista das circunstâncias, aplicando-se o princípio da proporcionalidade em suas três acepções. Tal exigência se aplica independente do uso ou não de valores jurídicos abstratos como fundamentos da decisão, haja vista que “[...] a decisão será adequada e legítima quando se revelar menos danosa e mais eficaz se consideradas as alternativas possíveis em determinada situação fática. Afinal, o processo e o Direito servem à vida e esta não pode ser atingida sem que sejam mensurados os efeitos de cada solução possível – isso, também, insere-se na dimensão da decisão adequada”.⁴²

Com efeito, não se nega o argumento de que considerar as consequências práticas da decisão, bem como as possíveis alternativas, pode representar a diminuição da carência argumentativa, o que acarreta, conseqüentemente, o aumento da qualidade da fundamentação decisória. Exigir que seja exposto o raciocínio que se utilizou para a tomada de decisão, assim, pode contribuir para a diminuição das críticas sobre um eventual déficit de justificação qualitativa, tendo em vista que “recorrer a um princípio vago e discorrer sobre as consequências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago”.⁴³

Ao estabelecer a obrigatoriedade de se considerar as consequências práticas das decisões, o legislador fixa um postulado “normativo que regula o modo como devem ser interpretadas as fontes normativas”,⁴⁴ estabelecendo uma diretriz interpretativa para o órgão com competência decisória, sempre que sejam utilizados em seus fundamentos “valores jurídicos abstratos”. Entretanto, a expressão “valores” foi utilizada erroneamente, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro não abre espaço para uma decisão baseada em “valores”, mas, sim em “normas”, cabendo ao intérprete, pois, avaliar a quais normas jurídicas o legislador ordinário se refere.

Dado tal pressuposto, defende-se que o legislador fez referência aos “princípios normativos menos densificados”, quais sejam os enunciados de forma ampla, sem sentido unívoco, que carecem de densificação diante do caso concreto, tendo em vista que a inclusão de tal postulado normativo somente se justifica caso tenha aplicação nessa espécie de princípio que possui amplitude interpretativa por parte do jurista e que, a depender da interpretação que lhe é dada, pode denotar maior insegurança jurídica.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018. p. 32.

⁴² PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 18.

⁴³ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017. p. 17.

⁴⁴ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, jan./mar. 2019. p. 146.

Outro motivo é que resta evidente a necessidade de ponderação entre os princípios em conflito não só quando há um eventual conflito entre regras que é resolvido com a exclusão de uma em detrimento de outra. Além disso, exigir que o julgador faça a análise das consequências práticas quando for utilizar qualquer valor jurídico abstrato não faz muito sentido, sob o risco de inviabilizar sua atividade diante da infinidade de termos indeterminados presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Chega-se à conclusão de que o dispositivo em comento é redundante, pois “se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados”. Com efeito, “o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam”.⁴⁵

Ademais, há vozes que não consideram tal dispositivo como uma inovação, haja vista que o artigo 5º da LINDB já prevê, de forma genérica, que, na aplicação da lei, sejam observadas as “exigências do bem comum”, o que não afasta a consideração dos efeitos da decisão a ser adotada. Pelo contrário, “somente é viável atender às exigências do bem comum quando há uma avaliação das consequências práticas de uma decisão”⁴⁶. Assim, apenas amplia o grau de precisão do já existente dispositivo e elimina a incerteza quanto ao âmbito de abrangência subjetiva da determinação.

Entretanto, a inclusão do artigo 20 inaugura, sem dúvidas, a adoção do “postulado hermenêutico do pragmatismo, segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto”,⁴⁷ aplicável a todas as decisões tomadas por quem possui tal competência. Deve-se, pois, realizar uma avaliação ampla que contemple, além dos aspectos jurídico-normativos da questão em discussão, aspectos políticos que levem em conta as consequências práticas, em especial, os relativos aos custos para a implementação da decisão que terá impacto direto na execução de políticas públicas, bem como as alternativas associadas à solução encontrada.

Afora as críticas à teoria do pragmatismo jurídico, defende-se, todavia, que não se pode afirmar que foi imposta a adoção da concepção consequencialista do direito, tendo em vista não ter determinado de forma imperativa a solução a ser adotada, ao desprezo das normas jurídicas a serem aplicadas no caso concreto. Com efeito, o “dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada”.⁴⁸

⁴⁵ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017. p. 27-28.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018. p. 38.

⁴⁷ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 19, n. 75, jan./mar. 2019. p. 150.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018. p. 38.

4 Críticas à utilização de argumentos consequencialistas

Antes da sanção do texto da Lei n. 13.655/2018, importantes associações de magistrados e procuradores sugeriam o veto ao projeto, apontando problemas relativos ao subjetivismo com a utilização de valores jurídicos abstratos, além da possibilidade de justificativas vazias para eventual convalidação de ato inexistentes ou nulos. Alegou-se, também, que a determinação de que a interpretação das leis considere os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, poderia fazer com que houvesse uma interpretação arbitrária, flexibilizando o instituto da responsabilidade objetiva do Estado sendo, pois, incompatível com a Administração Pública.

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) propôs, perante o STF, a ADI n. 6.146,⁴⁹ sob o argumento de que os dispositivos careciam de interpretação conforme a Constituição Federal, precisando se ajustar aos princípios da separação dos poderes e do contraditório e ampla defesa, tendo em vista violarem os princípios da inércia de jurisdição, do devido processo legal e da independência do Poder Judiciário, sob pena desse ser caracterizado como um órgão consultivo para os demais órgãos da Administração Pública.

Relativamente ao artigo 20, a autora da ADI aduz não ser da competência do Poder Judiciário exercer “juízo de futurologia” sobre as consequências práticas de suas decisões ou sobre as alternativas ora existentes, ou mesmo sobre as dificuldades do gestor no momento da decisão, sem que as partes indiquem expressamente quais seriam esses fatores a serem avaliados. Ademais, cabe à Administração Pública o estrito cumprimento das disposições legais, não tendo a decisão judicial o condão de substituí-las. Assim, “é uma exigência manifestamente desproporcional e desarrazoada porque exige um exercício de futurologia ou de conhecimento de fatos que o juiz não necessariamente está obrigado a ter conhecimento”, além de caracterizar tal postura como uma espécie de consultoria prestada ao jurisdicionado que ultrapassa a atividade judicante.

Com relação à violação do princípio da separação dos poderes, alega que, anteriormente, normas que se destinavam a interpretar leis já foram consideradas inconstitucionais, citando, como precedente, a ADI n. 605⁵⁰ que analisou dispositivo de medida provisória que dava competência ao Poder Executivo para realizar a função do Poder Judiciário de interpretação da lei, violando o citado princípio. Tal precedente, se aplicaria ao caso, tendo em vista que questiona dispositivos semelhantes aos previstos na lei em comento.

O argumento vai no sentido de que, embora pareça interessante considerar as consequências práticas da decisão tomada, deve-se considerar que, nem sempre, essas são conhecidas pelo julgador, que não está obrigado a desenvolver seu raciocínio para além do que consta nos autos. A situação se agrava quando se trata de ações em que envolvam direito público, nas quais as consequências podem ser as mais variadas.

Assim sendo, o razoável seria interpretá-lo conforme o princípio do contraditório e da ampla defesa. O julgador poderá delimitar seu campo de atuação para o exercício de

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.146*. 22 mai. 2019a.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 605*, publ. 5 mar. 1993.

função jurisdicional que viabilize dispor sobre as consequências práticas e as possíveis alternativas de suas decisões, haja vista que “a norma somente pode exigir a presença das ‘consequências práticas’ e das ‘possíveis alternativas’ que tiverem sido apresentadas pelas partes no processo. As consequências práticas e as possíveis alternativas não consideradas pelo julgador, porque não apresentadas pelas partes, não podem constituir motivo de invalidade da decisão judicial”.⁵¹

A Procuradoria-Geral da República (PGR) se manifestou⁵² suscitando, em sede preliminar, a ilegitimidade ativa da Anamatra, tendo em vista tratar-se de associação de classe de âmbito nacional que representa apenas uma fração dos magistrados brasileiros, sendo que a LINDB, a *contrario sensu*, regulamenta a aplicação do direito de forma a abranger todos os magistrados brasileiros. No mérito, defendeu que os dispositivos tiveram a finalidade de neutralizar fatores de distorção da atividade decisória dentre os quais podem ser citados o alto grau de indeterminação das normas de direito público, bem como a dificuldade de obtenção de cumprimento voluntário e tempestivo das obrigações atribuídas a terceiros, alinhados ao objetivo de reduzir o subjetivismo para conferir maior segurança jurídica e eficiência às decisões. Assim, pugnou pelo não conhecimento da ADI.

Ao ser ouvido, o Senado Federal também suscitou a ilegitimidade da autora e ausência de pertinência temática, aduzindo que a lei exige a observância da proporcionalidade na tomada de decisão à vista da utilização da fundamentação adequada às circunstâncias do caso concreto. Assim, os dispositivos trazem maior segurança jurídica na medida em que aumentam a previsibilidade das decisões e a proteção das expectativas dos administrados, bem como contribuem para diminuir o receio dos gestores quanto à penalização de sua atuação por eventuais excessos. Argumentou, ademais, que a lei não exige capacidade extraordinária dos juízes, tendo em vista exigir o cumprimento de seu dever de motivação, explicando que “a consequência jurídica ou administrativa a ser indicada relaciona-se a uma base lógica ou empírica de evidenciação, não se tratando de determinação que extrapole as atividades habituais do magistrado”.⁵³

No mesmo sentido, a Advocacia-Geral da União (AGU) ao afirmar que visa “assegurar a atuação responsável e proporcional das instâncias e controle da Administração Pública, além de propiciar o incremento da qualidade das decisões, nas esferas administrativa, controladora e judicial, contribuindo sobremaneira para a condução mais eficiente das políticas estatais”.⁵⁴ Quanto ao argumento de que a aplicação dos novos dispositivos exigiria atuação que extrapola a competência dos magistrados, afirma que a lei promove o amadurecimento da motivação e da contextualização decisória a fim de se evitar a adoção de soluções simplistas ou genéricas.

Pretende, ainda, assegurar que a atuação dos órgãos de controle seja responsável e proporcional de forma a contribuir para decisões de qualidade que incrementem a eficiência na execução de políticas públicas. Visa, assim, evitar a indeterminação das decisões que, por vezes, fazem uso de institutos abstratos e desconectados dos efeitos

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.146*. 22 mai. 2019^a. p. 21.

⁵² BRASIL. Ministério Público Federal. *Parecer AJCONST/PGR nº 297190/2020*. 17 set. 2020c.

⁵³ *Idem*, p. 6-7.

⁵⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Resposta pedido de informações*. 28 ago. 2020b. p. 6.

concretos causados na realidade fática de maneira a conferir transparência ao processo de formação da decisão para que possibilite o exame da compatibilidade do instituto jurídico utilizado para fundamentá-las. Para reforçar seu argumento, a AGU faz uma comparação com o instituto da modulação dos efeitos das decisões exaradas em sede de declaração de constitucionalidade, nas quais o STF, com amparo no artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, realiza a ponderação dos resultados práticos de suas decisões.

Com relação à indicação das possíveis alternativas para a decisão, a AGU faz uma associação ao princípio da proporcionalidade, haja vista que a ausência de visualização das possíveis alternativas viola as vertentes da adequação, pois impede a avaliação da aptidão da decisão de produzir os efeitos pretendidos; da necessidade, pois não se pode inferir que foi adotada a alternativa que menos cause danos ou prejuízos; e da proporcionalidade em sentido estrito, em razão da impossibilidade de se verificar se houve sacrifício desnecessário de valores constitucionalmente tutelados. Afirma, ainda, que não se trata de exigir que o julgador faça previsões impossíveis, pois sua atuação há de ser diligente e responsável, pautada em cenários possíveis desenhados com base em conhecimento técnico, na experiência de vida, além dos elementos fornecidos pelas partes.

No julgamento da ADI em comento, entretanto, não se sabe qual seria a conclusão quanto ao mérito, tendo em vista o STF julgou a ação extinta, acatando o argumento da ilegitimidade da Anamatra por não representar a integralidade dos alcançados pelos dispositivos da Lei n. 13.655/2018.

5 Conclusão

Considerada como necessária para fazer frente às dificuldades enfrentadas pela Administração Pública, a Lei n. 13.655/2018 acrescentou novas disposições à LINDB relativas à aplicação e à interpretação das normas jurídicas, introduzindo conceitos que objetivam estabelecer balizas para a uniformização da atuação da Administração Pública, bem como instrumentos que contribuam para o aumento da segurança jurídica, da efetividade e da eficiência na criação do direito público. Tais disposições representam importante avanço no estabelecimento de novos parâmetros em “norma sobredireito”, tendo em vista ser uma norma que tem por finalidade regulamentar outras normas.

No presente artigo, buscou-se avaliar se, ao exigir a análise das consequências práticas da decisão, em especial, quando se utilizar como fundamento da decisão valores jurídicos abstratos, estaria o legislador propondo a adoção da teoria do pragmatismo jurídico que possui ressalvas doutrinárias quanto à sua aplicação. Na fundamentação do projeto de lei, tal teoria não foi citada expressamente, tendo, entretanto, sido referenciados estudos que fundamentam a defesa da utilização dos argumentos consequencialistas e a análise de elementos extrajurídicos, tais como ideológicos e políticos.

Assim, a adoção do pragmatismo traria benefícios ao contexto decisório, pois privilegia a análise de juízos prospectivos para que sejam concretizados os fins jurídicos consubstanciados nas normas jurídicas. Além disso, defende-se a utilização de vetores de interpretação e de aplicação das normas jurídicas influenciáveis pelas transformações ocorridas no contexto social e econômico, a avaliação da proporcionalidade entre os meios

e os fins e a análise dos efeitos concretos e futuros de uma decisão. Tais argumentos vão ao encontro tanto do texto expresso no artigo 20, quanto dos argumentos esboçados na fundamentação de sua inserção na LINDB, bem assim, na justificativa que acompanhou o referido projeto de lei.

Nota-se, entretanto, que há divergências quanto à própria capacidade de representar uma inovação jurídica, tendo quem defenda que seu conteúdo normativo apenas repisa o que já estava previsto na ordem jurídica vigente. Ademais, a exigência do texto legal para a avaliação dos possíveis efeitos da decisão, especialmente, quando se utiliza conceitos jurídicos indeterminados, já era defendida pela doutrina como necessária em vários aspectos.

Com relação à análise das teorias de Posner e MacCormick, principais defensores da teoria do pragmatismo jurídico, nota-se que ambas não se encaixam exatamente no que o artigo 20 propõe. Em que pese seja dada especial ênfase às consequências práticas da decisão, Posner defende que a legislação e a jurisprudência sejam apenas pontos de partida para o órgão julgador devendo sempre ser preservada, entretanto, a coerência e a integridade do sistema jurídico na avaliação das referidas consequências sistêmicas, o que também é a preocupação de MacCormick.

Posner ressalta, com razão, a necessidade de capacitação dos juristas para análise e conhecimento dos aspectos extrajurídicos a serem considerados para a tomada de decisão, sob pena de utilizar argumentos consequencialistas de forma indiscriminada. Soma-se a isso a escassez de informações constantes em bancos de dados capazes de assegurar maior assertividade na decisão tomada e o subjetivismo que fatalmente estará presente no sopesamento das alternativas possíveis e das próprias consequências da decisão que não foram levados em conta pelo legislador, não havendo qualquer previsão de limitação e/ou consideração quando da utilização dos parâmetros ditos objetivos estabelecidos no artigo 20.

Ademais, os teóricos do pragmatismo jurídico defendem que tal teoria somente deve ser utilizada quando o juiz tenha que enfrentar casos de difícil solução ou quando o ferramental oferecido pelo formalismo jurídico tenha se esgotado. Dito isso, pode-se concluir que a utilização de tal teoria pode não contribuir para objetivar e tornar efetiva a tomada de decisão, haja vista a complexidade da tarefa de fazer prognoses, escolher as melhores consequências e, por conseguinte, estabelecer a norma ideal a ser aplicada em casos futuros. Com efeito, as alterações da LINDB não terão o condão de reduzir a incerteza e proporcionar mais segurança jurídica, tendo, na prática, pouco efeito.

O fato é que devem ser levados em conta os argumentos dos órgãos envolvidos no processo decisório, a fim de possibilitar a mitigação dos riscos da aplicação da teoria do pragmatismo jurídico, de modo que, diante de mais de uma solução possível, deve o julgador avaliar as consequências práticas de ambas as soluções, levando em conta os efeitos práticos envoltos no processo em discussão. Não se pode depreender, ainda, que o julgador possa fazer prognósticos corretos de que as consequências previstas em um dado momento irão fatalmente acontecer no futuro, exigindo-se certa racionalidade na tarefa preditiva, indicando-se o caminho lógico utilizado para se chegar à referida prognose, fundamentado no lastro probatório constante no processo em análise.

Quanto à atribuição de sentido aos valores jurídicos abstratos, devem ser consideradas as construções precedentes que atribuíram sentido ao conceito indeterminado

utilizado na decisão. Além disso, deve-se atentar para a coerência e a integridade do sistema jurídico, tendo em vista que, somado à consistência, contribuem para a segurança jurídica da decisão tomada, levando em conta que o juiz não é livre para a construção da solução que prestigie a consequência mais apropriada para o caso em análise. Para tanto, o julgador deve estar sempre ativo para que sua decisão não viole qualquer norma jurídica.

Repisa-se que, para se chegar à solução de um caso concreto, deve-se ponderar as consequências práticas que melhor se amoldem à alternativa escolhida para a especificidade do caso em análise. Assim, o artigo 20 determina sejam avaliadas as medidas adequadas e necessárias, seguindo o princípio da proporcionalidade que deve imperar na escolha da solução possível, devendo estar expostas nos fundamentos de fato e de direito que acompanham a decisão, sob pena de nulidade, o que o dispositivo pretendeu evitar, já que tal fato não contribui para a efetividade e a eficiência das decisões.

Diante do exposto, pode-se concluir que a Lei n. 13.655/2018 pretendeu implementar a necessidade de avaliação de argumentos consequencialistas para que a atuação do gestor público seja pautada na análise contextual da tomada de decisão, sem, contudo, deixar clara a adoção do pragmatismo jurídico e suas nuances no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, dadas todas as considerações apresentadas nesse excerto, é importante sejam desenvolvidos estudos adicionais para que os parâmetros propostos pelo legislador possam ser implementados de maneira segura de modo a efetivamente assegurar o alcance dos objetivos da lei no contexto decisório.

Referências

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, nov. 2019.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 278, n. 3, p. 133-144, set./dez. 2019.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Resposta pedido de informações*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 28 ago. 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753672398&prcid=5702503#>. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [1942]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 8 set. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Parecer AJCONST/PGR n. 297190/2020*. 17 set. 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753860536&prcid=5702503#>. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Comissão de Constituição e Justiça*. Autora: Senadora Simone Tebet. Brasília: Senado Federal, 9 mar. 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407681&ts=1593913219488&disposition=inline>. Acesso em: 5 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 605*. Rel. Min. Celso de Mello, jul. 23 out. 1991, publ. 5 mar. 1993. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1525215>. Acesso em: 8 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.146*. Petição inicial. Autor: Anamatra. 22 mai. 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749929507&prcID=5702503#>. Acesso em: 8 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal n. 937*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso, jul. 3 mai. 2018, publ. 11 dez. 2018b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 8 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar n. 1.178/PR*. Decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux, publ. 28 set. 2018c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5558231>. Acesso em: 8 set. 2024.

BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi; FERREIRA, Mariah Brochado. Julgando pelas consequências: o pragmatismo cotidiano de Richard Posner e sua influência no processo de tomada de decisões judiciais. *Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*, I, 2015, Belo Horizonte. Belo Horizonte: Initia Via, 2015, v. 2. p. 22-34.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 19, n. 75, jan./mar. 2019. p. 143-160.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 35. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), nov. 2018, p. 13-41.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 9-12.

NAKAOKA, Antônio. Análise do Art. 20 da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Anais do IV do Congresso Luso-Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania*. Vol. 3, n. 30, Curitiba, 2019.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013. p. 95-144.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 17-19.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>. Acesso em: 21 fev. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 7-8.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16.

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

GUIMARÃES, Dayana Alves. Análise sobre a adoção do pragmatismo jurídico no ordenamento jurídico brasileiro. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 583-601. ISBN 978-85-450-0925-2.

PARTE III

COMUNICADOS CIENTÍFICOS
APRESENTADOS

METAVERSO NAS LICITAÇÕES

FLÁVIA DE SOUZA LOPES

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ.

Resumo: De modo pontual, a Lei n. 14.133/2021, em seu art. 1º, estabelece as normas gerais de licitações e contratações para a administração pública, devendo conduzir e padronizar de forma correta os trâmites acerca das aquisições públicas. Propõe-se que o direito, por sua vez, se atualize, assim como a lei em questão. Nesse contexto, pode-se esclarecer que o processo licitatório se trata de um procedimento administrativo formal, que pode ser utilizado para a aquisição de produtos ou prestação de serviços. As licitações públicas visam garantir que os processos de contratação sejam feitos de forma eficiente e justa. Mas o que é o metaverso? É uma tecnologia que visa mesclar a realidade com o mundo virtual, de modo que ambos estejam interligados, proporcionando aos usuários uma vasta experiência. Resume-se em uma extensão da vida real que pode integrar muitas ferramentas. Deve-se, então, compreender o que de fato é o metaverso e como ele pode ser incluído na prática de licitações, de modo a facilitar e agilizar esses processos. O metaverso seria uma espécie de plataforma digital que permitiria o desenvolvimento de atividades, promovendo maior interação. Algo que foi analisado e concretizado é que, na esfera das licitações e contratos, o metaverso pode estimular a competitividade diante da facilidade de unir abundantemente vários investimentos inovadores que possam estar atrelados ao desenvolvimento sustentável. Um grande debate existente sobre o tema se refere ao agente capaz de possuir personalidade jurídica, o que pode gerar instabilidade em relação à pessoa que está do outro lado da tela. Dessa forma, a possibilidade é que existam algumas ferramentas restritivas que possam garantir segurança no processo. Portanto, considero que o Estado deve entender que existe necessidade de investimentos maiores, proporcionando a inovação de políticas públicas pautadas para o metaverso tecnológico a fim de possibilitar um aparato a área licitatória.

Palavras-chave: Metaverso. Licitações. Processo Licitatório. Tecnologia. Competitividade.

Referências

ABNT: RADAR. A inteligência artificial e o futuro das licitações públicas: possibilidades e desafios. *RADAR*. Disponível em: <https://radar.ibegesp.org.br/a-inteligencia-artificial-e-o-futuro-das-licitacoes-publicas-possibilidades-e-desafios/>. Acesso em: 12 set. 2024.

JUSBRASIL. O que é e como funciona o processo de licitação. *JUSBRASIL*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-que-e-e-como-funciona-o-processo-de-licitacao/437627975?msockid=14b38a974a7f6a7e3d6198744ba66b1a>. Acesso em: 10 set. 2024.

MADEIRO, Camila. Metaverso nas Licitações. *Sollicita*, 2024. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/21012/metaverso-nas-licita%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 10 set. 2024.

TRANSPARÊNCIA. Estudo Para Licitações. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/Estudo-Para-Licitacoes-V2.indd>. Acesso em: 11 set. 2024.

TRANSPARÊNCIA. Estudo para licitações. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Estudo%20Para%20Licitacoes%20-%20ONLINE.pdf>. Acesso em: 12 set. 2024.

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

LOPES, Flávia de Souza. Metaverso nas licitações. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 605-606. ISBN 978-85-450-0925-2.

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO GOVERNO ELETRÔNICO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

JOSÉ HENRIQUE KLEINA

Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Advogado

Resumo: Este artigo explora os conceitos de governo eletrônico e políticas públicas, relacionando-as com a implementação destas através das tecnologias da informação e comunicação (TICs), com a finalidade de explorar a relevância do princípio da eficiência nesse processo e na tomada de decisões conscientes conforme as exigências da contemporaneidade. Para tanto, utiliza-se uma metodologia dedutiva, com caráter exploratório, a partir de uma abordagem qualitativa, através de levantamento bibliográfico e análise documental de sítios eletrônicos do governo federal que tratam sobre os temas analisados. Entende-se que o rápido desenvolvimento do governo eletrônico é acompanhado de desafios que não podem passar despercebidos e demandam capacitação dos agentes envolvidos, que devem ser capazes de, nessa realidade, adotar decisões conscientes a fim de poderem incorporar os modelos decisórios de forma mais adequada, alcançando assim a eficiência com máxima racionalização de tempo e dos recursos disponíveis. Deste modo, considerando que as políticas públicas não mais se dissociam do governo eletrônico enquanto modelo de gestão e de implementação de políticas públicas, conclui-se no sentido de que o Estado deve instalar as TICs em toda a sua estrutura para que possa implementar suas políticas públicas de forma eficiente. Não se busca oferecer respostas definitivas, mas aprimorar a discussão já existente com a pesquisa e as reflexões do presente trabalho, a fim de promover o aprimoramento do campo de estudo e das práticas governamentais.

Palavras-chave: Governo eletrônico. Políticas públicas. Serviços públicos digitais. Princípio da eficiência. Objetivos do desenvolvimento sustentável.

Referências

CABRAL, Rodrigo Maciel; VALLE, Vivian Cristina Lima López. Administração pública digital e a implementação dos objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 17, p. 187-225, 2022.

GABARDO, Emerson; BITENCOURT, Caroline Muller. 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.

GABARDO, Emerson. *Princípio da eficiência*. São Paulo: PUCSP, 2017 (Verbete). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia>.

LENK, K.; TRAUNMÜLLER, R. Electronic government: where are we heading? In: LENK, K.; TRAUNMÜLLER, R. (org.). *Electronic Government*. EGOV 2002. Lecture Notes in Computer Science, vol. 2456. Springer, Berlin, Heidelberg, 2002.

MESQUITA, Kamila. A evolução do governo eletrônico no Brasil e a contribuição das TIC na redefinição das relações entre governo e sociedade. *Comunicologia-Revista de Comunicação da Universidade Católica de Brasília*, p. 174-195, 2019.

PRZEYBILOVICZ, Erico; CUNHA, Maria Alexandra; MEIRELLES, Fernando. O uso da tecnologia da informação e comunicação para caracterizar os municípios: quem são e o que precisam para desenvolver ações de governo eletrônico e *smart city*. *Revista de Administração Pública*, v. 52, p. 630-649, 2018.

RECK, Janriê Rodrigues. *O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 8, n. 1, p. 115-136, 2021.

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

KLEINA, José Henrique. A implementação de políticas públicas no governo eletrônico e o princípio da eficiência. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 607-608. ISBN 978-85-450-0925-2.

SMART CITY LAGUNA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL: A SUSTENTABILIDADE COMO PREMISSA PARA O DIREITO À CIDADE

SIDRACK RACK MORAES ALVES

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.
Pesquisador Pibic – UFC/2023-2024 – Administração Pública e Direito Digital.
Membro Pesquisador da Red Iberoamericana de Derecho Administrativo.

ANAMARIA PEREIRA MORAIS VENTURA

Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Resumo: Um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988 é o da cidadania, característica essencial quando consideramos a função da cidade como característica materializadora da cidadania, vez que só há cidadão e, portanto, cidadania, quando houver “cidade”. O presente trabalho, ainda em andamento, oriundo de pesquisa científica, com apoio financeiro do CNPq, busca analisar a sustentabilidade como premissa para o direito à cidade, considerando os novos modelos de constituição inteligente da cidade, como o caso da *Smart City* de Laguna no Ceará. Ao se verificar os discursos publicitários envolta da *Smart City*, ressalta-se o apelo à mudança do mercado imobiliário, propondo uma melhoria na qualidade de vida do cidadão. A partir de uma revisão de literatura em entorno do envolvimento das Smart Cities e da Administração Pública, de abordagem qualitativa e caráter exploratório, considerando o método de análise de conteúdo de Bardin, busca-se analisar de que maneira se comporta a relação entre a administração pública e seu contexto de informatização com a crescente das Smart Cities, com foco no caso da Smart City Laguna/CE, considerando sustentabilidade como uma premissa para o direito à cidade. Como pergunta norteadora, propõe-se: qual a ideia de sustentabilidade que se defende com as Smart Cities, reconhecendo-a como uma premissa para o direito à cidade? Com base nisso, configura-se um novo arranjo para a função social da cidade, visto que reconhecendo-se o disposto no Estatuto da Cidade de 2001, a função da cidade passa a ter um caráter gerencialista de construção, desempenhando serviços previamente delimitados, gerando a sensação de possibilidade da melhoria da qualidade de vida. Contudo, esse contexto é limitado, pois o seu acesso está vinculado

ao poder aquisitivo individual, indo de encontro ao que prevê os direitos sociais constitucionais, desfavorecendo o fundamento da cidadania e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Sustentabilidade. *Smart City*. Administração Pública Digital. Direito à cidade. Cidadania.

Referências

ABDALA, Lucas Novelino *et al.* Como as cidades inteligentes contribuem para o desenvolvimento de cidades sustentáveis?: Uma revisão sistemática de literatura. *International Journal of Knowledge Engineering and Management*, v. 3, n. 5, p. 98-120, 2014.

CASIMIRO, Ligia María Silva Melo. Planejamento urbano e direitos fundamentais sociais: uma vinculação necessária para garantir efetividade administrativa e desenvolvimento. In: *Democracia, pluralismo y derechos humanos*: 500 años. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla. X años de Encuentros hispanos-brasileños de filosofía del derecho y derechos humanos. Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 379-393.

CASIMIRO, X. X. I. V.; MELO, Lígia Maria Silva; CARVALHO, Harley. Para cidades justas, em rede e inteligentes: uma agenda pública pelo direito à cidade sustentável. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 199-215, 2021.

GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. In: GABARDO, Emerson. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 327-351.

GENARI, Denise; DA COSTA, Luana Folchini; SAVARIS, Thiago Paese; MACKKE, Janaina. Smart Cities e o desenvolvimento sustentável: revisão e perspectivas de pesquisas futuras. *Revista de Ciências da Administração*, [S. l.], v. 20, n. 51, p. 69-85, 2018.

GOMES, José Augusto Paixão; LONGO, Orlando Celso. Cidades inteligentes sob a perspectiva da sustentabilidade: Um desafio além da tecnologia. *Brazilian Journal of Development*, v. 6, n. 8, p. 58805-58824, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari et al. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal*, v. 10, n. 2, 2001.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOVÊA, Carina Barbosa. Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. Direitos Sociais e Políticas Públicas I. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UNIMOVE-UFCS, 23. *Anais [...]*. Florianópolis: CONPEDI, p. 222-248, 2014.

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

ALVES, Sidrack Rack Moraes; VENTURA, Anamaria Pereira Moraes. *Smart City Laguna e a administração pública digital: a sustentabilidade como premissa para o direito à cidade*. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 609-610. ISBN 978-85-450-0925-2.

PUBLICIDADE X SIGILO

ALANA VITÓRIA OLIVEIRA DE ALBUQUERQUE

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

Resumo: A Lei n. 14.133/2021 atualiza as normas sobre licitações e contratos na Administração Pública, e, em regra, todos os atos do processo são públicos, o que visa garantir fiscalização social. Contratos que envolvam dados sensíveis ou informações que possam comprometer a segurança do Estado podem ser mantidos em sigilo com justificativa e aprovação por autoridade competente. A lei permite o adiamento da publicidade em fases específicas, como na fase preparatória, onde o valor estimado da contratação pode ser mantido em sigilo, desde que justificado. O sigilo das propostas é mantido até a abertura da sessão, para assegurar a competitividade da licitação. O orçamento da Administração só pode ser sigiloso em casos excepcionais e com justificativa, sendo divulgado na abertura da sessão. Preservar o sigilo das propostas é essencial para garantir a imparcialidade do processo, prevenindo ajustes indevidos, fraudes e conluíus, e assegurando igualdade de oportunidades. Esse mecanismo promove um ambiente ético, aumenta a credibilidade do processo e incentiva a participação de mais empresas, o que eleva a qualidade das propostas. Após a abertura, as propostas se tornam públicas, garantindo transparência e permitindo fiscalização. Ao mesmo tempo, a lei se adapta às inovações tecnológicas e às exigências do mundo digital, promovendo práticas modernas, como o diálogo competitivo, para aprimorar os serviços públicos e impulsionar a qualidade das soluções contratadas. Diante disso, estudaremos o acréscimo da introdução de plataformas digitais obrigatórias para o monitoramento contínuo dos contratos e como podem ser aplicadas as diretrizes da LGPD diante a evolução digital sem que conflite com a publicidade e o sigilo ou venha de encontro com as garantias da Lei n. 14.133/2021 para tornar ainda mais eficiente, transparente e alinhada com as demandas contemporâneas por inovação.

Palavras-chaves: Sigilo. Transparência. Licitações. Plataformas digitais. Lei n. 14.133/2021.

Referências

MIGALHAS. *A inovação tecnológica na nova Lei de Licitações*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/383087/a-inovacao-t>. Acesso em 11 set. 2024.

MIGALHAS. *A Lei Geral de Proteção de Dados e as contratações públicas*. <https://www.migalhas.com.br/depeso/382698/a-lei-geral-de-protecao-de-d>. Acesso em: 11 set. 2024.

SANTOS, Abduch. *A LGPD e as contratações públicas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-24/abduch-santos-lgpd-contratacoes-publicas>. Acesso em: 11 set. 2024.

SOLLICITA. *Publicidade x sigilo*. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/21496/publicidade-x-sigilo->. Acesso em: 10 set. 2024.

UNIEDUCAR. *Publicidade e sigilo dos processos licitatórios na nova Lei de Licitações*. Disponível em: <https://unieducar.org.br/blog/publicidade-e-sigilo-dos-processos-licitatorios-na-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 11 set. 2024.

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

ALBUQUERQUE, Alana Vitória Oliveira de. Publicidade X sigilo. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 611-612. ISBN 978-85-450-0925-2.

A LEI N. 14.133/2021 E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ATÍPICOS: A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA A AQUISIÇÃO DE CRIPTOATIVOS

DEIVER NEVES FERREIRA BARBOSA

Advogado.

Pós-Graduado em Direito Processual pela PUC-MG.

Aprovado no Cargo de Procurador da Fazenda Nacional.

Resumo: O advento da Lei n. 14.133/2021 trouxe uma gama de possibilidades para uma atuação contratual e licitatória mais eficiente pela administração pública, incluindo a celebração de contratos que antes não eram previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Essa nova realidade administrativa suscita o questionamento sobre até que ponto as inovações introduzidas pela nova Lei de Licitações permitem à administração pública celebrar contratos administrativos atípicos, sem previsão expressa em lei. Diante do atual cenário econômico e tecnológico, é pertinente indagar se seria possível a administração pública firmar contratos atípicos cujo objeto seja a aquisição de criptoativos, como *bitcoin* e *ethereum*. A pesquisa considera o impacto de normas como a Lei n. 14.478/2022 nesse contexto. Para isso, utiliza-se uma metodologia baseada em revisão bibliográfica, análise legislativa e jurisprudencial — tanto do Tribunal de Contas da União quanto do Poder Judiciário —, além de uma investigação empírica sobre a existência de casos concretos que possam guiar a pesquisa. Embora os resultados sejam parciais, conclui-se, preliminarmente, que a Lei n. 14.133/2021 não impede a celebração de contratos administrativos atípicos, especialmente quando estes se revelam mais eficientes para a gestão pública, respeitando os mecanismos de controle previstos na legislação. Quanto à possibilidade de celebração de contratos que tenham como objetivo a aquisição de criptoativos, ainda é necessária uma análise mais aprofundada, particularmente em face do art. 3º, §1º, da nova Lei de Licitações e Contratos, que pode enquadrar tais contratos como operações de crédito, internas ou externas, e gestão de dívida pública.

Palavras-chave: Licitações e Contratos. Contratos administrativos atípicos. Lei n. 14.478/2022. Criptoativos. Possibilidades.

Referências

ARAÚJO, Letícia Malta; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. A relação entre os princípios da eficiência e da economicidade nos contratos administrativos. *Revista do Serviço Público*, v. 63, n. 1, p. 43-62, 2012.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; GOMES, Filipe Lôbo; FREITAS, Janaina Helena de; RODRIGUES, Ricardo Schneider; BEZERRA, Rodrigo José Rodrigues (coord.). *Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos*: De acordo com a Lei 14.133/2021. Paraná: Juruá, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitações e contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 105, p. 14-34, 1971.

NOGUEIRA, Luiza Souto; SPÖRL, João Paulo Imparato. Novas modalidades de contratação pela Administração Pública: da locação de ativos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 1, p. 186-203, 2015.

SARAI, Leandro (org.). *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos*. São Paulo: Editora Juspodvm, 2023.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; VIEIRA, Márcio dos Santos. Criptoativos: conceito, classificação, regulação jurídica no Brasil e ponderações a partir do prisma da Análise Econômica do Direito. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 6, p. 867-928, 2020.

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

BARBOSA, Deiver Neves Ferreira. A Lei n. 14.133/2021 e os contratos administrativos atípicos: a possibilidade de celebração de contrato administrativo para a aquisição de criptoativos. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 613-614. ISBN 978-85-450-0925-2.

PARÂMETROS DE DEFERÊNCIA E CONTROLE ADMINISTRATIVO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS DO ESTADO SOCIAL DIGITAL

GUILHERME LUIZÃO MARQUES

Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Procurador Municipal de Araquari/SC.

Resumo: A presente pesquisa está em fase inicial, sendo desenvolvida no âmbito do curso de doutorado em Direito da PUC-PR. O seu objeto é a deferência às escolhas da administração pública quando do controle da prestação das políticas públicas sociais por parte do poder público no contexto do Estado Social Digital. O problema de pesquisa é identificar quais os parâmetros necessários para assegurar a deferência às escolhas do administrador quando da prestação de políticas públicas sociais no contexto do Estado Social Digital. A hipótese é que o contexto do Estado Social Digital implica parâmetros específicos para o controle das políticas públicas sociais que devem assegurar a deferência às escolhas do administrador público, como cocriação de políticas públicas com a sociedade e decisão informada por novas tecnologias. Trata-se de um trabalho teórico de análise jurídica do tema, buscando-se apontar, ao final, os parâmetros para o controle e para a deferência das escolhas dos administradores quando da prestação de serviços públicos sociais, a partir do marco normativo e doutrinário eleito. Constatou-se que a intervenção do Judiciário e a expansão da atuação dos Tribunais de Contas são fenômenos do constitucionalismo moderno, cujos limites vêm sendo discutidos com base em questões de ordem pragmática, como as capacidades institucionais e os processos estruturais, e de ordem axiológica como as legitimidades democrática e constitucional e o Estado de Direito. Observa-se que o contexto da quarta revolução industrial e do Estado Social Digital implica em mudanças de paradigmas, como pensar na democracia digital para uma maior participação do âmbito da formulação das políticas públicas e do controle social, e na implantação da administração pública digital. As novas ferramentas e meios próprios, prestigiando a transparência e espaços de deliberação e decisão coletiva, podem ter impactos nos espaços de discricionariedade do gestor e nos parâmetros de controle do poder executivo.

Palavras-chave: Estado Social Digital. Serviços Públicos Sociais. Controle Administrativo. Deferência. Políticas públicas.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista (Syn)Thesis*, v. 5, n. 1, 2012.

CABRAL, Flávio G. Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 21, p. 161-183, 2021.

GABARDO, Emerson; BITENCOURT, Caroline Müller. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. *Interesse Público*, v. 9, n. 43, p. 41-74, 2021.

GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado Social. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 5, n. 1, p. 99-141, 2018.

GABARDO, Emerson. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado como fundamento do Direito Administrativo social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

NEJAIM, Eduardo Fontes. Comentários ao Recurso Extraordinário nº 684.612, julgado em 3 de julho de 2023 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. *Revista Carioca de Direito*, v. 3, n. 1, p. 130-147.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. Ativismo nos Tribunais de Contas Reflexões sobre os alegados excessos do controle externo à luz da Constituição. *Revista do TCU*, Brasília, DF, v. 1, n. 151, 2023.

VIANA, Ana Cristina A. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 8, p. 115-136, 2021.

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

MARQUES, Guilherme Luizão. Parâmetros de deferência e controle administrativo nas políticas públicas sociais do estado social digital. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 615-616. ISBN 978-85-450-0925-2.

A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UM PROGRAMA DE *WHISTLEBLOWING* EFETIVO

MARIA LUÍSA CAMMAROTA DE ABREU

Graduanda em Direito pela PUC-SP.

Resumo: Este trabalho investiga a necessidade de alteração da legislação brasileira para a implementação de um programa de *whistleblowing* efetivo como ferramenta no combate à corrupção. A partir da experiência internacional, foram analisados os modelos legislativos dos seguintes países: Estados Unidos da América, Reino Unido, Suécia e África do Sul, cuja principal diferença, em relação ao sistema brasileiro, é a existência de uma proteção eficaz a denunciantes. A análise desses normativos revelou que a legislação brasileira carece de robustez na proteção de *whistleblowers*, especificamente com relação à garantia de confidencialidade, proteção contra ações de retaliação e incentivos para que denúncias sejam realizadas de forma segura e eficaz. Nos Estados Unidos, a Lei *Dodd-Frank* e o *Sarbanes-Oxley Act* oferecem proteção abrangente e incentivos financeiros aos denunciantes, encorajando o relato de práticas corruptas. No Reino Unido, o *Public Interest Disclosure Act* (PIDA) é um marco na proteção jurídica de denunciantes, assegurando um ambiente livre de retaliações. A Suécia, com sua tradição de transparência e proteção constitucional, incentiva ativamente as denúncias, enquanto a África do Sul, por meio do *Protected Disclosures Act* (PDA), adota um sistema híbrido que combina proteção legal e incentivos. Com base nessas experiências internacionais, conclui-se que o Brasil necessita de reformas legais que fortaleçam a confidencialidade, ampliem a proteção contra ações de retaliação e considerem a introdução de incentivos financeiros. Essas mudanças são cruciais para que o Brasil promova um ambiente de confiança, no qual denúncias possam ser feitas de forma segura, contribuindo de maneira efetiva para o combate à corrupção. Sem essas reformas, o país continuará a enfrentar dificuldades para implementar um programa de *whistleblowing* verdadeiramente eficaz e, por consequência, colher os frutos dessa importante ferramenta.

Palavras-chave: *Whistleblowing*. Combate à corrupção. Direito comparado. Proteção a denunciantes. Legislação brasileira.

Referências

APAZA, Carmen R.; CHANG, Yongjin. *What Makes Effective Whistleblowing*: Global Comparative Studies from the Public and Private Sector. Gewerbestrasse: Palgrave Macmillan, 2020.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira e TINEN, José Eduardo. Whistleblowing e a regulamentação dos canais de denúncia: A experiência dos sistemas comparados. *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2021. Disponível em <https://rcpjm.cpmj.uerj.br/revista/article/view/5/107>. Acesso em: 2 ago. 2024.

BOOT, Eric R. *The Ethics of Whistleblowing*. Nova York: Routledge, 2019.

COOPER, Cynthia. *Extraordinary Circumstances: The Journey of a Corporate Whistleblower*. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2008.

LEWIS, David B. *A Global Approach to Public Interest Disclosure: What Can We Learn from Existing Whistleblowing Legislation and Research?* Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

MUELLER, Tom. *Crisis of Conscience: Whistleblowing in an age of fraud*. Nova York: Riverhead Books, 2019.

OLIVEIRA, José R. Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Belo Horizonte, 2020.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A Urgência de uma Legislação Whistleblower no Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (Texto para Discussão nº 175). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 10 ago. 2024.

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

ABREU, Maria Luísa Cammarota de. A necessidade de alteração da legislação brasileira para implementação de um programa de *whistleblowing* efetivo. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 617-618. ISBN 978-85-450-0925-2.

NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITO ADMINISTRATIVO DO SÉCULO XXI E GOVERNANÇA: O FORTALECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONTRABALANÇA DA REDUÇÃO DAS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DOMILSON RABELO DA SILVA JÚNIOR

Mestrando em Direito da Administração e Políticas Públicas – PPGDP-UFG.

Resumo: O presente trabalho, sob a metodologia da revisão bibliográfica e da revisão de literatura, objetiva avaliar, na interface do neoconstitucionalismo e das políticas públicas, as transformações ocorridas nas prerrogativas da Administração Pública – mormente no regime jurídico e na discricionariedade, no contraponto do fortalecimento dos direitos individuais. O Direito Administrativo e suas estruturas, no século XXI, passam por inúmeras transformações, especialmente no cenário do neoconstitucionalismo. Tais mudanças caminham no sentido fortalecer os direitos individuais reduzindo, noutra ponta, as prerrogativas da Administração Pública porquanto, dentre outros, emerge nova compreensão sobre o regime jurídico-administrativo pautada na centralidade da pessoa humana e na valorização dos direitos fundamentais. Com o reconhecimento da força normativa da Constituição, limites e deveres são impostos à atuação do Estado, que abandona um modelo de organização burocrática para adotar um perfil gerencial, pautado na eficiência e no desempenho. A supremacia do interesse público dá lugar à precedência dos direitos fundamentais e, por conseguinte, os privilégios e restrições, antes de uma Administração em posição superior ao particular administrado, emergem, em novo fundamento de validade de uma Administração Pública garantidora. O Estado contemporâneo, na função de prestador e garantidor, vale-se das políticas públicas como instrumento para atendimento de suas finalidades constitucionais. A governança, como função direcionadora, sob os princípios da transparência, integridade, probidade, e legitimidade, amplia o espaço de participação democrática, promove a redução da discricionariedade administrativa e emerge como ferramenta que direciona a máxima efetividade dos direitos sociais. A pesquisa está em fase inaugural e os resultados em fase preliminar de catalogação.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Governança. Direitos fundamentais. Direito Administrativo. Administração Pública.

Referências

- MARINI, Caio; MARTINS, Humberto Falcão. *Governança em ação – volume 5*. Publix Editora, 2014.
- COELHO, Saulo Pinto; ASSIS, Alline N. Um constitucionalismo do espetáculo? Espetacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 115, p. 541-584, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo em tempos difíceis. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 9, n. 16, p. 185-192, jan./jun. 2017.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. Neoconstitucionalismo, constitucionalização e Direito Administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 18-26, ago. 2016.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito Administrativo no século XXI*. Posfácio de Jessé Torres Pereira Junior e Flávio Amaral Garcia. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 65-85.
- SCAFF, Fernando Facury. Orçamento Público, direitos sociais e escolhas políticas, ou: Reserva do Possível e escolhas trágicas na implementação dos direitos sociais. *Logos Veritas – Revista do Curso de Direito do CEULS/ULBRA*, v. 7, p. 7-28, 2015.

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

SILVA JÚNIOR, Domilson Rabelo da. Neoconstitucionalismo, direito administrativo do século XXI e governança: o fortalecimento dos direitos fundamentais na contrabalança da redução das prerrogativas da administração pública. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 619-620. ISBN 978-85-450-0925-2.

DIREITO ADMINISTRATIVO CONTRACOLONIAL E RAÇA: NOVA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA PARA A PROMOÇÃO DE CIDADES SUSTENTÁVEIS

LUASSES GONÇALVES DOS SANTOS

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.
Professor de Direito Administrativo da Universidade Positivo.
Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo.

Resumo: Para recalcular a rota rumo às cidades sustentáveis, é crucial reavaliar o conceito de sustentabilidade adotado hegemonicamente. Sugere-se uma abordagem que enfatiza a sustentabilidade sob o prisma ambiental e da expansão das potencialidades, especialmente para a população negra e periférica, a qual é desproporcionalmente afetada pelos problemas ambientais. A insustentabilidade das cidades resulta de um paradigma eurocêntrico moderno ocidental, causador de crises econômicas, injustiça social, perda de biodiversidade, teste aos limites planetários e do aquecimento global. Essa realidade, no entanto, afeta a população negra brasileira de maneira ainda mais cruel. O racismo ambiental evidencia que as periferias e a população negra sofrem mais com os impactos ambientais. A administração pública brasileira, marcada por uma herança escravista e influenciada por uma filosofia eurocêntrica, contribui com a insustentabilidade, principalmente ao reproduzir o racismo ambiental. A análise crítica não pode se limitar a aspectos como patrimonialismo ou nepotismo, devendo apontar para o escravismo como a principal marca histórica da Administração Pública, moldando concepções de desenvolvimento e poder que desconsideram os interesses das populações marginalizadas, em uma incessante e vã busca pelo *interesse geral*. Para promover cidades realmente sustentáveis, em que se reconheça a prioridade da população negra, é necessário pensar em uma nova epistemologia contracolonial que permita um novo paradigma filosófico para o Direito Administrativo. Esse novo paradigma precisa desafiar a filosofia hegemônica eurocêntrica que conduz à insustentabilidade e ao racismo ambiental. Trata-se de reconhecer que a sustentabilidade, a ser promovida por ações do Poder Público, deve priorizar as necessidades da população negra e periférica, o que depende do desenvolvimento de políticas concretas a partir da superação da ideia de interesse geral e da mera individualização de direitos fundamentais. Adota-se a noção crítica de *Interesse do Povo*, com base na *Ética da Libertação*, rumo ao desenvolvimento de uma Administração Pública eticamente parcial.

Palavras-chave: Sustentabilidade. População Negra. Racismo Ambiental. Administração Pública. Interesse do Povo.

Referências

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

CÈSAIRE, Aimè. *Discurso sobre o colonialismo*. São Paulo: Veneta, 2020.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*. Petrópolis: Vozes, 2000.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SANTOS, Luasses Gonçalves dos. *O interesse público sob a crítica da teoria crítica*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SOUZA, Laura de Melo e. *O sol e a sombra: política e administração na América Portuguesa do século XVIII*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

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

SANTOS, Luasses Gonçalves dos. Direito administrativo contracolônial e raça: nova perspectiva hermenêutica para a promoção de cidades sustentáveis. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 621-622. ISBN 978-85-450-0925-2.

ANÁLISE SOBRE A ADOÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

DAYANA ALVES GUIMARÃES

Mestranda em Direito Administrativo pela UFMG.
Pós-graduada em Direito Administrativo pela UFMG.
Graduada em Direito pela UFMG.

Resumo: A Lei n. 13.655/2018 incluiu dispositivos na LINDB com o principal objetivo de elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público brasileiro. Tendo em vista as muitas críticas lançadas ao artigo 20 e seu relevante impacto na atuação dos agentes públicos, o presente artigo pretendeu avaliar se as referidas alterações podem traduzir a adoção da teoria do pragmatismo jurídico no direito brasileiro, bem como sua adequabilidade ao alcance dos objetivos da lei. Para a persecução desse fim, foi adotado como marco teórico os pressupostos da teoria do pragmatismo jurídico de Richard Posner e Neil MacCormick, estruturando-se sobre a vertente jurídico-dogmática, por meio do raciocínio hipotético dedutivo. Foram realizadas análises de conteúdo, avaliando-se a justificativa da proposição da lei e os pressupostos à teoria do pragmatismo jurídico, por meio de levantamento bibliográfico, bem como os estudos que trataram da aplicação de argumentos consequencialistas nas decisões. Concluiu que o legislador não optou pela adoção da supramencionada teoria e que, ademais, sua utilização não se mostra adequada para atender aos anseios da lei, em especial, os relativos ao alcance da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões, dado os inúmeros desafios para a sua aplicação.

Palavras-chave: LINDB. Pragmatismo Jurídico. Consequências práticas da decisão. Segurança Jurídica. Previsibilidade e efetividade das decisões.

Referências

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, nov. 2019.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 133-144, set./dez. 2019.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, 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.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 17-19.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 7-8.

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

GUIMARÃES, Dayana Alves. Análise sobre a adoção do pragmatismo jurídico no ordenamento jurídico brasileiro. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 623-624. ISBN 978-85-450-0925-2.

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE

IGOR AMARAL DA COSTA

Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela PUC/MG.

Pós-Graduando em Compliance e Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM/IDPEE (Coimbra).

Advogado da Câmara Municipal de Reduto/MG.

Resumo: Objetiva-se demonstrar que o Direito é um campo fértil para a institucionalização das relações simbólicas de poder e o *locus* privilegiado de sustentação do *status quo*, sobretudo em um quadrante histórico em que a legalidade constitucional tem sido suplantada por argumentos morais de diversas ordens. A força normativa da Constituição, como condição de possibilidade para a manutenção e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, está sob ataque e os predadores encontram-se também internamente, numa espécie de autofagia e servidão voluntária. Nesse cenário, urge retomarmos o curso para a Defesa da Democracia e isso se faz com a preservação das instituições representativas de tal regime, amparadas pelo texto constitucional. Faz-se necessário o desenvolvimento de uma teoria de decisão para o controle do ato judicante, cada vez mais influenciado por ideologias utilitaristas e visões de mundo pessoais do intérprete, as quais, não raro, são incompatíveis com a normatividade da Constituição. Em busca disso, discorre-se acerca de dois fenômenos associados ao exercício da Jurisdição Constitucional: a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial. No cerne, adentra-se em temas como o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário e os limites da Jurisdição Constitucional, de modo a exemplificar o estado de exceção interpretativo vivenciado, demonstrando os fundamentos normativos que combatem a admissão de tal *modus operandi*.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Judicialização da Política. Ativismo Judicial. Legitimidade. Legalidade Constitucional.

Referências

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; JUNG, Thais Michelle Winkler. Ativismo Judicial e Judicial Self Restraint nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a “reserva do possível”. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Nova Lima, v. 25, n. 1, p. 23-58, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15, p. 31, 2005. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf. Acesso em: 13 set. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. RETROSPECTIVA 2008 – JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abr./maio/jun. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 12 set. 2024.

STRECK, Lenio. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

COSTA, Igor Amaral da. A força normativa da constituição federal como condição de possibilidade. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 625-626. ISBN 978-85-450-0925-2.

A PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA NO SERVIÇO PÚBLICO

GLAUBER DE BRITTES PEREIRA

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Este comunicado científico visa avaliar o direito à inclusão de pessoas com autismo no serviço público brasileiro, na qualidade de servidoras, examinando as barreiras existentes e propondo soluções sob a perspectiva do humanismo jurídico. Considerando as variações dentro do Transtorno do Espectro Autista (TEA), o trabalho destaca a necessidade de uma abordagem que respeite a diversidade dessa categoria, garantindo adaptações específicas que permitam a cada indivíduo desenvolver plenamente suas capacidades no ambiente de trabalho. A metodologia utilizada inclui uma revisão da legislação e da doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, com ênfase especial no humanismo jurídico e no enfoque das capacidades, visando entender como esses princípios podem ser efetivamente incorporados nas políticas de inclusão. Os resultados preliminares indicam que, apesar da existência de uma legislação abrangente que prevê a inclusão de pessoas com TEA no serviço público e a primazia da dignidade da pessoa humana, há uma lacuna significativa entre a legislação existente e sua implementação eficaz pela Administração Pública. O estudo aponta para a necessidade de reformulações nas políticas públicas que priorizem a implementação de práticas inclusivas para servidores com TEA, garantidas por lei, com um compromisso firme e constitucional com o humanismo jurídico, para assegurar uma inclusão mais efetiva e respeitosa que reconheça a diversidade do espectro autista.

Palavras-chave: Inclusão. Transtorno do espectro autista. Pessoa com deficiência. Humanismo jurídico. Servidor público.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. Ministério da Justiça. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. Brasília, 2011.

ARZATE, Enrique Uribe; BUSTAMANTE, Diego Enrique Uribe. *El humanismo como principio constitucional para la vida humano-social*. Repositorio Institucional de la Universidad Autónoma del Estado de México. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DE SOUSA, Antônio Francisco. Bases Humanistas do Estado de Direito Democrático. *RDU*, Porto Alegre, v. 15, n. 83, p. 33-53, set./out. 2018.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça*. Deficiência, Nacionalidade, Pertencimento à Espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha C. *Crear capacidades*. Propuesta para el desarrollo humano. Tradução de Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2013.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*: Do Humanismo a Kant. São Paulo: Paulus, 1990.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

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

PEREIRA, Glauber de Brittes. A pessoa com transtorno do espectro autista no serviço público. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 627-628. ISBN 978-85-450-0925-2.

PARQUE NACIONAL E GOVERNANÇA: BREVE ANÁLISE DO PARQUE NACIONAL DA SERRA DA TEIXEIRA

JANE KETLEM BARBOZA FERREIRA

Procuradora Jurídica Municipal.

Resumo: A importância da proteção do meio ambiente e da exploração sustentável é o caminho para uma vida saudável atual e futura. O Sistema Nacional de Unidades de Conservação administra essas **áreas** no Brasil, dividindo as unidades em grupos de conservação abrangentes e grupos de uso sustentável; o Parque Nacional da Serra da Teixeira é uma unidade de conservação abrangente com propriedade pública e domínio público, projetada para proteger seu ecossistema natural e tem oportunidades para a melhoria ambiental, iniciativas de educação, pesquisa científica e ecoturismo. Objetiva-se identificar o valor social e econômico do Parque Nacional da Serra do Teixeira para a população da Paraíba. A relevância desta pesquisa para a comunidade acadêmica demonstra-se por seu caráter inovador, ao passo que no Brasil, os mais recentes processos licitatórios em parques têm adotado parcerias por meio de contrato de concessão, que permite à concessionária prestar serviços nas áreas públicas de parques com atrativos turísticos, especialmente parques nacionais e estaduais. A problemática corresponde a: Qual o impacto da Concessão do Parque Nacional da Serra do Teixeira para a população da Paraíba? A metodologia tipo de pesquisa será Quali-quantitativa, exploratória e pesquisa de campo. Concluiu-se que, as medidas para manter e promover o bem-estar humano dependem, portanto, de um equilíbrio entre os indivíduos, a sociedade, a economia e os ecossistemas naturais. Além disso, trazem benefícios econômicos para a região e para as pessoas que realizam essas atividades por meio de experiências no ambiente natural. O SNUC administra essas **áreas** no Brasil, dividindo as unidades em grupos de conservação abrangentes e grupos de uso sustentável; o Parque Nacional da Serra da Teixeira é uma unidade de conservação abrangente com propriedade pública e domínio público, projetada para proteger seu ecossistema natural e tem oportunidades para a melhoria ambiental, iniciativas de educação, pesquisa científica e ecoturismo.

Palavras-chave: Parque Nacional. Concessão. Governança. Unidades de Conservação. Serra do Teixeira

Referências

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza*. Brasília, DF, 2004.

BRUMATTI, P. N. M. *O espelho das concessões turísticas em Parques Nacionais do Brasil: uma perspectiva sobre vulnerabilidades*. 2020. 297f. Tese (Pós-Graduação em Turismo) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Natal/RN, 2020.

BRUMATTI, P. N. M.; ROZENDO, C. Parques Nacionais, turismo e governança: Reflexões acerca das concessões dos serviços turísticos no Brasil. *RBTUR*, v. 15, n. 3, set./dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.7784/rbtur.v15i3.2119>. Acesso em: 1 set. 2023.

ICMBio. (2018). *Estratégias de implementação da visitação em unidades de conservação federais: Prioridades de execução 2018-2020* Coordenação Geral de Uso Público e Negócios – CGEUP/ICMBio. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/publicacoes/publicacoes-diversas>. Acesso em: 11 set. 2024.

REIS, A. F.; QUEIROZ, O. T. M. M. Concessões nas Unidades de Conservação do Estado de São Paulo: reflexões, oportunidades e desafios. *Revista Brasileira de Ecoturismo*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 376-387, maio/jul. 2017.

VASCONCELOS, R. C. de; ALVES, L. J.; DE ARAÚJO, G. J. F.; SILVA, M. J. P. da. Espaço, Território e Conflitos Ambientais: Uma Abordagem Sobre o Desenvolvimento Econômico e a Questão Ambiental. *Caminhos de Geografia*, Uberlândia, v. 12, n. 38, p. 123-138, 2011. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/view/16359>. Acesso em: 6 set. 2024.

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

FERREIRA, Jane Ketlem Barboza. Parque nacional e governança: breve análise do parque nacional da Serra da Teixeira. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 629-630. ISBN 978-85-450-0925-2.

AS TRANSAÇÕES ADMINISTRATIVAS COMO INSTRUMENTOS DE AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

SÁLVIA GOMES DE ALMEIDA

Graduada pela Universidade Estadual de Montes Claros.
Mestre em Direito pela Universidade FUMEC.
Especialista em Política e Gestão da Saúde da SES/MG.

Resumo: A pesquisa tem objetivo analisar, a partir da concepção da Administração Pública Consensual, as transações administrativas sob a perspectiva de serem instrumentos de garantia das soluções de conflitos existentes entre os administrados e a Administração Pública. Para tanto, opta-se pelo método hipotético-dedutivo a fim de verificar se, a partir da Constituição da República do Brasil de 1988 bem como da análise evolutiva dos paradigmas do Estado, seria possível encontrar fundamentos que justifiquem e chancelem essa forma consensual de atuar da Administração Pública. Especificamente, sobre a análise das transações administrativas, a pesquisa tem como marco teórico inicial a obra: Transações Administrativas do professor Onofre Alves Batista Júnior. E, a partir disso, como caso concreto, toma-se a Lei Estadual n. 23.137 de 2018 do Estado de Minas Gerais como uma hipótese, no âmbito do Estado de Minas Gerais, do uso da transação administrativa como um instrumento de solução de conflito entre Administração Pública e os administrados, quais sejam: os filhos separados dos pais portadores de Hanseníase.

Da obra do professor Onofre Alves Batista Júnior, extrai-se a modalidade de “transação administrativa concretamente especificada por lei” como um possível caminho para o exercício da consensualidade entre Administração e administrados. E, como sendo a modalidade contida na Lei Estadual n. 23.137/2018, observa-se a possibilidade de transação administrativa como instrumento utilizado para o pagamento de indenização pelo Estado de Minas Gerais, desde que cumpridas certas condições, aos filhos separados dos pais portadores de Hanseníase que foram submetidos à política de isolamento compulsório em Minas Gerais que, de fato, vigorou até 1986.

Palavras-chave: Administração pública consensual. Solução de conflitos. Transações administrativas. Filhos separados. Hanseníase.

Referências

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CURI, Luciano Marcos. História da lepra e da hanseníase em Minas Gerais: das origens. In: MONTEIRO, Yara Nogueira (org.). *História da hanseníase no Brasil: silêncios e segregação*. São Paulo: Intermeios, 2019. p. 289-323.

MAIA, Taciana Mara Correa. Administração Pública Consensual e a Democratização da Atividade Administrativa. *Revista Jurídica Unigran*, Dourados, v. 16, n. 31, p. 65-85, jul. 2014.

MINAS GERAIS. *Lei nº 23137, de 10 de dezembro de 2018*. Dispõe sobre o pagamento de indenização aos filhos segregados de pais com hanseníase submetidos à política de isolamento compulsório em Minas Gerais. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23137&comp=&ano=2018>. Acesso em: 5 set. 2024.

SOUSA, Artur Custódio Moreira de; BRANDÃO, Paula Soares; DUARTE, Nanda Isele Gallas (org.). *Hanseníase: Direitos Humanos, Saúde e Cidadania*. Porto Alegre: Rede Unida, 2020. (Série Interloquções Práticas, Experiências e Pesquisas em Saúde). E-book.

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

ALMEIDA, Sálvia Gomes de. As transações administrativas como instrumentos de ação da administração pública consensual. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 631-632. ISBN 978-85-450-0925-2.

O INTERESSE PÚBLICO NAS ALTERAÇÕES QUALITATIVAS ALÉM DO LIMITE PREVISTO EM LEI

DIEGO ANTUNES DA COSTA

Assessor Executivo de Administração Município de Araquari/SC.
Advogado.

Resumo: O presente comunicado de pesquisa tem como objetivo analisar os pontos da nova lei de licitações e contratos no que diz respeito às alterações qualitativas nas contratações públicas. A Lei n. 14.133/2021, diferentemente da Lei n. 8.666/1993, fixou o limite de 25% tanto para as alterações qualitativas, previstas no art. 124, Inciso I, alínea “a”, bem como para as alterações quantitativas previstas no art. 124, Inciso I, alínea “b”. É importante mencionar que a nova lei deu ênfase à fase de planejamento, de onde poderíamos presumir que o limite para as alterações contratuais decorrem desse princípio. Embora o dever de planejar seja intrínseco à administração pública, que deve otimizar a utilização dos recursos, pode haver situações imprevisíveis, onde o limite de 25% para as alterações qualitativas não seja suficiente para a entrega do objeto contrato. Essas alterações, além do limite previsto em lei, se mostram mais razoáveis em contratos por escopo, cujo objeto é a entrega de um bem ao poder público. Diante da hipótese de termo aditivo acima do percentual previsto em lei, como deve agir o gestor público, o que deve ser observado no caso concreto para não violar os princípios fundamentais que regem o sistema, especialmente o da obrigatoriedade da licitação, da isonomia entre os licitantes, do caráter competitivo do certame e o da vinculação ao instrumento convocatório. Para assegurar a não responsabilização do gestor público, quais parâmetros deverão ser observados na possibilidade de aditivos qualitativos acima do percentual legal.

Palavras-chave: Contrato. Alteração qualitativa. Limite legal. Parâmetros. Interesse público.

Referências

ALVES, Francisco Sérgio Maia. *Lei de licitações e contratos comentada: análise da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, artigo por artigo, segundo uma visão crítica e prospectiva da jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos: Lei 14.133/2021*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

LEVIN, Alexandre; LEVIN, Eduardo. *A prerrogativa da administração pública de alterar unilateralmente o contrato administrativo: modificações introduzidas pela lei nº 14.133/2021*. Aprolon, 2024. Disponível em: <https://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina/article/view/311>. Acesso em: 11 set. 2024.

VILANDE, Tasso Gonçalo, Cláudio. O controle estratégico em contratos públicos: 10 fatores além da legislação. *Revista Estação Científica*, 2023. Disponível em: <https://estacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/estacaocientifica/article/view/2668>. Acesso em: 11 set. 2024.

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

COSTA, Diego Antunes da. O interesse público nas alterações qualitativas além do limite previsto em lei. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 633-634. ISBN 978-85-450-0925-2.

A AUTORREGULAÇÃO PRIVADA COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

FILIPPE VENTURINI SIGNORELLI

Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP.

Doutorando em Direito pela PUC-SP.

Diretor Executivo no Instituto Ética Saúde.

Resumo: Este estudo investiga a importância e a eficácia da autorregulação privada no controle da Administração Pública. De tal modo, verificou-se que a autorregulação privada tem impactos positivos ao promover a conformidade legal, a melhoria da qualidade dos serviços e o fortalecimento do controle social na Administração Pública. Por meio desse mecanismo, empresas e sociedade podem trabalhar em conjunto para alcançar uma gestão mais transparente, eficiente e responsável, beneficiando tanto o setor público quanto o cidadão. Notadamente, a utilização da autorregulação privada se mostra um dos mecanismos basais de controle social da Administração Pública, sendo observada por meio do desenvolvimento de um sistema de ordenação apto a estabelecer tanto diretrizes gerais quanto específicas, que auxiliarão na busca do interesse público pela verificação efetiva da transparência, publicidade, legitimidade e responsabilidade social. O controle social por meio da autorregulação privada diz respeito a um mecanismo em que empresas e organizações estabelecem normas e padrões para regular suas atividades, objetivando atender requisitos éticos em conformidade com os anseios mais modernos de uma justa Administração Pública, nos moldes exatos que se espera de um Estado Democrático de Direito. Ao caminhar em paralelo com a regulação governamental, a autorregulação privada permite que o titular do Poder, a saber, o povo, participe diretamente com suas compreensões técnicas de excelência, privilegiando assim a democracia participativa. No âmbito das contratações públicas, a autorregulação privada estabelece regras que tendem a equalizar o comportamento do mercado privado e público, possibilitando que a Administração Pública se submeta ao controle popular em todo processo de contratação, até mesmo, na fase interna quando a Administração buscará nas regras do mercado subsídios elementares da justa concorrência, perseguindo o caminho da máxima transparência e da eficiência.

Palavras-chave: Autorregulação privada. Controle social. Administração Pública. Sociedade Civil Organizada. Democracia Participativa.

Referências

AGUERRE, P. Fundamentos da organização da vida social e política no Brasil: relações Estado e sociedade e o papel das organizações da sociedade civil. In: JUNQUEIRA, L.; PÁDULA, R. S. *Gestão de organizações da sociedade civil*. São Paulo: Tiki Books: PUC-SP/PIPEq, 2019.

BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a 'post-regulatory' world. *Current legal problems*, v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001.

DEFANTI, Francisco. Um ensaio sobre a autorregulação: características, classificações e exemplos práticos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano, v. 16, p. 149-181, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2022.

FOX, Jonathan. Controle social: o que as evidências realmente mostram. *Revista da CGU*, v. 11, n. 20, p. 1331-1359, 2019.

GOHN, M. G. *O Protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGS e redes sociais*. São Paulo: Cortez, 2005.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011.

MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Ribeiro; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. *Controle democrático da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SADDY, André. *Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas*. Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ), 2020.

SAULE JÚNIOR, Nelson. A participação dos cidadãos no controle da Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, p. 291-323, 2021.

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

SIGNORELLI, Filipe Venturini. A autorregulação privada como mecanismo de controle social da administração pública pela sociedade civil organizada. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 635-636. ISBN 978-85-450-0925-2.

AUDIÊNCIA PÚBLICA: A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE COMO FERRAMENTA DE CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ALFREDO MONTEIRO LINS DE ALBUQUERQUE

Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP.
Secretário de Estado.

Chefe do Escritório de Representação do Estado do Amazonas em São Paulo.
Advogado em São Paulo.

Resumo: Este trabalho objetiva apresentar o princípio da publicidade como ferramenta de controle social dos atos da Administração Pública, permitindo ao particular fiscalizar os atos estatais na busca pela máxima eficiência possível. Como pilar do Direito Administrativo, o princípio da publicidade, com envergadura constitucional, possibilita não apenas o controle da legitimidade da conduta dos agentes públicos, mas também visa garantir a transparência e a acessibilidade aos atos administrativos, revelando-se, portanto, ser um requisito de eficácia e moralidade de toda a atuação estatal, espraiando-se para todos os setores e todos os âmbitos da atividade administrativa. É sabido que no Estado Democrático de Direito, a participação popular adquire distinta relevância, posto impor maior rigor ao dever de coerência entre as decisões administrativas e o interesse dos tutelados pelo Estado. E justamente no âmbito das audiências públicas, esta participação popular se faz essencial por se tratar de um momento onde se promoverá a discussão de projetos e demais medidas suscetíveis de acarretar significativas consequências aos interesses da sociedade, razão pela qual a observância ao princípio da publicidade permite que os particulares tomem conhecimento das intenções da Administração Pública, bem como também emitam opiniões, formulem indagações, teçam sugestões, pleiteiem esclarecimentos, ou seja, discutam acerca de assuntos de seu interesse, e diante desse cenário, realizem, portanto, o controle da atividade da Administração Pública. Como instrumento destinado a assegurar a transparência, as audiências públicas destinam-se a garantir a proteção ao interesse público de forma objetiva, e nada mais coerente do que investir o particular da prerrogativa de fiscalizar essa atuação pública em prol da coletividade. E, assim, a ampla publicidade constitui um importante mecanismo de controle

da legalidade e da conveniência das decisões exaradas pelos agentes públicos, cuja exigência de motivação, promove a transparência do exercício da atividade estatal ao passo que viabiliza a estrita observância ao princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Audiências públicas. Princípio da publicidade. Transparência. Efetividade. Controle dos atos da administração pública.

Referências

- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- BIM, Eduardo. *Audiências públicas*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/audiencias-publicas/1256021473>. Acesso em: 12 set. 2024.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/lucia-valle-figueiredo/instrumentos-da-administracao-consensual-a-audiencia-publica-e-sua-finalidade>. Acesso em: 3 set. 2024.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

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

ALBUQUERQUE, Alfredo Monteiro Lins de. Audiência pública: a efetividade do princípio da publicidade como ferramenta de controle social da administração pública no estado democrático de direito. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 637-638. ISBN 978-85-450-0925-2.

DIAGNÓSTICO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS EM GOIÂNIA

NATHÁLIA SUZANA COSTA SILVA TOZETTO

Mestre em Direito e Políticas Públicas PPGDP/UFG.
Procuradora do município de Goiânia.

Resumo: O resumo retrata uma pesquisa empírica, mediante estudo de caso institucional, que diagnosticou o arranjo institucional e orçamentário da Agência Municipal do Meio Ambiente quanto ao tratamento do planejamento de políticas públicas no período de 2011 a 2021. O objetivo geral foi investigar a viabilidade de utilização do planejamento orçamentário como instrumento de informação sobre a execução de políticas públicas e analisar o arranjo institucional do órgão, suas competências e limitações decorrentes da organização administrativa da autarquia para execução de suas atividades de competência. Os objetivos específicos foram contextualizar a evolução do processo orçamentário (PPA, LOA e LDO) verificando se as peças cumpriram suas funções, partindo das premissas indicadas na Constituição e na doutrina como determinantes do planejamento, que incluem a utilização de programas de ação, a necessidade de coordenação entre programas e a obrigação de prestação de contas. O referencial teórico utilizado nesta pesquisa é a Abordagem Direito e Políticas Públicas, as metodologias adotadas foram pesquisa bibliográfica e estatística descritiva. Dos dados constatou-se problemas da realidade institucional (ausência/fragilidade das capacidades estatais) e jurídico-orçamentária (desrespeito às leis produzidas no processo orçamentário e irracionalidade na execução orçamentária), impossibilitando a caracterização de uma política pública estruturada. Os resultados demonstram que há uma desconexão entre programas de ação previstos nas LOAs e os valores e produtos efetivamente executados, o que compromete a efetividade das ações governamentais. Em análise da doutrina concluiu-se que a flexibilização orçamentária deve ser a exceção, a ser utilizada em situações justificadas e que o orçamento deve ser tratado como um instrumento de planejamento, não apenas como documento autorizativo. Propõe-se o orçamento por resultados, que relaciona recursos financeiros e resultados a serem obtidos, mediante o uso de escolhas baseadas em evidências com estudos, avaliações e monitoramento das ações, aprimorando a eficácia do gasto e a transparência e *accountability*.

Palavras-chave: Planejamento orçamentário. Execução orçamentária. Políticas públicas. Flexibilização orçamentária. Orçamento por resultados.

Referências

ABRAHAM, Marcus (org.). *A impositividade orçamentária no Direito Nacional: e o professor tinha razão*. Estudos em homenagem ao Professor José Marcos Domingues: Temas de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de.; BEVILACQUA, Lucas. O planejamento financeiro responsável: Boa Governança e desenvolvimento nos 30 anos da Constituição Federal. In: BUISSA, Leonardo; REIMANN, Simon; MARTINS, Rafael (org.). *Direito e finanças públicas nos 30 anos da Constituição: experiências e desafios nos campos do direito tributário e Financeiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

BARROS, Maurício. Orçamento e discricionariedade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BONIFÁCIO, Robert; MOTTA, Fabrício. Monitoramento e avaliação de políticas públicas no Brasil: abordagem conceitual e trajetória de desenvolvimento jurídico e institucional. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 12, n. 2, p. 340-371, 2021.

GARCIA, Ronaldo Coutinho. Subsídios para organizar avaliações da ação governamental. In Planejamento e avaliação de políticas públicas. Brasília: Ipea, 2015. p. 249. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3521/1/Planejamento%20e%20avalia%C3%A7%C3%A3o%20de%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2022.

NÓBREGA, MARCOS. Orçamento, eficiência e performance budget. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e direito financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PERES, Ursula Dias; SANTOS, Fábio Pereira dos Santos. Orçamento Federal: avanços e contradições na redução da desigualdade social (1995-2016). In: ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *As políticas da política: desigualdade e inclusão nos governos do PSDB e do PT*. São Paulo: Unesp, 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*, v. 3, ano 3, 2021.

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

TOZETTO, Nathália Suzana Costa Silva. Diagnóstico do planejamento orçamentário de políticas públicas ambientais em Goiânia. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 639-640. ISBN 978-85-450-0925-2.

A TENDÊNCIA DO CONTROLE CONSENSUAL E O TCAC DA ANS EM TEMPOS DE FINANCEIRIZAÇÃO DA SAÚDE

MARIA THERESA DUARTE REIS

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP).
Bolsista da CAPES.

Resumo: O que define uma tendência na gestão de interesses públicos? Orientação formal ou material de comportamentos/processos? Qual o papel dos objetivos/metasp das leis/políticas públicas na sua identificação? Instrumentalizá-la ou conformá-la? Quando uma tendência produz eficiência/sustentabilidade em processos/serviços internos/externos? Estas foram as questões centrais norteadoras da pesquisa sobre Termos de Compromisso de Ajuste Conduta-TCAC, firmados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS, realizada pelo NUJUP da PUC Minas, com o objetivo de analisar se a tendência de consensualidade na autocomposição de conflitos, aplicada pela ANS, implica na implantação de modelo de administração pública negocial que: i. reduza a reincidência do descumprimento da legislação sobre operação do serviço de saúde; e ii. implique em mudança da cultura institucional do operador deste serviço. Entre os resultados alcançados, observou-se que: i. o TCAC como ferramenta de conciliação e resolução consensual de conflitos não reduz reincidência e não impacta material e positivamente na qualidade do serviço de saúde suplementar, sendo um de seus efeitos colaterais a transferência ao Sistema Único de Saúde-SUS da responsabilidade pela prestação de serviços, devidos pelas operadoras; ii. apesar da aposta na consensualidade, a multa ainda é a forma recorrente com que o poder de polícia administrativa da ANS se manifesta, diante da ausência de sua autonomia negocial e refém de um mercado financeirizado no qual a lucratividade da empresa não mantém correlação direta com a qualidade da prestação do serviço de saúde. Com fundamento na Teoria da Encrptação do Poder-TEP e na metodologia do *Design Thinking Law*, a pesquisa conclui que, apesar de potencialmente eficiente, o TCAC não tem papel expressivo na atividade de controle da operação do serviço de saúde pela ANS.

Palavras-chave: Controle Consensual. Administração Pública Negocial. Saúde Suplementar. Teoria da Encriptação do Poder. Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta.

Referências

BAHIA, Ligia *et al.* Financeirização do setor saúde no Brasil: desafios teóricos e metodológicos à investigação de empresas e grupos empresariais. *Caderno Saúde Pública*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/bG4FMQpwfnGs99fmPYHrJR/#ModalHowcite> Acesso em: 5 ago. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>. Acesso em: 18 out. 2021.

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, 2012, p. 603-613. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mos038>. Acesso em: 5 ago. 2024.

FERRAZ, Luciano. *Controle e Consensualidade*: fundamentos para o controle consensual da administração pública (tag, tac, suspad, acordos substitutivos e instrumentos afins). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2020. 248p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética. 2002.

SANIN-RESTREPO, Ricardo; ARAUJO, Marinella Machado. A Teoria da Encriptação do Poder: Itinerário de uma ideia (Editorial). *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 23, p. 1-17, 2020.

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

REIS, Maria Theresa Duarte. A tendência do controle consensual e o TCAC da ANS em tempos de financeirização da saúde. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 641-642. ISBN 978-85-450-0925-2.

CONSENSUALIDADE NA RENEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO: UMA ANÁLISE PROPOSITIVA A PARTIR DO INSTITUTO DA RELICITAÇÃO

MATHEUS ALVES MOREIRA DA SILVA

Mestre em Direito Constitucional Pela Universidade Federal Fluminense.
Pós-graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais.

Pesquisador no Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão
em Direito Administrativo Contemporâneo.

Resumo: A pesquisa teve como objeto o instituto da relicitação, conceituado como forma de extinção consensual de contratos de concessão. O principal objetivo foi contribuir para a evolução e aprimoramento desse instituto, tornando-o uma ferramenta mais eficiente na promoção da consensualidade nas relações contratuais com a Administração Pública. Além disso, buscou-se analisar os avanços dessa prática consensual e os principais desafios para sua implementação, adotando uma abordagem que contemplou aspectos teóricos e empíricos. A pesquisa foi desenvolvida ao longo dos anos de 2023 e 2024, no contexto do Direito Administrativo brasileiro. Adotou-se o método hipotético-dedutivo, permitindo a formulação de hipóteses a partir da consolidação do conhecimento prévio, examinado em outras investigações acadêmicas, casos concretos, doutrinas e jurisprudências pertinentes ao tema. A primeira hipótese do trabalho indicou uma possível ineficiência do instituto e a segunda apontou o tempo de tramitação do processo de relicitação como a principal causa dessa ineficiência. Para testar as hipóteses, além da revisão bibliográfica, foram utilizadas técnicas de pesquisa como entrevistas, análise documental e um estudo de caso que teve como objeto a relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante – única relicitação concluída após o surgimento do instituto na Lei n. 13.448/2017. Como resultado das observações, notou-se que o aperfeiçoamento do instituto é imprescindível para garantir a eficiência da relicitação como alternativa consensual, sendo o tempo de tramitação uma consequência de desafios maiores. A partir dessas conclusões, foram formuladas soluções para os desafios mapeados ao longo do estudo, que podem ser implementadas por meio da alteração de algumas regras previstas para a utilização da relicitação.

Palavras-chave: Consensualidade. Relicitação. Contratos de concessão. Desafios. Eficiência.

Referências

FORTUNATO, Rafael Henrique. *A Relicitação dos Contratos de Concessão*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito, Ciências Jurídicas Administrativas) – Universidade de Porto, 2023.

GARCIA, Flávio Amaral. *A Mutabilidade nos Contratos de Concessão no Brasil*. 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARQUES JUNIOR, José Jair. Devolução de concessões e relicitação. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, Instituições e Políticas Públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate. *Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.

SADDY, André; SILVA, Matheus Alves Moreira da; FERNANDES, Gonçalves Fernandes. Processo de Relicitação Segundo a Lei nº 13.448/2017: Principais Desafios Jurídicos na Implementação do Instituto. In: ZOCKUN, Maurício.; GABARDO, Emerson (coord.). *Novas leis: promessas de um futuro melhor?* Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

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

SILVA, Matheus Alves Moreira da. Consensualidade na renegociação de contratos de concessão: uma análise propositiva a partir do instituto da relicitação. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 643-644. ISBN 978-85-450-0925-2.

AUTODECLARAÇÃO *VERSUS* HETEROIDENTIFICAÇÃO: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA INCLUSÃO NA POLÍTICA PÚBLICA DE RESERVA DE VAGAS A CANDIDATOS NEGROS EM CONCURSO PÚBLICO

RENATA HELLWIG FERREIRA

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas.
Pós-Graduada *lato sensu* em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Advogada Pública Municipal.

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar a efetividade da política pública de reserva de vagas a candidatos negros em concurso público, a partir do critério utilizado sob o viés da inclusão. A metodologia escolhida é, a partir da análise de julgados, apontar as razões da judicialização e sua relação com os parâmetros utilizados pelo STF para tal política de cota. Tal análise se justifica a partir da ideia de um Estado indutor de políticas sociais que no Brasil foi instituído pela CRFB/88 que propõe um modelo de Estado Social com o objetivo, dentre outros, de reduzir desigualdades e promover tratamento isonômico, para o que foram se apresentando instrumentos estatais para o cumprimento dos desígnios constitucionais. Ante a notória desigualdade racial originada de uma construção histórica assimétrica das relações de poder no país, as políticas públicas de inclusão se apresentam como estratégias para amenizar este cenário. As ações afirmativas são disciplinadas por um microsistema jurídico, qual seja o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.888/2010), além da Lei n. 12.990/2014 que prevê a reserva de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos às pessoas negras que se autodeclararem pretas ou pardas. O STF declarou sua constitucionalidade (ADC n. 41) e entendeu a) a conformidade da política de cotas com o princípio da igualdade; b) a legitimidade da utilização da heteroidentificação como critério subsidiário da autodeclaração, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. A partir do julgado, denota-se que cabe ao candidato avaliar se possui direito às vagas reservadas, presumindo-se a veracidade da autodeclaração, pelo que a heteroidentificação deve ser efetivamente critério subsidiário, podendo ser afastado somente por decisão motivada da comissão avaliadora, estabelecendo os critérios fenotípicos a justificar a decisão, o que deve ser observado nas decisões judiciais para a efetivação da política inclusiva.

Palavras-chave: Concurso público. Reserva de vagas. Cota racial. Heteroidentificação.

Referências

BITENCOURT, Carolina Müller; RECK, Janriê. *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas*. Curitiba: Íthala, 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41*. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ 08/06/2017.

CHADAREVIAN, Pedro C. Para medir as desigualdades raciais no mercado de trabalho. *Revista Economia e Política*, v. 31, n. 2, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 37. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 70, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452007000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 abr. 2024.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça a era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (coord.). *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FREITAS, Juarez. *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

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

FERREIRA, Renata Hellwig. Autodeclaração versus heteroidentificação: uma análise da efetividade da inclusão na política pública de reserva de vagas a candidatos negros em concurso público. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 645-646. ISBN 978-85-450-0925-2.

O FATOR RISCO NA GOVERNANÇA PÚBLICA E NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CARLA THAMILIS FONSECA CHAVES

Mestranda em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Especialista em Avaliação de Políticas Públicas pelo Instituto Serzedello Correa (ISC/TCU).
Analista de Infraestrutura do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos.

Resumo: A Lei n. 14.133 introduziu novas perspectivas acerca do fator *risco* nas contratações públicas, ao enfatizar a gestão de riscos e a matriz de risco dos contratos. Tendo em vista analisar o emprego da palavra “risco” no texto da nova lei, foram apreciadas as principais leis nacionais que tratam de contratos administrativos e das normas infralegais que se referem aos padrões de gestão propostos na esfera do Poder Executivo federal. A análise revelou maior recorrência da palavra “risco” a partir da Lei n. 13.303/2016, que atingiu seu ápice na Lei n. 14.133/2021, remetendo a dois principais significados: risco institucional, relacionado à implementação da gestão de riscos e à governança pública; e risco contratual, atrelado ao projeto e, sobretudo, ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Na perspectiva institucional, a gestão de riscos é o instrumento da governança para enfrentar o desafio de determinar a quantidade de risco aceitável na busca por fornecer serviços de interesse público da forma mais eficaz possível. A legislação instrumentalizou, ainda, a gestão dos riscos em níveis contratuais, especialmente ao exigir a inclusão da matriz de risco. Ou seja, além de oferecer estruturas e mecanismos de governança ao processo de contratação, a Lei também o fez em nível endo contratual, ao estabelecer que em elementos inerentes ao contrato, como o projeto básico, o equilíbrio econômico-financeiro, as garantias e a precificação, os riscos sejam apreciados. Tanto o risco institucional quanto o risco contratual estão atrelados a uma concepção mais ampla de governança pública, que orienta a atuação da Administração ao alcance de objetivos institucionais e à prevenção de desvios, com reflexos em toda sua extensão. Compreendê-los sob esta ótica será fundamental para definir as dimensões jurídicas dos dispositivos da lei e como sua aplicação deverá ser exigida, especialmente na formulação e gestão dos contratos administrativos.

Palavras-chave: Risco. Gestão de Risco. Governança. Matriz de Riscos. Contrato Administrativo.

Referências

BRASIL. *Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial União, Brasília – DF, em 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial União, Brasília – DF, 21 de junho de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n. 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. Diário Oficial União, Brasília – DF, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial União, Brasília – DF, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. *Instrução Normativa Conjunta MP/CGU no. 01, de 2016*. Dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal. Base de conhecimento da CGU. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/33947>. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n. 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. Diário Oficial União, Brasília – DF, 30 de junho de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. *Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017*. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial União, Brasília – DF, 22 de novembro de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial União, Brasília – DF, 1 abril. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 23 mar. 2024.

MIRANDA, Rodrigo Fontenele de A. *Implementando a gestão de riscos no setor público 2*. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

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

CHAVES, Carla Thamiris Fonseca. O fator risco na governança pública e nos contratos administrativos. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 647-648. ISBN 978-85-450-0925-2.

OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

EMILY SOLON MARQUINHO NOBRE

Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem como principal objetivo analisar como as modificações trazidas pela Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), especialmente a obrigatoriedade de implementação de programas de integridade nas contratações públicas, se relacionam com o princípio da moralidade administrativa. Por meio de pesquisa bibliográfica, averigua-se o conceito de moralidade administrativa. Examina-se, na sequência, o cenário político e histórico que permeou o surgimento e a promulgação da lei, assim como o conceito e as principais características dos programas de integridade. Ademais, busca-se analisar a correlação entre a exigência dos programas de integridade à luz dos dispositivos previstos pela Nova Lei de Licitações e o princípio da moralidade administrativa. Com base no estudo, conclui-se que o princípio da moralidade administrativa consiste na imposição à Administração da observância das regras éticas que não se encontram necessária e previamente positivadas. Ademais, a moralidade administrativa guarda relação com outros princípios constitucionais, bem como atua como fundamento apto a nortear a adequada gestão de recursos públicos, a atuação íntegra da Administração Pública e a aplicação de penalidades em se tratando da prática de atos fraudulentos no bojo das contratações públicas. A Nova Lei de Licitações implementou consideráveis inovações aos procedimentos licitatórios, como os programas de integridade, os quais constituem o conjunto de procedimentos adotados por empresas para prevenir, identificar e remediar infrações a leis e diretrizes internas, disseminando uma cultura organizacional pautada na ética, na conformidade e na transparência, transcendendo o mero cumprimento das leis. Nesse sentido, verificou-se a importância do princípio da moralidade administrativa como mecanismo correlacionado aos programas de integridade, bem como sua relevância como um instrumento para prevenir e remediar atos de corrupção, desvios e fraudes nos contratos celebrados entre a iniciativa pública e privada, especialmente à luz das contratações públicas firmadas com guarida na Nova Lei de Licitações.

Palavras-chave: Moralidade administrativa. Nova Lei de Licitações. Programas de Integridade. Compliance. Contratações Públicas.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso. Princípio da moralidade. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 69, p. 180-207, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

CAMMAROSANO, Márcio. *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. A *due diligence* de integridade e o grau de risco de integridade como fatores limitadores do relacionamento público-privado: questões polêmicas em uma análise objetiva. *In*: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). *Compliance no setor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

HARIOU, Maurice. *Droit Administratif*. Paris, 1914 e 1926.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. *In*: ADRI, Renata Porto;
PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ZILIOTO, Mirela Miró. A arte de exigir programas de integridade nas contratações públicas: ato de coragem ou loucura? *In*: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). *Compliance no setor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

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

NOBRE, Emily Solon Marquinho. Os programas de integridade nas contratações públicas à luz do princípio da moralidade administrativa. *In*: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 649-650. ISBN 978-85-450-0925-2.

DIREITO SANCIONADOR E A CONVERGÊNCIA DE PRINCÍPIOS

JOELMIR VESSOZI CARVALHO

Bacharel em direito pela Unisociesc – Joinville.
Pós-graduado pela Faculdade Focus.
Assessor da Procuradoria-Geral de Araquari – SC.

Resumo: A presente pesquisa encontra-se em fase inicial e está sendo desenvolvida para a construção de currículo acadêmico e posterior ingresso em curso de mestrado em direito. Apesar da temática não ser nova e abrigar robusta discussão doutrinária e jurisprudencial, acredita-se que pode haver contribuição, ainda que singela, com a investigação do tema sob um prisma central: Existe um Direito Sancionador aplicável às diversas acepções do direito punitivo aos olhos da jurisprudência nacional? Busca-se descobrir a fronteira da aplicação interdisciplinar dos princípios do Direito Constitucional, Penal, Administrativo, Civil, Ambiental e Tributário às matérias que não exatamente convergem em bases histórico principiológicas. Trata-se, por assim dizer, de um levantamento de como juízes e tribunais, incluídos os de Contas, abordam e aplicam os princípios como fonte do Direito aos casos que envolvam sanção oriunda do Direito Sancionador em suas variadas esferas. Com os artifícios de judicialização da política e de politização do judiciário surge para o operador do Direito a constante insegurança quanto à concatenação de determinados princípios, mesmo sua aplicação direta, a casos em que a *ratio decidendi* não demonstrava aprioristicamente um grau de convergência que a justificasse, resultando em aplicação extensiva de princípios e mesmo em construção de jurisprudência defensiva. Não se presume a aplicação indiscriminada de fatores externos aos casos concretos, tampouco se ignora a existência de influência de pressão política e social no âmbito jurisdicional, em especial no artífice do *backlash* cibernético o uso da inteligência artificial aos diversos âmbitos da vida, incluindo o judiciário. Assim, buscará se elucidar se aos olhos da jurisprudência há a aplicação dos princípios do Direito Penal às demais áreas de Direito Sancionador, resultando na demonstração da existência ou inexistência de um conjunto lógico (de princípios) do Direito Penal aplicável ao direito administrativo sancionador, bem como os fundamentos para respectiva incidência ou afastamento.

Palavras-chave: Direito Sancionador. Direito Penal. Princípios. Abrangência. Convergência.

Referências

RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. *Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 6, v. 1, maio 2013.

BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A Aplicação dos Princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: Uma Análise do Princípio da Insignificância Econômica. *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 85272/RS (2017/0131630-4)*. Min. NEFI CORDEIRO - SEXTA TURMA. Brasília (DF), 14 de agosto de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%2085272>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses - N. 219*. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/download/12919/13021#:~:text=3\)%20%C3%89%20poss%C3%ADvel%20aplicar%2C%20excepcionalmente,reprovabilidade%20do%20comportamento%20do%20agente](https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/download/12919/13021#:~:text=3)%20%C3%89%20poss%C3%ADvel%20aplicar%2C%20excepcionalmente,reprovabilidade%20do%20comportamento%20do%20agente).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE843989 - Recurso Extraordinário Com Agravo*. Min. Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 18 agosto 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

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

CARVALHO, Joelmir Vessozi. Direito Sancionador e a convergência de princípios. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 651-652. ISBN 978-85-450-0925-2.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI N. 14.133/2021

TASSIANE DE FÁTIMA MORAES

Mestre pela PUC-SP.
Procuradora Legislativa na Câmara Municipal de Laranja Paulista-SP.

Resumo: A Lei n. 14.133/2021 contemplou entendimento jurisprudencial e doutrinário de que pode haver desconsideração da personalidade jurídica sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia. No entanto, o dispositivo legal confere margem de dúvida se a desconsideração da personalidade jurídica deve ser ou não aplicada pelo ente da Administração Pública que realizou o certame, ou se seria caso de reserva do Poder Judiciário. Fazendo uso do método dedutivo, partiu-se da análise geral da desconsideração da personalidade jurídica para, em seguida, avaliar se a aplicação no âmbito das licitações e contratos administrativos se dará pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário. Os resultados revelam a necessidade de interpretação legal e sistemática. Conclui-se que a Administração Pública tem a competência para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica se adequada aos ditames legais.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Licitações. Contratos administrativos. Administração Pública. Reserva do Poder Judiciário.

Referências

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. *Lei de Licitações e Contratos – Comentada*: Lei n. 14.133/2021. Vol. III – artigo 124 ao 194. Comentários ao art. 160. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de; TOLEDO, Renato. *Lei de Licitações e Contratos – Comentada*: Lei n. 14.133/2021. V. III. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

MEDEIROS, Fábio Mauro de; ANTINARELLI, Mônica. Das infrações e sanções administrativas: comentário ao artigo 155 da Lei n. 14.133/2021. In: SARAI, Leandro (org.). *Tratado da Nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos* – Lei n. 14.133/21. Comentada por advogados públicos. São Paulo: JusPodivm, 2021.

PIRES, Antônio Cecílio Moreira. *A desconsideração da personalidade jurídica na aplicação das penas restritivas do direito de licitar e contratar*. 2012. Tese (doutorado em Direito) Núcleo de Direito Administrativo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2012.

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

MORAES, Tassiane de Fátima. A desconsideração da personalidade jurídica na Lei n. 14.133/2021. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 653-654. ISBN 978-85-450-0925-2.

A EXISTÊNCIA DE TRATAMENTO PRIVILEGIADO PARA EMPRESAS PÚBLICAS NA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE: NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

FABÍOLA C. L. CAMMAROTA DE ABREU

Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP.
Doutoranda em Direito Administrativo pela PUC-SP.
Advogada em São Paulo.

Resumo: Este trabalho tem por objetivo examinar se a legislação aplicável às empresas públicas, conforme a Lei n. 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 ("Lei das Estatais"), representaria um tratamento privilegiado às empresas públicas no que se refere à implementação de programas de *compliance*, na medida em que o regime previsto na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 ("Lei Anticorrupção"), e seu decreto regulamentador, seria mais rígido (que aquele da Lei das Estatais) para que um programa de *compliance* seja considerado eficaz. A pesquisa objetiva demonstrar que essa diferença normativa resulta em um cenário de privilégio para as empresas públicas, permitindo que elas operem sob padrões de *compliance* menos rigorosos do que os exigidos para empresas privadas. Em uma análise comparativa entre as disposições da Lei das Estatais e da Lei Anticorrupção, podemos verificar que a Lei das Estatais traz regras menos rigorosas para a estruturação de programas de *compliance* e flexibilização no cumprimento de obrigações relacionadas à transparência e governança. A conclusão do trabalho é que existe, de fato, um tratamento privilegiado para as empresas públicas, o que compromete a paridade em relação às empresas privadas no que diz respeito à prevenção e combate à corrupção. Para garantir um ambiente de negócios mais equilibrado e ético, propõe-se partir da premissa de que a Lei Anticorrupção e seu decreto regulamentador sejam aplicáveis também às empresas públicas, de forma a assegurar que estas sigam os mesmos parâmetros mínimos de *compliance* exigidos para o setor privado, e que as regras da Lei das Estatais seriam complementares às regras da Lei Anticorrupção, tendo em vista que a equiparação das regras contribuiria para um cenário de maior integridade e responsabilidade no setor público.

Palavras-chave: Empresas públicas. *Compliance*. Tratamento privilegiado. Lei anticorrupção. Governança corporativa.

Referências

AMARAL, Paulo Osternack. Lei das Estatais: Espectro de Incidência e regras de governança. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016- “Lei das Estatais”*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58- 70.

CAMMAROSANO, Márcio. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARDOSO, André Guskow. Governança Corporativa, transparência e compliance nas empresas estatais: O regime instituído pela Lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016- “Lei das Estatais”*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 94- 119.

DAL POZZO, Augusto Neves; MARCONDES MARTINS, Ricardo (coord.). *Aspectos Controvertidos do Compliance na Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

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

ABREU, Fabíola C. L. Cammarota de. A existência de tratamento privilegiado para empresas públicas na implementação de programas de *compliance*: necessidade de aplicação da Lei Anticorrupção. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 655-656. ISBN 978-85-450-0925-2.

ATUAÇÃO DO GESTOR E FISCAL NAS DIFERENTES FASES DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA PARA APRIMORAMENTO DA GESTÃO CONTRATUAL

ILLEANNA CLARA DE MEDEIROS LACERDA

Especialista pela Universidade de Pernambuco – UPE.
Advogada e Diretora Técnica no Núcleo de Gestão de Projetos Sociais – NGPS/Univasf.

FLÁVIO RODRIGO LEAL TUNICO

Professor MSc da Universidade de Pernambuco – UPE.
Servidor do Banco Central do Brasil – BCB.

Resumo: O presente estudo teve como objetivo demonstrar as dificuldades encontradas pelos gestores e fiscais de contratos no desenvolvimento das atividades de gestão e fiscalização dos serviços de terceiros na administração pública, dada a designação desses agentes apenas na fase final da contratação dos serviços. Nesse sentido, passamos a discorrer sobre a participação prévia do futuro gestor e fiscal do contrato, ainda no planejamento da contratação, de forma a trazer uma maior segurança, controle e otimização dos resultados na fase fiscalizatória da execução contratual. No desenvolvimento do trabalho demonstramos a necessidade de implantação de processos e estruturas de governança nos órgãos da Administração Pública, para que, além do fortalecimento institucional decorrente desta prática, seja possível aperfeiçoar as contratações públicas em todo o ciclo, privilegiando a etapa de planejamento. Isso se dá com o intuito de alcançar a eficácia na fase de gestão do contrato trazendo a necessidade de elaboração de um plano de fiscalização eficiente que observe todas as diretrizes traçadas nos documentos iniciais da contratação. Avançando na reflexão, é explanada a possibilidade de atuação destes atores da contratação pública em todas as suas fases e como essa atuação contribuirá de forma significativa na gestão do contrato administrativo, permitindo assim uma maior segurança no exercício do encargo fiscalizatório, em vista do conhecimento e entendimento prévio e global do objeto ao qual recairá a fiscalização. O trabalho ainda traz uma sugestão de roteiro para confecção de um Plano de Fiscalização. A argumentação trazida leva em conta pesquisa bibliográfica em doutrinas, jurisprudência e na legislação vigente, procurando estabelecer uma relação teórico-prática para os gestores e fiscais atuantes nessa importante área do Direito Administrativo.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Governança. Licitação. Terceirização. Plano de Fiscalização.

Referências

- BARRAL, Daniel de Andrade Oliveira. *Gestão e fiscalização de Contratos Administrativos*. Brasília: Enap, 2018.
- BRASIL. Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada>. Acesso em: 12 set. 2024.
- BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 12 set. 2024.
- BRASIL. *Referencial Básico de Governança Organizacional para Organizações Públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU*. Tribunal de Contas da União. 3. ed. 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/governanca-no-setor-publico/>. Acesso em: 12 set. 2024.
- MACHADO, Karine Lílian de Sousa Costa, JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; JACOBY FERNANDES, Murilo (coord.). *Terceirização: legislação, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PÉRCIO, Gabriela Verona. *Contratos Administrativos: Manual para Gestores e Fiscais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ZYMLER, Benjamim; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; JACOBY FERNANDES, Murilo (coord.). *Terceirização: legislação, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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

LACERDA, Illeana Clara de Medeiros; TUNICO, Flávio Rodrigo Leal. Atuação do gestor e fiscal nas diferentes fases da contratação pública para aprimoramento da gestão contratual. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 657-658. ISBN 978-85-450-0925-2.

DELEGAÇÃO DE PODER DE POLÍCIA PARA EMPRESAS ESTATAIS

RAMON ARAUJO LOJUDICE

Graduado em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.
Pós-graduando em Licitações e Contratos no IDP.

Resumo: O trabalho desenvolvido tem três diferentes objetivos interligados. O primeiro se relaciona com uma ampla pesquisa doutrinária com a finalidade de explicar e definir conceitos básicos de Direito Administrativo, especialmente sobre temas de organização administrativa e poder de polícia. O segundo confere ao texto a análise da doutrina pátria, diante de um panorama histórico, acerca dos posicionamentos referentes à delegabilidade do exercício de poder de polícia aos entes privados, sob o enfoque das entidades da administração indireta. Por último, faz-se pormenorizado estudo do recurso extraordinário n. 633.782/MG, que analisou a delegabilidade do poder de polícia à BHTrans (sociedade de economia mista vinculada ao município de Belo Horizonte/MG). Nessa perspectiva, verificou-se a jurisprudência já até então existente dos tribunais superiores, relacionada à conferência de prerrogativas de direito público a entidades privadas. Então, discorreu-se sobre como o Supremo Tribunal Federal interpretou os dispositivos constitucionais que se relacionam com a discussão, do ponto de vista legal, bem como a influência dos posicionamentos doutrinários na decisão da Tese de Repercussão Geral, que originou a Tema n. 532. Nesse contexto, diante de todos os conceitos estudados e raciocínio jurídico desenvolvido, julga-se adequado o entendimento fixado, sendo válida a delegação de poder de polícia às empresas estatais, desde que preenchidos os requisitos de que seja feita por meio de lei, a entidades que possuam capital social majoritariamente público e desempenhem funções típicas, em regime não concorrencial. Finalmente, o trabalho se dedica à interpretação da tese firmada e a defesa da extensão da decisão às entidades subsidiárias.

Palavras-chave: Poder de polícia. Empresas estatais. Delegação de poder de polícia. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 633.782/MG.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 633.782/MG*. Rectes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS. Recdos: os mesmos. Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com poder de polícia: por que não? *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 252, p. 97-118, 2009.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação, fiscalização e sanção: fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Empresa estatal pode exercer o poder de polícia. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, fev. 1993.

VIEIRA, Ariane Sherman Moraes. *Os limites à delegação do exercício do poder de polícia estatal: análise sobre a possibilidade de atuação dos particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

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

LOJUDICE, Ramon Araujo. Delegação de poder de polícia para empresas estatais. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 659-660. ISBN 978-85-450-0925-2.

O EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA PARA ELEIÇÃO DO MODELO DE CONTRATAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE INOVAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ALEXANDRE HENRIQUE MORETTI CAMMAROSANO KOPCZYNSKI

Mestrando em Direito pela PUC-SP.

Pesquisador integrante do “Observatório de Desestatização” da PUC-SP
vinculado ao grupo de pesquisa “Regulação Administrativa”.

Advogado privado.

Resumo: No exercício de função administrativa, os agentes públicos estão inseridos em uma dinâmica funcional atrelada ao princípio da legalidade (juridicidade), não apenas por tratar-se de um dever-ser positivado, mas por ser indissociável de postulados epistemológicos do Estado Democrático de Direito. A partir dessa exigência, o exercício de competências vinculadas são as primeiras a serem diagnosticadas dessa construção estrutural de Estado. Contudo, há circunstâncias nas quais pela via própria da atividade hermenêutica, está o ocupante de cargo, emprego ou função pública diante de certa margem de liberdade decisória, orientada pela conveniência e oportunidade, não obstante seja admissível efetivo controle, mesmo que parcial, desse exercício de competência. Essa situação pode ser identificada em uma série temas afetos ao Direito Administrativo como, no caso da presente pesquisa, a aquisição de produto, serviço ou processo inovador. Mesmo que se detecte contratações que possam ser consideradas como constituindo seus objetos por inovação desde o regime ditatorial anterior à Constituição de 1988, um regime próprio dessa espécie de objeto contratual foi estabelecido no direito brasileiro a partir da Lei de Inovação, que permitem a celebração de ajustes obrigacionais dos mais variados, todos mediante contratação direta. Mais recentemente, novidades legislativas ampliaram as possibilidades de contratação, agora precisando processos concorrenciais obrigatórios, com a nova lei geral de licitações e contratos administrativos – com a modalidade do diálogo competitivo –, e o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador – pela modalidade especial de licitação e dos contratos públicos de solução inovadora e de fornecimento –. Cabe ao agente público, ao desenvolver política pública de fomento à inovação aparelhar seus órgãos técnicos para

que possa definir o modelo de contratação adequado à realidade do ente público que representa, sempre em vista das limitações legais e do atingimento de princípios promotores de uma boa administração, como o da eficiência.

Palavras-chave: Licitação. Contratação pública. Discricionariedade. Agente público. Inovação.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria neoconstitucional da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* [Recurso Eletrônico], São Paulo, n. 30, jul./set. 2024. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/56493>. Acesso em: 27 ago. 2024.

MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs setor privado*. São Paulo: Portfolio-Peguin, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. *Contratos públicos na lei de inovação: transferência de tecnologia, acordo de parceria e encomenda tecnológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. Brasília: IPEA, 2022. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11623/16/Compras_publicas_para_inovacao_no_Brasil.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável – De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo competitivo: o regime da lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

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

KOPCZYNSKI, Alexandre Henrique Moretti Cammarosano. O exercício de competência discricionária para eleição do modelo de contratação para aquisição de inovação pela administração pública. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 661-662. ISBN 978-85-450-0925-2.

MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA (MIP): PERMISSÃO CONSTITUCIONAL E ADEQUAÇÃO À LEI N. 14.133/2021

MARIANA BUENO RESENDE

Mestre em Direito e Administração pública pela UFMG.
Assessora de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.
Professora.

Resumo: A Nova Lei de Licitações e Contratos positivou, no âmbito das contratações públicas em geral, o procedimento de manifestação de interesse (PMI) como um procedimento auxiliar, em consonância com a transformação da atuação estatal, inicialmente centrada no ato unilateral impositivo, para uma atuação de horizontalidade, permeável à cooperação da iniciativa privada. A participação privada na fase de planejamento da licitação tem o potencial, quando bem regulamentada e implementada, de conferir eficiência e legitimidade à decisão administrativa, além de incentivar a inovação nas contratações públicas. Contudo, a Lei n. 14.133/2021 previu apenas a hipótese na qual o PMI é provocado pela própria administração pública, omitindo-se em relação à possibilidade de que a iniciativa privada, de forma espontânea, apresente projetos e estudos de interesse da coletividade. Tal possibilidade, por outro lado, já foi prevista em âmbito regulamentar, na União (Decreto Federal n. 8.428/2015), sem alteração de nomenclatura, e em estados e municípios, normalmente sob a designação de manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP). Dessa forma, o objetivo do trabalho é estudar a adequação desse instrumento iniciado pela iniciativa privada ao ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo aos ditames constitucionais, para demonstrar a viabilidade jurídica da sua previsão nos regulamentos independentemente de disposição expressa na Lei n. 14.133/2021. Realizou-se, ainda, análise da sistemática adotada em âmbito internacional, com ênfase na experiência chilena, um dos países pioneiros na utilização das propostas não solicitadas para desenvolvimento de projetos de infraestrutura, além de pesquisa das melhores práticas orientadas pelos organismos internacionais.

Palavras-chave: Lei n. 14.133/2021. Participação privada. Procedimento de manifestação de interesse (PMI). Manifestação de interesse privada (MIP). Propostas não solicitadas.

Referências

BANCO MUNDIAL. *Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships*. 2018. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/procuring-infrastructure-ppps-2018>. Acesso em: 11 set. 2024.

CARVALHO, André Castro. A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura: um estudo sobre as MIPs e os PMIs no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 9-23, jul./set. 2014.

DAL POZZO, Augusto Neves. Procedimento de Manifestação de Interesse e o planejamento estatal de infraestrutura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, jun. 2014. Disponível em: <http://bid.editorafor.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=119928>. Acesso em: 11 set. 2024.

HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited infrastructure proposals: how some countries introduce competition and transparency*. Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF) working paper series. 2007. Washington, DC: World Bank. Disponível em: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documentsreports/documentdetail/142981468777252745/unsolicited-infrastructure-proposals-how-some-countries-introduce-competition-and-transparency>. Acesso em: 11 set. 2024.

MOTTA, Fabrício; BELÉM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse na nova lei de licitações. In: BELÉM, Bruno; CARVALHO, Matheus; CHARLES, Ronny (coord.). *Temas controversos da nova Lei de licitações e contratos*. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

MOURÃO, Carolina Mota; MONTEIRO, Vera. Procedimento de manifestação de interesse como instrumento de fomento à inovação: o artigo 81 da Lei nº 14.133, de 2021. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Brasília, 2022.

SÁNCHEZ, José Miguel; SEEBACH, Claudio; CALLE, Rodrigo De La. *Innovación privada en la generación, diseño y desarrollo de obras públicas*. 2008. Disponível em: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/1518>. Acesso em: 2 set. 2024.

SUÁREZ-ALEMÁN, Añcor; DOMINGUEZ, Enrique. *Evidencia regional en el uso del mecanismo de iniciativas privadas para el desarrollo de infraestructura y mejores prácticas internacionales: una revisión de la experiencia de Brasil, Chile, Colombia y Perú, y recomendaciones de política*. 2024. Disponível em: <https://publications.iadb.org/es/evidencia-regional-en-el-uso-del-mecanismo-de-iniciativas-privadas-para-el-desarrollo-de>. Acesso em: 11 set. 2024.

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

RESENDE, Mariana Bueno. Manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP): permissão constitucional e adequação à Lei n. 14.133/2021. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 663-664. ISBN 978-85-450-0925-2.

AS INOVAÇÕES DA LEI N. 14.133/2021 E O CREDENCIAMENTO EM MERCADOS FLUIDOS (*E-MARKETPLACE*): ANÁLISE DAS AQUISIÇÕES DE MEDICAMENTOS EM UM HOSPITAL DE ENSINO PORTA ABERTA 100% SUS

ELIANA VIANA PINTO COELHO

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNA.
Gerente de Compras do Hospital Risoleta Tolentino Neves.

AMANDA FONSECA MEDEIROS

Doutoranda e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais.
Assessora Técnica do Conselho Regional de Farmácia de Minas Gerais.

Resumo: A Lei n. 14.133/2021 desperta as organizações para a governança das contratações, com o propósito de melhor atender a sua missão e agregar valor ao negócio. É essencial que se criem estruturas, processos, controles e gestão de riscos para melhoria das compras públicas. Com efeito, as unidades de saúde têm sofrido com a aquisição de medicamentos básicos e especializados que devem, para além das medidas estruturantes, buscar novos modelos de contratação, visto que os procedimentos ortodoxos não estão adequados a dinâmica desse negócio. Nesse contexto, o credenciamento ganha protagonismo e, esse procedimento, qualificado como auxiliar ao processo licitatório, pode ser adotado para operacionalizar as compras de medicamentos, utilizando as plataformas eletrônicas na modelagem e-marketplace, sanando uma deficiência da logística de contratação tradicional que é impactada constantemente por condições adversas e variação econômica, próprias de mercado fluido. O estudo foi realizado para avaliar a eficiência dos processos de compra e das ordens de fornecimento de medicamentos em um hospital de ensino, porta aberta, 100% SUS. A pesquisa, conduzida em agosto de 2024, analisou dados de janeiro a julho de 2024, com 349 solicitações de compras, divididas em 24 emergenciais, 68 não padrão e 257 planejadas. Foram geradas 817 ordens de fornecimento. Destas, 472 foram entregues no prazo, 243 com atraso, 39 canceladas e 63 ainda pendentes. Entre os itens com atraso, 11,7% eram da curva A (alta prioridade), 25,1% da curva B e 63,2% da curva C. Os atrasos e cancelamentos, que

afetam quase metade do valor financeiro movimentado, destacam a fragilidade do processo atual. No entanto, a Lei n. 14.133/2021 oferece oportunidades para melhorar a eficiência das compras públicas. A implementação do credenciamento e o uso de plataformas eletrônicas podem reduzir atrasos, melhorar a gestão de fornecedores e garantir a entrega pontual de medicamentos essenciais, minimizando riscos e custos operacionais.

Palavras-chave: Credenciamento. Inovações. E-marketplace. Boas Práticas. Sistemas de Saúde.

Referências

FORTINI, Cristiana; CAMARÃO, Tatiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. Vol. 1 e Vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos Nóbrega; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise Econômica das Licitações e Contratos*: de acordo com a Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

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/a-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas/>. Acesso em: 4 set. 2024.

SALVADOR. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia – TCM. Processo 13039 e 23 Parecer N. 00992-23 – AJU – Assessoria Jurídica – Gustavo Nilo de Santana – Assessor Jurídico. 29/06/2023. Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/13039e23.odt.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCEPR. Processo 467594/17 – Consulta. Relator Cons. Ivens Zschoerper Linhares. Tribunal Pleno. Sala das Sessões, 19/09/2018 – Sessão 31. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2018/9/pdf/00331435.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG. Processo 1120202 – Consulta. Relator Cons. Subst. Hamilton Coelho. Prolator do voto vencedor: Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Tribunal Pleno. Deliberado em 7/6/2023. Disponível em: <https://mapjuris.tce.mg.gov.br/TextualDadosProcesso/DetalhesExcerto/1120202#1>. Acesso em: 10 set. 2024.

NOVAES, Maria Rita Carvalho Garbi; NUNES, Michelle Silva Nunes; BEZERRA, Valéria Santos. *Guia de boas práticas em farmácia hospitalar e serviços de saúde*. 2. ed. Barueri: Manole, 2020. SP.

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

COELHO, Eliana Viana Pinto; MEDEIROS, Amanda Fonseca. As inovações da Lei n. 14.133/2021 e o credenciamento em mercados fluidos (*e-marketplace*): análise das aquisições de medicamentos em um hospital de ensino porta aberta 100% SUS. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 665-666. ISBN 978-85-450-0925-2.

CONTRATO ADMINISTRATIVO: A MUTAÇÃO E O REEQUILÍBRIO DA REFORMA TRIBUTÁRIA (EC 132/23 E PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR 68/24) EM BUSCA DE MELHORES PRÁTICAS

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.

Resumo: A reforma tributária da EC 132/23, proposta nos termos das LC 68/24, trará profundos reflexos sobre contratos administrativos, tanto em aspectos econômicos e financeiros, quanto na estrutura dos pactos, desafiando sua mutação no tempo. O art. 21 da EC 132/2023 permitiu à legislação complementar dispor sobre a recomposição dos contratos afetados pela reforma. Diante disto, o PL 68/24, ao propor a regulamentação da reforma tributária, trata do reequilíbrio econômico e financeiro na contratação pública, estabelece propõe regras, requisitos e procedimentos específicos para os pleitos de revisão econômica e financeira dos contratos administrativos afetados pela alteração da carga tributária derivada da reforma. O modelo da reforma prevê transição lenta, contínua e imprevisível nos efeitos, requerendo uma flexibilidade incomum aos contratos administrativos especialmente de longo prazo que demanda melhores práticas. A escassez de bibliografia sobre o tema, sua importância nos âmbitos público e privado, inclusive por seus reflexos em relações contratuais de longo prazo – em vigor e futuras – recomenda uma abordagem voltada a contribuir para a compreensão do conteúdo e do alcance das prescrições. Com base na doutrina que acata a mutação do contrato administrativo e propõe sua evolução, o estudo analisa o PL 68/24, dada a relevância e atualidade do tema, ampliada pela imprescindibilidade de serem adotadas medidas preventivas pela Administração Pública. A metodologia utilizada foi a interpretação jurídica do texto normativo e a pesquisa bibliográfica com reflexão crítica. O percurso científico consistiu na confrontação do projeto de lei com o ordenamento a luz da doutrina como embasamento teórico. O artigo traz os limites objetivos e subjetivos do PL, examina conteúdo e alcance das prescrições e expõe os fundamentos da premência dos órgãos públicos anteciparem seus estudos e aperfeiçoarem suas ações para fazer frente ao enorme desafio que se avizinha. A conclusão sintetiza tais contribuições para a reflexão.

Palavras-chave: Mutação do contrato Administrativo. Reequilíbrio econômico e financeiro. Reforma tributária. Emenda Constitucional 132/23. Projeto de Lei Complementar 68/2024.

Referências

ALENCAR, Leticia Lins de. *Mutação na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1995.

FREIRE, André Luiz. *Direito dos contratos administrativos*. São Paulo: Thompson Reuters, 2023.

FREITAS, Rafael Vêras de. *Equilíbrios econômico-financeiros das concessões*. São Paulo: Fórum, 2023.

GARCIA, Flavio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: JusPodivm, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Curso de direito tributário*. São Paulo: JusPodivm. 2024.

SILVA, Eric Castro, NÓBREGA, Marcos. A reforma tributária e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo: a inadequação do modelo mecanicista; os pontos focais da teoria dos múltiplos equilíbrios contratuais. *RDPD*, Fórum, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, p. 9-47, abr./jun. 2024.

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

CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra de. Contrato administrativo: a mutação e o reequilíbrio da reforma tributária (EC 132/23 e Projeto de Lei Complementar 68/24) em busca de melhores práticas. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 667-668. ISBN 978-85-450-0925-2.

A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO A FAVOR DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A DIMENSÃO ÉTICA DE SUSTENTABILIDADE

ESTER EMANUELE LIMA

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL.
Mestranda pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL.
Advogada e Consultora Técnica na Invest Paraná.

Resumo: Através de metodologia hipotética-dedutiva, o artigo aponta as contratações públicas como instrumento a favor do desenvolvimento nacional sustentável, afastando uma concepção meramente econômica de desenvolvimento e adotando-se o conceito de Amartya Sen que o vincula a um processo de expansão de liberdades. Também se aponta as licitações como indutoras de mercados sustentáveis, especialmente considerando o poder de compra estatal e a incorporação do conceito de sustentabilidade no ordenamento jurídico em matéria de licitação após 2010. Em seguida, aborda-se o contexto das licitações sustentáveis até a previsão legal do tema abordado pela Lei Federal n. 14.133/2021, indicando a incorporação de disposições internacionais ratificadas pelo Brasil, analisando-se os critérios de sustentabilidade indicados por orientações exaradas por instituições da Administração Pública federal, notadamente a AGU e o TCU. Adotando-se o conceito pluridimensional de sustentabilidade trabalhado por Juarez Freitas, o artigo propõe analisar os principais critérios que caracterizam uma contratação pública como sustentável e, ao fim, resgata brevemente o contexto histórico brasileiro para abordar a dimensão ética da sustentabilidade como diretriz vinculante das licitações sustentáveis, bem como o seu papel na ruptura com o contexto de naturalização de desigualdades, demandando uma ruptura cultural e a participação ativa dos cidadãos e dos gestores públicos na realização do bem-estar e do desenvolvimento nacional sustentável por meio do compromisso entre gerações reclamado pela sustentabilidade.

Palavras-chave: Lei n. 14.133/2021. Contratações públicas sustentáveis. Desenvolvimento nacional sustentável. Sustentabilidade ética. Controle social.

Referências

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU) et al. Parecer n. 00001/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 3 de agosto de 2021. Brasília: AGU, 2021.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União*. 5. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2023.

CLARE, Celso V. et al. *Guia Nacional de Contratações Sustentáveis*. 5. ed. Brasília: AGU, 2022.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. *Revista Novos Estudos Jurídicos* [Eletrônica], v. 24, n. 3, p. 940-963, set./dez. 2018.

FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Círculo do Livro, 1974.

MOTTA, Nair de Souza. *Ética e vida profissional*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1984.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

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

LIMA, Ester Emanuele. A licitação como instrumento a favor do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável: breves comentários sobre a dimensão ética de sustentabilidade. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 669-670. ISBN 978-85-450-0925-2.

APLICABILIDADE DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 7º DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: REGULAMENTOS INSTITUCIONAIS?

ERICA DA SILVA LIMA

Bacharel em Direito pela Faculdade Irecê.

Resumo: O presente comunicado busca analisar a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que despertou expectativas de melhorias na gestão pública e nos processos licitatórios. No entanto, tem sido evidente que algumas das mudanças promovidas são insuficientes para atingir esses objetivos. Além disso, surgem discussões sobre a autonomia dos entes federativos e a escassez de profissionais qualificados em pequenos municípios, o que representa um desafio para a efetiva implementação do novo marco legal. A inconstitucionalidade da lei também se revela como um tema de grande relevância, pois pode impactar diretamente a gestão pública e a utilização dos recursos públicos. Diante desse contexto, torna-se fundamental refletir e adotar medidas para aprimorar a implementação da lei, garantindo sua consonância com os princípios constitucionais. A autonomia dos Estados e Municípios configura um princípio essencial que deve ser respeitado, enquanto se fortalece a capacidade técnica e administrativa dos entes federativos, promove-se a participação e o controle social, e busca-se a harmonização das relações entre a União, Estados e Municípios. Tais ações contribuirão para a efetividade das políticas públicas e o desenvolvimento equilibrado do país. O método utilizado será o dedutivo, com base em revisão de bibliografia e legislação, combinada com uma abordagem da revisão de literatura integrativa.

Palavras-chave: Autonomia Federativa. Licitações e Contratos. Normas Gerais. Normas Específicas.

Referências

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Altera a legislação referente a licitações e contratos administrativos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2463/2021. Plenário. Relator: Bruno Dantas. Sessão de 13/10/2021. Disponível em: Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União (tcu.gov.br). Acesso em: 30 maio 2023.

FORTES JUNIOR, Cléo Oliveira. Breve história das licitações no Brasil. *Docero Brasil*, 2017. Disponível em <https://doceru.com/doc/cv5e80x>. Acesso em: 23 mar. 2023.

GUIMARÃES, Edgar Antônio Chiuratto. Nova Lei de licitações e contratos competência legislativa, **âmbito** de incidência, vigência e impacto nas leis estaduais, municipais e regulamentos do Sistema S. *Paraná: Coluna Jurídica*, Grupo JML, 2021. p. 02

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. *Estado Federal no Brasil: o federalismo na constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria*. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

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

LIMA, Erica da Silva. Aplicabilidade dos requisitos previstos no Artigo 7º da Nova Lei de Licitações: regulamentos institucionais? In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 671-672. ISBN 978-85-450-0925-2.

A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DO ARTIGO 117 DA LEI N. 14.133/2021

FERNANDA MARIA AFONSO CARNEIRO

Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal do Ceará.
Doutora em Teoria Jurídica e Relações Internacionais pela Universidade de Évora (Portugal),
com titulação reconhecida pela Universidade Federal de Pernambuco em Ciências Políticas.
Professora do Curso de Pós-Graduação da Universidade Regional do Cariri.

Resumo: O ajuste promovido entre a Administração Pública e particulares, em que prevaleça um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, concretiza-se por intermédio do contrato administrativo objeto de prévio procedimento licitatório. O contrato administrativo diferencia-se do contrato privado por não estabelecer relações de equidade entre as partes, uma vez que garante ao poder público prerrogativa sob a premissa de que o interesse público se sobrepõe ao interesse privado. Formalizado o contrato administrativo, faz-se necessário acompanhar a sua execução, nos termos disposto no artigo 117 da Lei n. 14.133/2021, que decorre de procedimentos diversos, alguns deles complexos, para os quais são exigidos dos fiscais e gestores contratuais conhecimentos específicos relacionados ao objeto contratado, às legislações aplicáveis, bem como a esquematização e execução de procedimentos, além de postura condizente com as atividades a serem executadas, para evitar falhas durante o processo de fiscalização. Neste contexto, a pesquisa buscou avaliar os pontos críticos observados no curso da execução dos contratos, como é realizado o processo e quais os óbices considerados críticos no decorrer do acompanhamento. Sendo assim, objetivou-se analisar o procedimento inerente à fiscalização do cumprimento do contrato administrativo através de uma investigação descritiva a partir de um estudo da legislação pertinente e de uma revisão bibliográfica, o que permitiu observar que a fiscalização do contrato administrativo envolve deveres e exigências, tanto explícitas quanto implícitas, o que leva à obrigatoriedade de que os fiscais possam estar devidamente preparados, treinados e dispostos a manter um controle contínuo dos contratos supervisionados. Ressalta-se a importância da capacitação e do desenvolvimento de competências profissionais, a fim de garantir uma gestão eficaz dos contratos e, por consequência, promover o uso eficiente dos recursos públicos e o cumprimento das obrigações contratuais.

Palavras-chave: Administração pública. Contrato administrativo. Fiscalização. Gestão pública. Terceirização.

Referências

AMORAS, Ana Patrícia Penha. *Gestão e fiscalização de contratos de serviços terceirizados: uma análise no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Amapá (Ifap) por meio da Gestão por Processos*. 2023. 142 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Pública e Sociedade) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/15606>. Acesso em: 5 abr. 2024.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 4. ed. Brasília: Senado Federal, 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666compilado.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

KOBAYASHI, Leandro Jin. *Contratos administrativos com dedicação exclusiva de mão de obra: uma análise à luz da economia dos custos de transação*. 2021. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

RODRIGUES, Henrique Napoleão. *Uma análise da nova lei de licitações e contratos (14.133/2021) e sua aplicação em obras públicas*. 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/233291>. Acesso em: 5 abr. 2024.

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

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

CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso A fiscalização dos contratos administrativos sob a ótica do artigo 117 da Lei n. 14.133/2021. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 673-674. ISBN 978-85-450-0925-2.

PARTE IV

PROGRAMA DO 38º CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO ADMINISTRATIVO

PRIMEIRO DIA – 08/10/2024**9h – ABERTURA (TEATRO)**

Presidente de Mesa: Cristiana Fortini (MG) – Presidente do IBDA

9h40 – HOMENAGEM PROF. CLOVIS BEZNOS

Presidente de mesa: Fabio Santana (SP) – Procurador do Município de São Paulo

Dinorá Adelaide Musseti Grotti (SP) – Professora de Direito Administrativo na PUCSP

Clovis Beznos (SP) – Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP

10h – CONFERÊNCIAS DE ABERTURA (TEATRO)

Presidente de mesa: Antônio Nominando Diniz (PB) – Presidente do TCE-PB

Conferência Tema: “Nova lei de Licitações e o papel dos Tribunais de Contas”

Ministro Benjamin Zymler (RJ) – Ministro do TCU

Conferência tema: O consequencialismo no Direito Administrativo e suas implicações

Professor Marçal Justen Filho (SP) – Mestre e Doutor em Direito Público pela PUCSP

12h – INTERVALO PARA ALMOÇO**14h – PAINEL 1 (SALA TAMBAÚ) – PLANEJAMENTO DAS COMPRAS PÚBLICAS E OS DESTAQUES DOS REGULAMENTOS FEDERAIS**

Presidente de Mesa: Anastácia Melo (PB) – Assessora Técnica da Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (DF) – Advogado, Professor

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (SP) – Mestre, Doutora e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP

Roberto Pojo (DF) – Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos

14h – PAINEL 1A (SALA CABO BRANCO) – LEI Nº 13.303/16 E GOVERNANÇA NAS EMPRESAS ESTATAIS: BOAS PRÁTICAS, AVANÇOS E RETROCESSOS

Presidente de Mesa: Fabiana Calviño (DF), Superintendente do Consultivo da Caixa Econômica Federal

Elisa Vieira Leonel (DF) – Secretária de Coordenação das empresas estatais do Ministério da Gestão e Inovação

Licurgo Mourão (MG) – Conselheiro Substituto do TCEMG

Mario Spinelli (RJ) – Diretor de Governança e Conformidade da Petrobras

15h30 – COFFEE BREAK**16h – PAINEL 2 (SALA TAMBAÚ) – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ASPECTOS ECONÔMICOS E MELHORES PRÁTICAS**

Presidente de Mesa: Fabio Andrade (PB) – Procurador Geral do Estado da Paraíba

Bradson Camelo (PB) – Procurador Geral do MP de Contas da Paraíba

Carolina Zancaner (SP) – Procuradora da Fazenda Nacional

Marcos Nóbrega (PE) – Conselheiro do TCE-PE

16h – PAINEL 2A (SALA CABO BRANCO) – NOVO REGULAMENTO DE CONTRATAÇÕES DAS ENTIDADES DO SISTEMA S

Presidente de Mesa: Gabriela Galvão (PB) – Vice-presidente do Instituto de Direito Administrativo da Paraíba

Adilson Dallari (SP) – Doutor e Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-SP

Edgar Guimarães (PR) – Pós-Doutor e Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP

José Anacleto Abduch Santos (PR) – Procurador do Estado do Paraná

Larissa Moreira Costa- Gerente Jurídica adjunta SEBRAE NACIONAL

17h30 – PAINEL 3 (SALA TAMBAÚ) – PINGA FOGO: PERGUNTAS DA PLATEIA: LICITAÇÕES E CONTRATOS.

Presidente de Mesa: Thayse Dias (PB) – Advogada

Daiese Bonfim (SP) – Auditora de Controle Externo no TCM-SP

Joel Menezes Niebuhr (SC) – Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP

Karina Harb (SP)- Assessora de Controle externo do TCM-SP

Rafael Sergio de Oliveira (PE) – Procurador Federal da AGU – PE/DF

Tatiana Camarão (MG) – Mestre em Direito Administrativo pela UFMG

17h30 – PAINEL 3A (SALA CABO BRANCO) – SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ARBITRAGEM, DISPUTE BOARD, TERMOS DE AJUSTAMENTO)

Presidente de Mesa: Patricia Veronica Sobral de Souza (SE) – Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Sergipe

Flávia Bittar (MG) – Presidente da CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial-BR

Flávio Garcia Cabral (MS) – Procurador da Fazenda Nacional

Luciano Ferraz (MG) – Professor de Direito Administrativo da UFMG e PUC-MG

Rafael Wallbach Schwind (PR) – Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP

SEGUNDO DIA – 09/10/2024**8h30 – CONFERÊNCIA – (SALA CABO BRANCO) A INFLUÊNCIA DO DIREITO EUROPEU NOS ESTADOS MEMBROS**

Marcelo Clarich – Professor Titular na Faculdade de Direito da Università Degli Studi de Roma “la Sapienza”

8h30 – OFICINA (SALA PONTA DO SEIXAS) – GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS

Edgar Guimarães (PR) Pós-Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP

9h – PAINEL 4 (SALA TAMBAÚ) – CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Presidente de Mesa: Givonaldo Rosa Rufino (PB) – Consultor Jurídico do TCE-PB

Adriana Schier (PR) – Presidente do IPDA

Edilberto Carlos Pontes Lima (CE) – Presidente do TCE-CE e Presidente do IRB

Fabrizio Motta (GO) – Conselheiro do TCM-GO

Ricardo Schneider (AL) – Subprocurador-Geral do MPTCE de Alagoas

9h – PAINEL 4A (SALA CABO BRANCO) – PRINCIPAIS NULIDADES NA CONDUÇÃO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

Presidente de Mesa: Vladimir França (RN) – Professor Titular de Direito Administrativo da UFRN

Edilson Pereira Nobre Junior (PE) – Desembargador Federal da 5ª Região-PE

José dos Santos Carvalho Filho (RJ) – Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Raquel Carvalho (MG) – Procuradora do Estado de MG

10h30 – PAINEL 5 (SALA TAMBAÚ) – AGÊNCIAS REGULADORAS, TRIBUNAIS DE CONTAS E A AGENDA ESG

Presidente de Mesa: Thiago Linhares Paim Costa (DF) – Coordenador Jurídico PPP, Concessão e Infraestrutura – CAIXA

Heloisa Helena Godinho (GO) – Conselheira Substituta do TCE-GO

Ligia Melo (CE) – Professora Doutora de Direito Administrativo da UFC-CE

Thiago Marrara (SP) – Professor de Direito Administrativo da USP

10h30 – PAINEL 5A (SALA CABO BRANCO) – INOVAÇÕES NOS CONCURSOS PÚBLICOS: VAGAS RESERVADAS, POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO E CONCURSO UNIFICADO.

Presidente de Mesa: João Paulo Lacerda (MS) – Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Mato Grosso do Sul

Caroline Bittencourt (SC) – Pós doutora em Direito e Professora da UNISC

Fabio Lins de Lessa Carvalho (AL) – Procurador do Estado de Alagoas

Florivaldo Dutra de Araújo (MG) – Professor de Direito Administrativo da UFMG e Procurador da ALMG

12h – INTERVALO PARA O ALMOÇO

14h – OFICINA (SALA PONTA DO SEIXAS) – ATUAÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA E CONTROLE INTERNO NA LEI 14.133/21.

Christianne Stroppa (SP) – Professora Doutora e Mestra pela PUC-SP

14h – PAINEL 6 (SALA TAMBAÚ) – LINDB E O DIREITO AO ERRO DO AGENTE PÚBLICO

Presidente de Mesa: Daniela Melo Coelho Haikal (MG) – Analista de Controle Externo do TCEMG

Carlos Nitão (PB) – Procurador Federal AGU-PB

Juliana Palma (SP) – Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da USP

Rafael Ramos (RS) – Procurador do Município de Porto Alegre

14h – PAINEL 6A (SALA CABO BRANCO) – LGPD NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CAUTELAS E MEDIDAS NECESSÁRIAS DIANTE DAS PRIMEIRAS PUNIÇÕES PELA ANPD

Presidente de Mesa: Erika Lacet (PE) – Controladora geral de Pernambuco

Daniel Ferreira (PR) – Pós-Doutor pelo Ius Gentium Conimbrigae – FDUC

Juliano Heinen (RS) – Procurador do Estado do RS

Rodrigo Pironti (PR) – Doutor e Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC-PR

15h30 – COFFEE BREAK

16h – OFICINA (SALA CAMBOINHA) – TERMO DE FOMENTO E TERMO DE COLABORAÇÃO E AS CONTRATAÇÕES CELEBRADAS PELO TERCEIRO SETOR

Fernando Mânica (PR) – Presidente da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/PR

16h – PAINEL 7 (SALA TAMBAÚ) – ACORDOS DE LENIÊNCIA: ATORES, POSSIBILIDADES DE NEGOCIAÇÃO E OS ASPECTOS POLÊMICOS

Presidente de Mesa: Antônio Rodrigo Machado (DF) – Vice-Presidente do IDADF

Alice Voronoff (RJ) – Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

Augusto Dal Pozzo (SP) – Advogado e Professor de Direito Administrativo da PUC-SP

Mauricio Zockun (SP) – Advogado e Professor de Direito Administrativo da PUC-SP

16h – PAINEL 7A (SALA CABO BRANCO) – INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: GOVERNANÇA, POSSIBILIDADES E CUIDADOS

Presidente de Mesa: Ariane Sherman (MG)- Doutoranda em Direito pela UFMG

José Sérgio da Silva Cristóvam (SC) – Professor de Direito da UFSC

Juarez Freitas (RS) – Professor Titular do Mestrado e do Doutorado em Direito da PUC-RS

Vanice Lírio do Valle (RJ) – Ex- Procuradora do Município do RJ

17h30 – PAINEL 8 (TAMBAÚ) – PINGA-FOGO: LEI ANTICORRUPÇÃO. PERGUNTAS DA PLATEIA

Presidente de Mesa: Renata Fabris (RO) – Advogada Administrativista
Edmar Camata (ES) – Mestre em Políticas Anticorrupção (Espanha) e Presidente do Conaci

Fernanda Fritoli (SP) – Doutoranda em Direito Administrativo e Mestre pela PUC-SP

Francisco Zardo (PR) – Presidente da comissão de função sancionatória do IBDA

Luciano Reis (PR) – Professor Doutor em Direito Administrativo

Rogério Gesta Leal (RS) – Desembargador do TJRS

17h30 – PAINEL 8A (SALA CABO BRANCO) – DEBATE: HÁ CONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DAS REDES SOCIAIS?

Presidente de Mesa: Jader Ferreira Guimarães (ES) – Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP

Daniel Wunder Hachem (PR) – Pós-Doutor e Professor de Direito da PUCPR e UFPR

Emerson Moura (RJ) – Professor de Direito da UNIRIO

Eurico Bitencourt Neto (MG) – Professor UFMG, Doutor em Ciências Jurídico-Políticas Universidade de Lisboa

Fábio Sousa Santos (RO) – Procurador do Estado de Rondônia

Vivian Lima Lopez Valle (PR) – Professora Titular de Direito Administrativo da PUC-PR

Weida Zancaner (SP) – Mestre e Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP

TERCEIRO DIA – 10/10/2024

8h30 – OFICINA (SALA CAMBOINHA) SOLUÇÕES PARA O APRIMORAMENTO DA CONTRATAÇÃO NAS EMPRESAS ESTATAIS

Renila Bragagnoli (PB) – Advogada de Estatal Federal

10h30 – Carolina Jatobá – Doutora pela PUC-SP, Consultora jurídica da CAIXA e Professora do UNICEUB/Brasília

9h – PAINEL 9 (SALA TAMBAÚ) – DEBATE: ENUNCIADOS DO IBDA SOBRE

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Presidente de Mesa: Juscimar Pinto Ribeiro (GO) – Presidente do IDAG

Irene Nohara (SP) – Professora da Universidade Mackenzie

Ismar Viana (SE) – Auditor de Controle Externo do TCE-SE

Luiz Magno (SC) – Advogado e Professor Universitário (UNIVALI)

Marcelo Harger (SC) – Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP e Advogado

Tereza Nóbrega (PE) – Mestre e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco

9h – PAINEL 9A (SALA CABO BRANCO) – CONCESSÕES: REEQUILÍBRIOS CAUTELAR E AUTOMÁTICO, REPARTIÇÃO DE RISCOS E SEGURANÇA JURÍDICA

Presidente de Mesa: Fábio Bandeira de Mello (AM) – Presidente do IADA

André freire (SP) – Professor da PUC-SP e Advogado

Marcos Peres (SP) – Professor de Direito Administrativo da USP e Advogado

Natália Resende Ávila (SP) – Procuradora Federal e Secretária de Meio Ambiente, Infraestrutura e Logística de São Paulo

10h30 – OFICINA (SALA PONTA DO SEIXAS) – TÉCNICAS DE IDENTIFICAÇÃO DE FRAUDES EM LICITAÇÕES

Pedro Azevedo (MG) – Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro

10h30 – PAINEL 10 (TAMBAÚ) – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ACERTOS E DESACERTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS APÓS A ALTERAÇÃO LEGAL

Presidente de Mesa: Ana Maria Barata (PA) – Mestre em Direito Administrativo e professora da UFPA

Keity Saboya (RN) – Juíza de Direito do TJRN atualmente auxiliando a Presidência do CNJ

Marcio Cammarosano (SP) – Professor, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP e Advogado

Rodrigo Valgas (SC) – Professor, Doutor e Mestre em Direito Administrativo e Advogado

10h30 – PAINEL 10A (SALA CABO BRANCO) – EXPERIÊNCIAS EXITOSAS NA CONCESSÃO DE USO DE PRAÇAS E PARQUES NATURAIS E URBANOS

Presidente de Mesa: Lilian Azevedo (BA) – Presidente da Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM

André Saddy (RJ) – Professor de Direito Administrativo da UFF e da PUC-Rio

Liana Portilho (MG) – Diretora Jurídica da CODEMGE

Marcela Santos (SP) – Diretora de projetos de São Paulo Parcerias
Sérgio Lopes Cabral (MG) – Diretor de Gestão de Ativos e Mercado –
CODEMGE

12h – INTERVALO PARA O ALMOÇO

14h – OFICINA (SALA PONTA DO SEIXAS) – PROCEDIMENTOS AUXILIARES: REGISTRO DE PREÇOS, CREDENCIAMENTO, PMI, REGISTROS CADASTRAIS E PRÉ-QUALIFICAÇÃO

Ronny Charles Lopes de Torres (PB) – Advogado da União – AGU

14h – PAINEL 11 (TAMBAÚ) – REFORMA ADMINISTRATIVA: A QUEM INTERESSA?

Presidente de mesa: Márcio Augusto de Moraes (PA) – Presidente do
Instituto de Direito Administrativo do Pará
Flavio Unes (SP) – Diretor Titular Jurídico-Estratégico da FIESP e Professor
de Direito Administrativo
Maria Tereza Fonseca Dias (MG) – Professora da UFMG e Advogada
Paulo Modesto (BA) – Promotor de Justiça do Estado da Bahia e Professor da
UFBA

14h – PAINEL 11A (SALA CABO BRANCO) – SUSTENTABILIDADE, GOVERNANÇA E AS NORMAS DE REFERÊNCIA DA ANA

Presidente de mesa: Christianne Dias Ferreira (DF) – Diretora-executiva da
ABCON SINDICON e Mestre em Direito e Políticas Públicas (UNICEUB)
Ana Carolina Argolo (DF) Diretora de Regulação de Usos da Agência
Nacional de Águas de Saneamento Básico ANA
Claudio Terrão (MG) – Conselheiro TCE-MG
Maria Fernanda Veloso Pires (MG) – Doutora em Direito Público pela
PUC Minas

15h30 – COFFEE BREAK

16h – PERSPECTIVAS SOBRE MODERNIZAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS – A PARCERIA CGU E IBDA

Ricardo Wagner de Araújo (DF) – Corregedor Geral de União e Professor do
IBMEC-DF
Pedro Paulo de Almeida Dutra- Procurador aposentado do Estado de MG e
ex-Presidente do IBDA

16h – PALESTRA DE ENCERRAMENTO (SALA TAMBAÚ)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (SP) – (Mestre, Doutora e Livre-Docente pela
Faculdade de Direito da USP
Tema: O Direito administrativo do século XXI

Presidentes de mesa: João Batista Moreira – Desembargador Presidente do TRF 1ª Região

18h – COQUETEL E SHOW COM O GRUPO OS GONZAGAS

COMISSÃO DE ORGANIZAÇÃO DOS TRABALHOS CIENTÍFICOS

Emerson Gabardo (PR)
Gustavo Martinelli Tanganelli Gazotto (PR)
João Miguel França Corcovado (PR)
Juliana Horn Machado Philippi (PR)
Nicholas Watzko (PR)

COMISSÕES DE AVALIAÇÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS

GT1:

Eduardo Grossi Franco Neto (Presidente)
Cristina Melo
Ana Paula Pelegrinello
Bruna Piza

GT2:

Giovani Menicucci (Presidente)
Izabel Vicente Izidoro de Nóbrega
Arícia Fernandes Correia

GT3:

Janriê Rodrigues Reck (Presidente)
Harley Carvalho
Vanessa de Fátima Terrade
Ana Margareth Mendes Coenza

GT4:

Isabella Macedo Torres (Presidente)
Clarissa Sampaio
Raphael Peixoto
Odilon dos Santos Silva

GT5:

Felipe Gussoli (Presidente)
Gustavo Vidigal
Marilene Matos
Alyne Brindeiro

Comissão de Avaliação do Concurso de Artigos Jurídicos

Aline Sueli de Salles Santos
Bruno Barbirato
Carin Prediger
Cibele Fernandes Dias
Flavio Willemann
Giulia de Rossi Andrade
Izabela Matias
Geraldo Spagno
Luzardo Faria
Maisa de Castro Sousa
Maria Cristina Cesar de Oliveira
Ricardo Marcondes Martins

SOBRE OS AUTORES

Adriana da Costa Ricardo Schier

Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário Autônomo. Doutora e Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo.

Alana Vitória Oliveira de Albuquerque

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

Alexandre Henrique Moretti Cammarosano Kopczynski

Mestrando em Direito pela PUC-SP. Pesquisador integrante do “Observatório de Desestatização” da PUC-SP vinculado ao grupo de pesquisa “Regulação Administrativa”. Advogado privado.

Alfredo Monteiro Lins de Albuquerque

Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Secretário de Estado. Chefe do Escritório de Representação do Estado do Amazonas em São Paulo. Advogado em São Paulo.

Amanda Fonseca Medeiros

Doutoranda e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Assessora Técnica do Conselho Regional de Farmácia de Minas Gerais.

Ana Maria Barata

Professora aposentada da Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito pela UFPA. Consultora Jurídica aposentada da Defensoria Pública do Pará.

Anamaria Pereira Morais Ventura

Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

André Saddy

Professor na Universidade Federal Fluminense. Professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-doutor pelo *Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law* da University of Oxford. Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro. Diretor-Presidente do Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ).

Anete Marques Penna de Carvalho

Advogada e Procuradora do Estado do Pará. Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa (Portugal).

Carla Thamilis Fonseca Chaves

Mestranda em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Avaliação de Políticas Públicas pelo Instituto Serzedello Correa (ISC/TCU). Analista de Infraestrutura do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos.

Carolina Reis Jatobá

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultora Jurídica da Caixa Econômica Federal, atuando em temas estratégicos de contratações públicas. Professora do Centro Universitário de Brasília.

Christianne de Carvalho Stroppa

Professora Doutora e Mestre pela PUC-SP. Especialista em Auditoria e Inovação no Setor Público pela USP/ATRICON. Autora de diversos artigos e palestrante na área da contratação pública.

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.

Daniel Ferreira

Pós-Doutor pelo IGC/FDUC. Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor Permanente e Coordenador do PPGD do Centro Universitário Internacional (UNINTER).

Davi Correa Rennó

Bacharel em direito pela FDRP-USP. Advogado especializado em direito administrativo.

Dayana Alves Guimarães

Mestranda em Direito Administrativo pela UFMG. Pós-graduada em Direito Administrativo pela UFMG. Graduada em Direito pela UFMG.

Deiver Neves Ferreira Barbosa

Advogado. Pós-Graduado em Direito Processual pela PUC Minas. Aprovado no Cargo de Procurador da Fazenda Nacional.

Diego Antunes da Costa

Assessor Executivo de Administração Município de Araquari/SC. Advogado.

Domilson Rabelo da Silva Júnior

Mestrando em Direito da Administração e Políticas Públicas – PPGDP-UFG.

Eliana Viana Pinto Coelho

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNA. Gerente de Compras do Hospital Risoleta Tolentino Neves.

Emily Solon Marquinho Nobre

Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

Erica da Silva Lima

Bacharel em Direito pela Faculdade Irecê.

Erickson Raimundo Santos de Moraes

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (Volta Redonda-RJ). Advogado.

Ester Emanuele Lima

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Mestranda pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Advogada e Consultora Técnica na Invest Paraná.

Fábio Lins de Lessa Carvalho

Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca. Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Alagoas. Professor de Direito Administrativo do Centro Universitário CESMAC. Procurador do Estado de Alagoas. Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA).

Fabíola C. L. Cammarota de Abreu

Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Doutoranda em Direito Administrativo pela PUC-SP. Advogada em São Paulo.

Felipe Klein Gussoli

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

Fernanda Cordeiro de Oliveira

Especialista em Gestão Pública pela UFVJM. Mestra em Política e Direitos Humanos pela UFVJM. Doutora em Ciência Política pela UFSCar. Membro da Comissão de Diversidade Racial do IBDA. Consultora *Compliance* de Gênero, Raça e Diversidades na Advocacia Geral da União.

Fernanda Maria Afonso Carneiro

Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Doutora em Teoria Jurídica e Relações Internacionais pela Universidade de Évora (Portugal), com titulação reconhecida pela Universidade Federal de Pernambuco em Ciências Políticas. Professora do Curso de Pós-Graduação da Universidade Regional do Cariri.

Filipe Venturini Signorelli

Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Doutorando em Direito pela PUC-SP. Diretor Executivo no Instituto Ética Saúde.

Flávia de Souza Lopes

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa-UNIFE.

Flávio Garcia Cabral

Pós-Doutor pela PUCPR. Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Procurador da Fazenda Nacional.

Flávio Rodrigo Leal Tunico

Professor MSc da Universidade de Pernambuco – UPE. Servidor do Banco Central do Brasil – BCB.

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.

Geraldo Spagno Guimarães

Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. Mestre pela UFMG. Professor da Pós-Graduação da Escola de Contas Prof. Pedro Aleixo, do TCE-MG e na USP-FADEP.

Giulia De Rossi Andrade

Doutoranda e Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Diretora Acadêmica Adjunta do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Conselheira e Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB/PR.

Glauber de Brittes Pereira

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Guilherme Luizão Marques

Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador Municipal de Araquari/SC.

Harley Diniz Sousa de Carvalho

Professor no Centro Universitário Christus/Fortaleza (UNICHRISTUS). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Igor Amaral da Costa

Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela PUC Minas. Pós-Graduando em *Compliance* e Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM/IDPEE (Coimbra). Advogado da Câmara Municipal de Reduto/MG.

Illeanna Clara de Medeiros Lacerda

Especialista pela Universidade de Pernambuco – UPE. Advogada e Diretora Técnica no Núcleo de Gestão de Projetos Sociais – NGPS/Univasf.

Irene Patrícia Nohara

Professora de Direito Administrativo na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Livre-Docente, Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professora-Pesquisadora Permanente da Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Jane Ketlem Barboza Ferreira

Procuradora Jurídica Municipal.

Jéssica Garcia da Silva Maciel

Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Caxias do Sul. Professora e Advogada junto ao Grupo Cogna. Mestra em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Doutoranda em Direito pela PUCPR.

João Marcelo Rego Magalhães

Professor de pós-graduação e graduação na Universidade de Fortaleza. Procurador do Banco Central do Brasil. Doutor em Direito.

João Pedro Teixeira Transmontano

Especialista em Direito Administrativo pela Escola Paranaense de Direito. Especialista em Licitações e Contratos Administrativos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado na área de Direito Administrativo do Pironti Advogados.

Joelmir Vessozi Carvalho

Bacharel em direito pela Unisociesc – Joinville. Pós-graduado pela Faculdade Focus. Assessor da Procuradoria-Geral de Araquari – SC.

José Antonio Assad e Faria Júnior

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

José dos Santos Carvalho Filho

Mestre em Direito pela UFRJ. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Membro Titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

José Henrique Kleina

Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

José Osório do Nascimento Neto

Professor do PPGDP – Mestrado e Doutorado em Direito e Políticas Públicas da UFG. Professor de Direito Administrativo na Estácio Brasil, ESMAFE/PR e ESMEG/GO. Pós-Doutor em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie/SP. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR.

José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor de Direito Administrativo na UFSC (Graduação, Mestrado e Doutorado). Mestre e Doutor em Direito pelo PPGD/UFSC. Presidente do IDASC. Conselheiro Federal pela OAB/SC. Advogado em Santa Catarina.

Juscimar Pinto Ribeiro

Ex-Presidente do IDAG – Instituto de Direito Administrativo de Goiás. Especialista em Direito Administrativo e em Direito Constitucional. Conselheiro do IBDA.

Kelly Cristine Canedo Araújo

Bacharelada em direito pela FDRP-USP.

Ketlyn Gonçalves Fernandes

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduanda em Direito Municipal Contemporâneo pela UERJ. Advogada no Escritório Saddy Advogados.

Luasses Gonçalves dos Santos

Doutor e Mestre em Direito do Estado pelo PPGD da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo da Universidade Positivo. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogado.

Lucas Bossoni Saikali

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Assessor da Secretaria Municipal de Administração e Tecnologia da Informação de Curitiba. Editor-Adjunto da *International Journal of Digital Law*.

Luciano Elias Reis

Doutor em Direito Administrativo pela Universitat Rovira i Virgili. Doutor e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador da Especialização em Direito Administrativo da Escola Paranaense de Direito. Presidente do Instituto Nacional da Contratação Pública.

Luzardo Faria

Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Advogado.

Marcio Augusto Moura de Moraes

Advogado e Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Pará. Mestrando em Direito pelo Instituto de Direito Público (IDP).

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 Luísa Cammarota de Abreu

Graduanda em Direito pela PUC-SP.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Doutora em Direito Administrativo pela USP. Professora Titular aposentada pela Faculdade de Direito da USP. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Doutora *honoris causa* pela Universidade Federal de Goiás.

Maria Tereza Fonseca Dias

Professora do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Pesquisadora de Produtividade FAPEMIG - CNPq - Brasil (Processo APQ- 06636-24). Advogada.

Maria Theresa Duarte Reis

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP). Bolsista da CAPES.

Mariana Bueno Resende

Mestre em Direito e Administração pública pela UFMG. Assessora de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Professora.

Matheus Alves Moreira da Silva

Mestre em Direito Constitucional Pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador no Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo.

Nathália Suzana Costa Silva Tozetto

Mestre em Direito e Políticas Públicas PPGDP/UFG. Procuradora do município de Goiânia.

Nicholas Andrey Monteiro Watzko

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Assessor do Gabinete da Secretaria de Estado da Fazenda do Paraná. Editor-Adjunto da *International Journal of Digital Law*.

Odilon dos Santos Silva

Pós-Graduado em Direito Eleitoral e em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade Baiana de Direito. Membro da Comissão de Estudos sobre Diversidade Racial do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Advogado e Consultor Jurídico.

Pedro Henrique Magalhães Azevedo

Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Professor da PUC-MG, da Escola de Contas do TCEMG e de cursos abertos e *in company*.

Rafael Ramos

Presidente da Comissão de Estudos sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Mestre em Direito pela PUC/RS. Procurador Municipal de Porto Alegre.

Rafael Wallbach Schwind

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Fellow do Chartered Institute of Arbitrators – Ciarb. *Visiting scholar* na Universidade de Nottingham (2016). Advogado.

Ramon Araujo Lojudice

Graduado em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduando em Licitações e Contratos no IDP.

Renata Hellwig Ferreira

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Pós-Graduada *lato sensu* em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada Pública Municipal.

Ricardo Agra Villarim

Mestrando em Direito Administrativo pela UFMG. Procurador da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais.

Ricardo Marcondes Martins

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo da PUC-SP.

Rodrigo Pironti

Pós-doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Conselheiro do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade – CNPD. Sócio Fundador e CEO do Pironti Advogados.

Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor Titular da UNISC e FMP. Doutor em Direito.

Sálvia Gomes de Almeida

Graduada pela Universidade Estadual de Montes Claros. Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Política e Gestão da Saúde da SES/MG.

Sidrack Rack Moraes Alves

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pesquisador Pibic – UFC/2023-2024 – Administração Pública e Direito Digital. Membro Pesquisador da Red Iberoamericana de Derecho Administrativo.

Tassiane de Fátima Moraes

Mestre pela PUC-SP. Procuradora Legislativa na Câmara Municipal de Laranja Paulista-SP.

Thanderson Pereira de Sousa

Professor no Curso de Direito do UNICESUSC (Graduação e Pós-Graduação). Mestre em Direito pelo PPGD/UFC – Doutor e Pós-Doutorando em Direito pelo PPGD/UFSC. Presidente da Comissão de Governo Digital e IA do IBDA. Advogado em Santa Catarina.

Thiago Marrara

Professor de direito administrativo da USP/FDRP. Livre-docente (USP). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Árbitro, consultor e parecerista nas áreas de direito administrativo, regulatório e das infraestruturas.

Valéria de Souza Rosa

Advogada Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestra em Direito da Regulação pela FGV/RJ. Membro do Conselho do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia. Membro da Comissão de Estudos de Regulação do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

Vanessa de Fátima Terrade

Professora Adjunta de Direito Administrativo na Universidade Federal Fluminense (Volta Redonda-RJ). Doutora em Direito Público pela Universidade Sorbonne Paris Nord.

Vivian Cristina Lima Lopez Valle

Professora Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, com estágio de pesquisa na Universidade de Coimbra, em Portugal. Pós-Doutora na Universitat Rovira i Virgili, na Espanha.

Vladimir da Rocha França

Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.